

T. UDC - 2232

El estatuto jurídico de los árbitros en el sistema CIADI

David Soto Díaz

Tese de doutoramento UDC / 2019

Director/a: Prof. Dr. Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín

Titor/a: Prof. Dr. Ana María Neira Pena

Programa de Doutoramento en Dereito



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**A mi madre,
que me ha enseñado las cosas más importantes.**

**A Nerea,
por su apoyo sin condiciones.**

Resumen

El arbitraje entre Estados y particulares extranjeros es un mecanismo de resolución de litigios a caballo entre el Derecho internacional público y el Derecho privado, que desde finales de la década de 1990 ha vivido un sorprendente auge a nivel mundial. Una modalidad de arbitraje institucional de inversiones es la del CIADI -Centro Internacional para el arreglo de Disputas sobre inversiones-, organismo dependiente del Grupo del Banco Mundial.

El propósito de la tesis es llevar a cabo una investigación sobre la configuración de la independencia e imparcialidad de los árbitros del CIADI, sus derechos y deberes en tanto que tales y sus facultades procesales. La investigación se valdrá del Derecho comparado, tanto nacional como internacional, realizando una análisis de la doctrina, la práctica y la legislación que regula el sistema CIADI.

Resumo

A arbitraje entre Estados e particulares estranxeiros é un mecanismo de resolución de controversias a cabalo entre o Dereito internacional público e o Dereito privado, que dende finais da década de 1990 viviu un sorprendente auxe a nivel mundial. Unha modalidade de arbitraje institucional de investimentos é a do CIADI -Centro Internacional para o Arranxo de Desputas sobre Investimentos-, organismo dependente do Grupo do Banco Mundial.

O propósito da tese é facer unha investigación sobre a independencia e imparcialidade dos árbitros do CIADI, os seus dereitos e deberes como tales e as súas facultades procesuais. A investigación valerá do Dereito Comparado, tanto nacional como internacional, realizando unha análise da doutrina, a práctica e a lexislación que regula o sistema CIADI.

Summary

Arbitration between States and foreign investors is a dispute-resolution mechanism halfway between international public Law and private Law, which had surprisingly risen during the 1990's at the world level. In this work the following issues will be tackled: the legal nature of the aforementioned arbitrators. ICSID - International Centre for the Settlement of Investments Disputes- is a modality of institutional arbitration for investments. This institution is incardinated into the World Bank Group.

The aim of this dissertation is to carry out a research on the configuration of the independence and impartiality of ICSID arbitrators, as well as their duties and rights as such and their procedural faculties. The research will be based on both national and international comparative Law, focusing in legal doctrine, in praxis and in the law governing the ICSIS system.

«La división internacional del trabajo
Consiste en que unos países se especializan en ganar

Y otros en perder»

EDUARDO GALEANO

| | | |
|------------|---|----|
| | Resúmenes | 4 |
| | Contenido | 7 |
| | Prefacio | 15 |
| | Abreviaturas | 19 |
| | PARTE INTRODUCTORIA | 29 |
| 1. | El arbitraje de inversiones | 29 |
| 1.1. | Introducción | 29 |
| 1.2. | Sistemas de arbitraje de inversiones | 30 |
| 2. | El CIADI | 32 |
| 2.1. | Estructura del Centro | 32 |
| 2.2. | Procedimiento ante el Centro | 33 |
| 2.3. | Naturaleza del sistema CIADI | 35 |
| 2.3.1. | Naturaleza del arbitraje | 35 |
| 2.3.2. | Naturaleza del arbitraje CIADI | 37 |
| PARTE I | INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD EN EL SISTEMA CIADI | 39 |
| 1. | Apuntes previos | 39 |
| 1.1. | La independencia e imparcialidad en la tradición del Derecho Continental | 39 |
| 1.1.1. | Independencia judicial | 39 |
| 1.1.2. | Imparcialidad judicial | 41 |
| 1.1.2.1. | Garantías de la imparcialidad | 43 |
| 1.2. | Independencia e imparcialidad en la tradición del <i>Common Law</i> | 46 |
| 1.2.1. | Independencia en el Reino Unido | 46 |
| 1.2.2. | Imparcialidad en la Mancomunidad Británica | 48 |
| 1.2.2.1 | Causas de apartamiento automático o <i>automatic disqualification bias</i> | 49 |
| 1.2.2.2. | Causas de parcialidad o <i>Bias</i> | 50 |
| 1.2.3. | Imparcialidad en la legislación federal de los Estados Unidos de América | 53 |
| 1.3. | Independencia e imparcialidad en el Derecho internacional | 54 |
| 1.3.1. | Independencia e imparcialidad según la doctrina del TEDH | 54 |
| 1.3.1.1. | La armonización del Derecho comparado sobre la independencia: la jurisprudencia del TEDH | 54 |
| 1.3.1.1.1. | La independencia judicial en la jurisprudencia del TEDH | 56 |
| 1.3.1.1.2. | La llamada «imparcialidad estructural» | 57 |
| 1.3.1.1.3. | La imparcialidad judicial en la jurisprudencia del TEDH | 58 |
| 1.3.2. | Independencia e imparcialidad en los tribunales vinculados a la ONU | 63 |
| 1.4. | Independencia e imparcialidad en las legislaciones nacionales sobre arbitraje | 67 |
| 1.4.1. | Consideraciones previas | 67 |
| 1.4.1.1. | Deslinde entre independencia e imparcialidad | 67 |
| 1.4.1.2. | El problema de los árbitros designados por las partes (<i>-party-appointed arbitrators-</i>) y la independencia | 71 |
| 1.4.2. | Independencia e imparcialidad en la Ley Modelo CNUDMI | 74 |
| 1.4.2.1. | Independencia e imparcialidad en los ordenamientos que han adaptado el artículo 12 de la Ley Modelo | 76 |

| | | |
|--------------|--|-----|
| 1.4.2.2. | Independencia e imparcialidad en los ordenamientos que no han adaptado el artículo 12 de la Ley Modelo | 79 |
| 1.4.3. | Independencia e imparcialidad en los ordenamientos que no se han basado en la Ley modelo CNUDMI | 84 |
| 1.5. | Independencia e imparcialidad en el arbitraje entre inversores y Estados distintos al sistema CIADI | 88 |
| 1.5.1. | Independencia e imparcialidad en la Cámara de Comercio Internacional | 91 |
| 1.5.2. | Independencia e imparcialidad en la Cámara de Comercio de Estocolmo | 94 |
| 1.5.3. | Independencia e imparcialidad en los arbitrajes <i>ad hoc</i> seguidos por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI | 96 |
| 2. | Independencia e imparcialidad en el sistema CIADI | 102 |
| 2.1. | Contenido de los deberes de independencia e imparcialidad en el sistema CIADI | 103 |
| 2.2. | El estándar de independencia e imparcialidad en el sistema CIADI | 107 |
| 2.3. | Consecuencias prácticas de la aplicación del test | 111 |
| 2.3.1. | Relaciones entre los árbitros y las partes | 113 |
| 2.3.1.1. | Relaciones profesionales entre los árbitros y las partes | 113 |
| 2.3.1.2. | Relaciones profesionales entre los árbitros y los asesores jurídicos de las partes | 115 |
| 2.3.1.3. | Árbitros habitualmente designados por la misma parte o asesoría jurídica | 127 |
| 2.3.1.4. | Relaciones amistosas u hostiles: opiniones adversas, falta de motivación y falta de trato desigual | 131 |
| 2.3.1.5. | Cuestiones críticas | 142 |
| 2.3.1.5.1. | Período de Gracia | 142 |
| 2.3.1.5.2. | <i>Macrobufetes</i> y <i>Barristers' Chambers</i> | 143 |
| 2.3.1.5.3. | Confusión de roles o <i>Double hatting</i> | 144 |
| 2.3.1.5.4. | Relación entre bufetes | 146 |
| 2.3.1.5.5. | Nombramientos reiterados | 148 |
| 2.3.1.5.6. | Emisión de actos procesales perjudiciales a la parte | 151 |
| 2.3.1.5.6.1. | La problemática de los votos particulares | 151 |
| 2.3.1.5.6.2. | Otras resoluciones procesales contrarias a los intereses de las partes | 156 |
| 2.3.1.5.7. | Relaciones personales no profesionales | 162 |
| 2.3.1.5.8. | Opiniones adversas hacia los intereses de las partes | 164 |
| 2.3.2. | Relaciones entre el árbitro y el objeto del proceso | 169 |
| 2.3.2.1. | Interés directo o indirecto en el objeto del proceso | 169 |
| 2.3.2.1.1. | Cuestiones críticas: interés económico | 172 |
| 2.3.2.2. | Contacto previo con el objeto del proceso | 175 |
| 2.3.2.2.1. | Cuestiones críticas | 182 |
| 2.3.2.3. | Otros motivos de recusación alegados: relaciones familiares entre dos árbitros distintos | 187 |
| PARTE II | DERECHOS Y DEBERES DE LOS ÁRBITROS EN EL SISTEMA CIADI | 191 |
| 3. | El deber de revelación | 191 |

| | | |
|------------|---|-----|
| 3.1. | Introducción | 191 |
| 3.2. | Funciones del deber de revelación | 193 |
| 3.3. | Vigencia temporal del deber de revelación | 193 |
| 3.4. | Alcance del deber de revelación en el sistema CIADI | 195 |
| 3.4.1. | Alcance temporal | 195 |
| 3.4.2. | Alcance objetivo | 196 |
| 3.4.2.1. | Criterios de determinación de la información a revelar | 196 |
| 3.4.2.2. | Situaciones concretas que han de ser objeto de revelación | 198 |
| 3.4.2.2.1. | Las Directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en el Arbitraje Internacional | 200 |
| 3.4.3. | Circunstancias notorias | 207 |
| 3.4.4. | Deber de investigación del árbitro | 209 |
| 3.4.5. | Sobre la existencia de un deber de investigación de las partes | 211 |
| 3.5. | Consecuencias de la quiebra del deber de revelación | 212 |
| 4. | Los deberes de confidencialidad y transparencia | 215 |
| 4.1. | El deber de confidencialidad | 215 |
| 4.1.1. | Contenido general | 216 |
| 4.1.2. | La confidencialidad en el sistema CIADI | 219 |
| 4.2. | El deber de transparencia | 221 |
| 4.2.1. | Contenido general del deber en el arbitraje de inversiones | 223 |
| 4.2.2. | La transparencia en el sistema CIADI | 225 |
| 4.2.3. | Acuerdos de transparencia y confidencialidad en el arbitraje CIADI | 226 |
| 5. | Deberes procesales de los árbitros CIADI | 229 |
| 5.1. | Deber de fallar | 229 |
| 5.2. | Deber de exhaustividad | 233 |
| 5.3. | Deber de motivar el laudo | 237 |
| 5.4. | Deber de atenerse al Derecho aplicable al fondo acordado por las partes | 246 |
| 5.4.1. | Formas de elección del Derecho sustantivo aplicable | 248 |
| 5.4.2. | Derecho aplicable al fondo del asunto | 251 |
| 5.4.2.1. | Derecho internacional | 252 |
| 5.4.2.2. | Derecho interno | 256 |
| 5.4.2.3. | El Derecho de la Unión Europea | 257 |
| 5.4.2.4. | Derecho contractual | 259 |
| 6. | Derechos procesales de los árbitros CIADI | 261 |
| 6.1. | Derecho a formular un voto particular | 261 |
| 6.2. | Derecho a renunciar | 261 |
| 6.2.1. | Casos en que cabe la renuncia | 261 |
| 6.2.2. | Consecuencias de la renuncia | 264 |
| 6.2.2.1. | Consecuencias para los árbitros | 264 |
| 6.2.2.2. | Consecuencias para las partes | 265 |
| 6.2.2.3. | Consecuencias procedimentales | 266 |
| 6.3. | Discusión sobre la existencia de otros deberes no recogidos expresamente ni en el Convenio ni en las Reglas | 267 |
| 6.3.1. | Deber de congruencia | 267 |
| 6.3.2. | Deber de otorgar un trato equitativo a las partes | 269 |
| 6.3.3. | Deber de redactar por sí mismos los laudos | 270 |

| | | |
|------------------|---|------------|
| 7. | Derecho al pago de honorarios | 273 |
| 8. | Criterios de consideración moral y reconocida competencia | 276 |
| 8.1. | Criterios de consideración moral | 276 |
| 8.2. | Criterios de reconocida competencia | 281 |
| 9. | Régimen de responsabilidad | 287 |
| 9.1. | Introducción. Modelos de responsabilidad judicial | 287 |
| 9.1.1. | Apuntes preliminares sobre la responsabilidad judicial | 287 |
| 9.1.2. | El sistema anglosajón o de amplia inmunidad judicial | 287 |
| 9.1.3. | El sistema de Derecho continental o de inmunidad judicial restringida | 289 |
| 9.2. | Modalidades específicas de responsabilidad judicial | 291 |
| 9.3. | La responsabilidad de los árbitros en arbitraje doméstico e internacional | 293 |
| 9.3.1. | La responsabilidad de los jueces en el arbitraje doméstico | 293 |
| 9.3.2. | La responsabilidad judicial en los arbitrajes inversor-Estado | 296 |
| 9.3.2.1. | Cláusulas de limitación de la responsabilidad arbitral | 297 |
| 9.4. | El régimen de responsabilidad de los árbitros en el sistema CIADI | 300 |
| 9.5. | Consideraciones finales sobre la responsabilidad de los árbitros ISDS | 304 |
| PARTE III | FACULTADES NO DISCRETIONALES DE LOS ÁRBITROS CIADI | 307 |
| 10. | Decisión sobre la jurisdicción | 307 |
| 10.1. | ¿Una decisión sobre la jurisdicción o sobre la competencia? | 307 |
| 10.2. | El test de competencia CIADI | 310 |
| 10.2.1. | Sobre el concepto de «diferencias de naturaleza jurídica» | 310 |
| 10.2.1.1. | Sobre el tiempo de la diferencia | 310 |
| 10.2.1.2. | Sobre la naturaleza jurídica de la diferencia | 312 |
| 10.2.2. | Sobre el concepto de «inversión» | 314 |
| 10.2.2.1. | Sobre la relación directa entre la disputa y la inversión | 314 |
| 10.2.2.2. | Sobre el alcance del concepto de «inversión» | 317 |
| 10.2.2.2.1. | Caracteres comunes | 317 |
| 10.2.2.2.2. | Test dual aplicado al concepto de inversión | 318 |
| 10.2.2.2.3. | Test Salini sobre el concepto de inversión | 319 |
| 10.2.2.3. | Sobre la legalidad de la «inversión» | 322 |
| 10.2.2.4. | Otras puntualizaciones | 324 |
| 10.2.3. | Sobre el concepto de «Estado contratante» | 326 |
| 10.2.4. | Sobre el concepto de «subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro» | 327 |
| 10.2.5. | Sobre el concepto de «nacional de otro Estado contratante» | 329 |
| 10.2.5.1. | Generalidades | 329 |
| 10.2.5.2. | Situaciones críticas | 329 |
| 10.2.5.2.1. | Relaciones entre filiales y matrices | 329 |
| 10.2.5.2.2. | Fusión o sucesión de empresas | 330 |
| 10.2.5.2.3. | Subrogación | 331 |
| 10.2.5.3. | Sobre la determinación de la nacionalidad del demandante | 331 |
| 10.2.6. | Sobre el concepto de «consentimiento» | 335 |
| 10.2.6.1. | Sobre las formas de otorgar el consentimiento | 335 |

| | | |
|-------------|---|-----|
| 10.2.6.2. | Sobre las condiciones de validez del consentimiento | 336 |
| 10.2.6.2.1. | Sobre la aplicación de la Cláusula de la Nación Más Favorecida al consentimiento | 340 |
| 10.3. | Tratamiento procesal de la jurisdicción CIADI | 343 |
| 11. | Admisibilidad de la disputa | 350 |
| 11.1. | Aspectos procesales de la decisión sobre admisibilidad | 350 |
| 11.2. | Aspectos sustantivos de la decisión sobre la admisibilidad | 350 |
| 12. | Facultades relativas a las medidas provisionales | 355 |
| 12.1. | Introducción. Naturaleza de las medidas provisionales | 355 |
| 12.2. | Caracteres de las medidas provisionales | 356 |
| 12.3. | Presupuestos para la adopción de las medidas provisionales | 361 |
| 12.3.1. | Necesidad | 364 |
| 12.3.2. | Urgencia | 367 |
| 12.3.3. | Otros presupuestos | 369 |
| 12.3.3.1. | Proporcionalidad | 369 |
| 12.3.3.2. | Especificidad de la medida solicitada | 371 |
| 12.3.3.3. | Las medidas provisionales no pueden prejuzgar el fondo del litigio | 371 |
| 12.3.3.4. | Concurrencia prima facie de jurisdicción | 372 |
| 12.4. | Intereses tutelados mediante las medidas provisionales y tipos de medidas provisionales | 373 |
| 12.4.1. | Medidas destinadas a no agravar la diferencia y mantener el statu quo entre las partes | 375 |
| 12.4.2. | Medidas dirigidas a evitar la frustración del laudo | 377 |
| 12.4.3. | Medidas tendentes a garantizar la exclusividad del procedimiento arbitral CIADI | 378 |
| 12.4.4. | Medidas de aseguramiento de prueba | 379 |
| 12.4.5. | Medidas protectoras de la confidencialidad del arbitraje | 382 |
| 12.4.6. | Medidas aseguradoras de una eventual condena en costas | 382 |
| 12.5. | Tratamiento procesal y ejecución de las medidas provisionales | 383 |
| 12.5.1. | Carácter obligatorio de las medidas provisionales | 383 |
| 12.5.2. | Procedimiento | 385 |
| 12.5.2.1. | Solicitud | 385 |
| 12.5.2.2. | Trámite de audiencia | 386 |
| 12.5.2.3. | Adopción | 387 |
| 12.5.2.4. | Variabilidad y extinción de las medidas provisionales | 387 |
| 13. | Facultades de los árbitros en materia probatoria | 388 |
| 13.1. | Facultad de proponer prueba de oficio | 388 |
| 13.2. | Facultades relativas a la admisión de la prueba | 392 |
| 13.2.1. | Criterios de relevancia y materialidad de la prueba | 395 |
| 13.3. | Criterio de licitud de la prueba | 397 |
| 13.3.1. | Sobre el carácter meramente guiador de estos criterios | 401 |
| 13.4. | Facultades relativas a la valoración de la prueba | 401 |
| 13.5. | Facultades relativas a la práctica de la prueba | 402 |
| | Conclusiones (castellano) | 405 |
| | Conclusions (inglés) | 415 |

| | |
|--|-----|
| Bibliografía | 425 |
| Anexo de resoluciones arbitrales, jurisprudencia, legislación, tratados <i>et al.</i> | 451 |

Prefacio

Considero que existen dos razones que explican por qué he elegido este tema. La primera es de índole personal, la segunda es el interés académico que reviste el estudio del sistema CIADI. En cuanto a la primera de las razones, dicho interés personal viene conformado por un compromiso con ciertos valores que considero dignos de defensa, como son la libertad y la igualdad. Se ha criticado muchas veces, seguramente con razón, al sistema de arbitraje de inversiones por ser una amenaza para ambas: allí donde un gobierno democráticamente elegido tiene que gastar sus exiguos presupuestos en indemnizar a una gran empresa a causa de implantar nuevas políticas antidiscriminatorias, sanitarias o medioambientales que consideraba más justas, la libertad y la igualdad se ven en peligro. Pero dentro del plano personal también me han empujado a elegir este tema mis conexiones con el segundo y tercer Estado que afrontan más reclamaciones de este tipo, Venezuela y España. Esa cercanía, que se extiende al ámbito iberoamericano, contrasta con un desconocimiento generalizado del arbitraje de inversiones por lo menos en los países de habla hispana.

Más allá de este interés personal, creo que el estudio del sistema CIADI tiene un interés académico innegable. Por un lado, se trata de una institución novedosa, ya que, aunque fue creada en la década de 1960, no tuvo un funcionamiento estable hasta la de 1990. Además, las decisiones que se toman desde el CIADI afectan profundamente a una gran cantidad de personas en su cotidianeidad, ya que sus altas indemnizaciones comprometen en gran medida los recursos económicos de los Estados y de las sociedades.

Pero el sistema CIADI también resulta interesante en la medida en que hace entrar en crisis ciertos dogmas jurídicos generalmente aceptados. Algunos de tales dogmas llevan cierto tiempo en crisis, como el que establece que sólo los Estados son sujetos de Derecho internacional público. Pero otros se ven afectados de forma novedosa por el sistema de arbitraje de inversiones en general y el sistema CIADI en particular, como aquel según el cual el consentimiento en arbitraje ha de ser expreso, o aquél que indica que todas las personas que no gozan de inmunidad quedan sometidas a la jurisdicción ordinaria del Estado en cuyo territorio se hallen o, finalmente, el que establece que los Estados gozan de inmunidad por sus actos *iure imperii*. Aun se podría añadir un último problema que halla su causa en sistema CIADI: ante este pueden, y suelen, ser enjuiciados, como ilícitos internacionales, actos realizados por los Estados en el ejercicio legítimo de su soberanía.

El interés que tiene el arbitraje de inversiones ha dado lugar a amplios análisis y debates referidos, sobre todo, a cuestiones de Derecho sustantivo, como el alcance de los tipos de ilícito –expropiación, trato desigual, imposibilidad de transferir capitales- que conforman el sistema de protección internacional de las

inversiones, o el encaje de este sistema en el Derecho internacional público. Sin embargo, parece que el estudio del sistema CIADI desde un punto de vista procesal ha quedado relegado a cuestiones más prácticas, como el alcance de los preceptos procesales del Convenio y las Reglas de Arbitraje; si bien es de justicia referir que, en los últimos años, parece que esta perspectiva procesal está cobrando importancia.

El presente trabajo se encuadra dentro de esta necesidad, la de analizar el sistema CIADI desde un punto de vista procesal. Lo cual se lleva a cabo poniendo el centro de atención en uno de los sujetos más relevantes del sistema: sus árbitros. Lo que se busca es analizar la genealogía de las instituciones jurídicas más relevantes que afectan a los árbitros, como su independencia, su imparcialidad, su responsabilidad o sus deberes procesales; a la vez que se apuesta por confrontar el contenido y configuración de tales instituciones con las que son propias del Derecho procesal interno, de naturaleza jurídico-pública, donde el debate y el análisis de las últimas cuentan con una larga tradición.

En la primera parte de este trabajo se aborda la que quizá sean los principios más polémicos que afectan a los árbitros CIADI: la independencia e imparcialidad. Se comienza por realizar un breve recorrido por el Derecho comparado, estableciendo así los rasgos que se ha ido otorgando a tales instituciones en el Derecho interno, pero también en Derecho internacional, y tanto en lo que se refiere a órganos jurisdiccionales como arbitrales. Tras ello, se aborda el análisis del contenido de tales principios en el sistema CIADI, labor que se complementa con un estudio de las consecuencias prácticas que dicho contenido específico conlleva. Siguiendo una categorización propia del Derecho interno, se han clasificado las situaciones conflictivas en tres grupos: relaciones con las partes, contacto previo con el objeto litigioso e interés en el mismo.

La segunda parte del trabajo se dedica a los derechos y deberes¹ de los árbitros en el sistema CIADI. El capítulo comienza con el deber de revelación, que es un deber que deriva de las exigencias de independencia e imparcialidad y que es propio de los sistemas de arbitraje; aunque en el sistema CIADI reviste ciertos caracteres peculiares. Tras ello, se abordan los deberes de confidencialidad y transparencia, que derivan de dos principios generalmente opuestos pero que, en el sistema CIADI, pueden y deben convivir sin generar mayores problemas; ya que sus objetivos son compatibles. Seguidamente, se estudia los que se pueden denominar como «deberes procesales de los árbitros CIADI», no explícitamente

¹ Se ha optado por realizar una diferenciación entre derechos, deberes y facultades procesales. No se trata de una categorización nueva. Ya GOLDSCHMIDT hablaba de deberes procesales del tribunal o *Handlungspflichten der Gerichts* y CARNELUTTI diferenciaba entre potestades del juez, obligaciones y derechos subjetivos de los oficiales del proceso. Vid. GOLDSCHMIT, J.; *Der Prozeß als Rechtslage*; Scientia Verlag, Aalen, 1986. CARNELUTTI, F.; *Instituciones del Proceso Civil*; Librería El Foro, Buenos Aires, 1997.

recogidos en el Convenio o las Reglas, aunque se pueden derivar de los mismos. Entre ellos se ubican el deber de fallar, el de exhaustividad, el de motivar el laudo y el de atenerse al Derecho aplicable al fondo acordado por las partes. Además, los árbitros del sistema CIADI cuentan con derechos, algunos procesales, como el de formular un voto particular, el de renunciar; y otro de naturaleza contractual, como el de obtener la remuneración acordada. Aun se podría discutir la existencia de otros derechos, que derivarían de la propia naturaleza procedimental del arbitraje CIADI, como el deber de congruencia, el de otorgar un trato equitativo a las partes o el que exige que los árbitros redacten por sí mismos los laudos. Se aborda, tras ello el estudio de una cláusula de contenido problemático recogida en el Convenio, que obliga a que los árbitros cuenten con reconocida competencia y consideración moral. Por último, se aborda en este apartado el régimen de responsabilidad de los árbitros, ya que se considera que las obligaciones no son efectivas si no existe un régimen de responsabilidad que las acompañe. La ausencia de un régimen de responsabilidad jurídica es, quizá, una de las características más singulares del sistema CIADI, como se verá.

Por último, en la tercera parte de este trabajo se tratan las facultades no discrecionales más importantes de los árbitros del sistema CIADI, que se consideran cuatro: la de decidir acerca de su propia jurisdicción, la de decidir acerca de la admisibilidad del litigio, la de recomendar medidas provisionales y, en definitiva, la de admitir y valorar prueba. Se intenta en este apartado trazar paralelismos con el Derecho interno, en que tales facultades han sido muy estudiadas y debatidas a lo largo del tiempo. En este punto, la influencia del arbitraje comercial de inversiones es manifiesta, aunque en el sistema CIADI se da la peculiaridad de que no existe jurisdicción ordinaria que ejerza labores de apoyo a la labor arbitral, de manera que, en algunos casos, como en la decisión sobre jurisdicción, los fundamentos de algún principio, como el *kompetenz-kompetenz* son diferentes a aquéllos del mismo principio en el arbitraje comercial.

El método que se ha seguido en este trabajo es el propio de la investigación jurídica, centrado en el análisis de las fuentes legislativas, convencionales y jurisprudenciales que regulan la institución, pero también en el análisis de la doctrina. Con todo, es necesario poner de manifiesto que las fuentes doctrinales de que se dispone en el sistema CIADI provienen de un ámbito específicamente anglosajón, centradas especialmente en análisis prácticos, en los que la teoría jurídica juega un papel secundario. Quizá ese haya sido uno de los mayores problemas que se ha encontrado a la hora de llevar a cabo este trabajo. Esta filia por el análisis práctico afecta también a los trabajos que, en lengua española, se han realizado sobre este campo. De manera que uno de los objetivos generales de este humilde trabajo ha sido, en parte, revertir esa situación, con el convencimiento de que un debate teórico sobre el sistema CIADI es necesario para solventar algunos de los mayores retos que surgen del mismo.

Además, el carácter novedoso del sistema CIADI provoca que las fuentes doctrinales disponibles, tanto prácticas como teóricas, sean escasas. Esta situación trae dos consecuencias. La primera, es que el análisis de la práctica arbitral, la fuente más numerosa, reviste un papel primordial. El segundo es que, en no pocos asuntos, el análisis sólo puede ser un análisis crítico de las escasas, a veces únicas, fuentes existentes. Ambas consecuencias han condicionado la confección de este trabajo, como se verá fácilmente. Ello no implica, sin embargo, que se haya renunciado a una labor teórica que, como se acaba de indicar, ha guiado la elaboración del presente trabajo.

Abreviaturas

| | |
|---------------------|--|
| AA | <i>Arbitration Act</i> - Ley de Arbitraje de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte de 1996 |
| AAA | <i>American Arbitration Association</i> - Asociación Americana de Arbitraje |
| ABA | <i>American Bar Association</i> – Asociación de Abogados de los Estados Unidos (usualmente traducido como «Colegio de Abogados de los Estados Unidos») |
| AG | Asamblea General |
| AP | Audiencia Provincial (España) |
| ArbCA | <i>Arbitration and Conciliation Act</i> – Ley de Arbitraje y Conciliación de la República Federal de Nigeria |
| ArbOrd | <i>Arbitration Ordinance</i> – Ordenanza de Arbitraje de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China |
| Art. / arts. | Artículo/s |
| BIRF | Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento |
| BGH | <i>Bundesgerichtshof</i> – Tribunal Supremo (Alemania) |
| BGer | <i>Schweizer Bundesgericht</i> – Tribunal Federal Supremo (Suiza) |
| BM | Banco Mundial |
| BVerfG | <i>Bundesverfassungsgericht</i> – Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana |
| BVerfGG | <i>Bundesverfassungsgerichtsgesetz</i> – Ley del Tribunal Constitucional (Alemania) |

| | |
|-----------------|---|
| c. | contra |
| CA | <i>Cour d'Appel</i> - Tribunal de Apelaciones (Bélgica y Francia) |
| CAFTA-DR | Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana |
| CAM | Corte de Arbitraje de Madrid |
| CC | Código Civil (España) |
| CCE | Cámara de Comercio de Estocolmo (En original, <i>Stockholm Handelskammer</i>) |
| CCI | Cámara de Comercio Internacional |
| CCIM | Cámara de Comercio Internacional de Moscú |
| CCJA | <i>Cour Commune de Justice et d'Arbitrage</i> –Corte Común de Justicia y de Arbitraje de la OHADA |
| CCo | Código de Comercio (México) |
| CdPC | <i>Codice di Procedura Civile</i> – Código de proceso civil de la República Italiana |
| CE | Constitución del Reino de España de 1978 |
| CEc | Constitución de la República del Ecuador de 2008 |
| CEDH | Convenio Europeo de Derechos Humanos |
| CGPJ | Consejo General del Poder Judicial (España) |
| CIADI | Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones |
| CIArb | <i>Chartered Institute of Arbitrators</i> (Asociación de árbitros británica) |

| | |
|---------------|--|
| CIDH | Corte Interamericana de Derechos Humanos |
| Cfr. | Compárese |
| CJ | <i>Code Judiciaire</i> – Código Judicial del Reino de Bélgica |
| CNMF | Cláusula de la Nación Más Favorecida |
| CNUDMI | Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional |
| CNY | Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 |
| COA | <i>Court of Appeals</i> – Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales |
| COGEP | Código Orgánico General de Procesos de 2015 (Ecuador) |
| COJ | <i>Code de l'organisation judiciaire</i> – Código de organización judicial de la República Francesa |
| Coord. | Coordinador/a |
| CP | Código Penal (España) |
| CPA | Corte Permanente de Arbitraje |
| CPC | <i>Código de Processo Civil</i> – Código de proceso civil de la República Portuguesa |
| CPN | Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina) |
| CRCACI | Cámara Regional del Cairo para Arbitraje Comercial Internacional |
| CRP | <i>Constituição da República Portuguesa</i> – Constitución de la República Portuguesa de 1974 |
| CVDT | Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969 |
| Dir. | Director/a |

| | |
|----------------|---|
| DIS | <i>Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit</i> – Institución Alemana de Arbitraje |
| DLArb | Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Perú) |
| DRAE | Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española |
| ECOSOC | Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas |
| Ed. | Edición |
| EEUU | Estados Unidos de América |
| Énf. | Énfasis |
| Etc. | Etcétera |
| ETIDM | Estatuto del Tribunal Internacional de Derecho del Mar |
| ETIJ | Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia |
| ETPI | Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional |
| EWHC | <i>High Court of Justice in England and Wales</i> – Tribunal Superior de Inglaterra y Gales |
| FJ. | Fundamento Jurídico |
| HansOLG | <i>Hanseatische Oberlandesgericht</i> - Tribunal Hanseático Regional Superior de Hamburgo |
| HCA | <i>High Court of Australia</i> – Tribunal Supremo de la Mancomunidad de Australia |
| HKCA | <i>Hong Kong Court of Appeal (High Court)</i> – Tribunal de Apelación de la Corte Superior de Hong Kong |
| HKCFI | <i>Hong Kong Court of First Instance (High Court)</i> – Tribunal de Primera Instancia de la Corte Superior de Hong Kong |

| | |
|---------------|--|
| HKIAIC | <i>Hong Kong International Court of Arbitration</i> – Corte de Arbitraje Internacional de Hong Kong |
| IBA | <i>International Bar Association</i> – Asociación Internacional de Abogados |
| Íbid. | Íbidem (“lo mismo”) |
| ICDR | <i>International Centre for Dispute Resolution</i> |
| JUR | En la nomenclatura jurisprudencial española de Aranzadi, se utiliza para categorizar la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria inferior al TS |
| LA | Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje del Reino de España |
| LAC | Ley de Arbitraje Comercial (Venezuela) |
| LAME | Ley de Arbitraje y Mediación (Ecuador) |
| LAP | Ley de Arbitraje Privado de 1953 (España) |
| LAV | <i>Lei 63/2011, de Arbitragem Voluntária</i> – Ley de Arbitraje Voluntario (Portugal) |
| LCIA | <i>London Court of International Arbitration</i> – Corte de Arbitraje Internacional de Londres |
| LEC | Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (España) |
| LECrim | Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (España) |
| LOPJ | Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (España) |
| LOTIC | Ley Orgánica 2/1979, se 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (España) |
| MC | Mecanismo Complementario (CIADI) |

| | |
|-------------------------------|---|
| NCPC | <i>(Nouveau)</i> ² <i>Code de procédure civile</i> – Nuevo Código de proceso civil (Francia) |
| Núm. | Número |
| OCDE | Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico |
| OCTIJ | Opinión consultiva del TIJ |
| OHADA | <i>Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires</i> – Organización para la Armonización en África del Derecho Económico |
| OLG | <i>Oberlandesgericht</i> – Tribunal Superior (Alemania) |
| OMGI | Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones |
| ONG | Organización no gubernamental |
| ONU | Organización de las Naciones Unidas |
| Op. Cit. | <i>Opus Citatum</i> – Obra citada |
| Pág. págs. | / Página/s |
| Pár. | Párrafo |
| Pdte. Cons. Adtvo. | Presidente del Consejo Administrativo CIADI |
| PIB | Producto Interior Bruto |
| QBD | <i>Queen's Bench Division</i> – Sección <i>Queen's Bench</i> del Tribunal Superior de Inglaterra y Gales |

² [desde 2007, el nombre oficial es *Code de procédure civile*; sin embargo, para evitar confusiones se utiliza la antigua nomenclatura].

| | |
|--------------------|--|
| QCA | <i>Quebec's Court of Appeal</i> – Tribunal de Apelación de Quebec (Canadá) |
| Reimpr. | Reimpresión |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial (España) |
| SchH | En la categorización de jurisprudencia alemana, esta abreviatura sirve para identificar los expedientes resueltos por los OLG en virtud al art. 1062.1 ZPO (nombramiento, recusación, ejecución de medidas provisionales, anulación y determinación de la admisibilidad) |
| SCOTUS | <i>Supreme Court of The United States</i> – Tribunal Supremo (Estados Unidos) |
| Sec. | Sección (En algunos textos legales de origen anglosajón, partes en que se dividen los mismos) |
| Secr. Gral. | Secretario/a General |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional del Reino de España |
| STEDH | Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos |
| StGB | <i>Strafgesetzbuch</i> – Código Penal alemán |
| STIJ | Sentencia del TIJ |
| STPIY | Sentencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo del Reino de España |
| STSJ | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (España) |
| TACN | Tratado(s) de Amistad, Comercio y Navegación |
| TAS | <i>Tribunal Arbitral du Sport</i> – Tribunal de Arbitraje Deportivo del Consejo Internacional de Arbitraje Deportivo |

| | |
|--------------|---|
| TBI | Tratado(s) Bilateral(es) de Inversión |
| TC | Tribunal Constitucional del Reino de España |
| TCE | Tratado de la Carta de Energía |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TFUE | Tratado de Funcionamiento de la UE |
| TGI | <i>Tribunal de Grande Instance</i> – Juzgado de Primera Instancia (Francia) |
| TIDM | Tribunal Internacional de Derecho del Mar |
| TIJ | Tribunal Internacional de Justicia (también denominada “Corte Internacional de Justicia”) |
| TJUE | Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| TLCAN | Tratado de Libre Comercio de América del Norte [Conocido también por sus siglas en inglés, <i>NAFTA</i>] |
| TMI | Tratado(s) Multilateral(es) de Inversión |
| TPI | Tribunal Penal Internacional (también denominada “Corte Penal Internacional”) |
| TPIY | Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia |
| TR | <i>Tribunal da Relação</i> – Tribunal Superior (Portugal) |
| TS | Tribunal Supremo del Reino de España |
| TSJ | Tribunal Superior de Justicia (España) |
| Trad. | Traducción |
| UE | Unión Europea |

| | |
|---------------|---|
| URSS | Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas |
| CNUCYD | Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [Conocida también por sus siglas en inglés, <i>UNCTAD</i>] |
| UKHL | <i>House of Lords of the United Kingdom</i> – Cámara de los Lores del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte |
| USC | <i>United States Code</i> – Código de los Estados Unidos de América |
| V. gr. | Por ejemplo |
| Vid. | Véase |
| Vol. | Volumen |
| ZPO | <i>Zivilprozeßordnung</i> – Orden procesal civil de la República Federal Alemana |

PARTE INTRODUCTORIA

1. El arbitraje de inversiones

1.1. Introducción

La protección de las inversiones en terceros países se ha encauzado históricamente a través del Derecho internacional convencional. Así, en el siglo XIX abundaron los llamados «Tratados de Amistad, Comercio y Navegación» entre las potencias europeas y las recién independizadas naciones americanas³. A pesar de la pujanza de estos instrumentos, en aquella etapa histórica fueron muy comunes las intervenciones armadas de los Estados periféricos por parte de las grandes potencias⁴, fenómeno que recibió el nombre de «diplomacia de cañonero»⁵.

Como reacción a tales agresiones, surgen en el ámbito latinoamericano las doctrinas Calvo y Drago. Aquélla, propugnaba que las disputas relativas a inversiones deberían ser solucionadas ante la jurisdicción ordinaria de los Estados en que se hubiesen llevado a cabo tales inversiones⁶, tal doctrina se materializó en

³ Como ha descrito COYLE, los TACN cubrían lo que hoy en día «parece un extraordinario número de temas –como Derechos Humanos, comercio, propiedad intelectual, protección de las inversiones, inmigración, navegación, materia tributaria, cuestiones hereditarias y pago de salarios- en un sólo texto jurídico». Vid. COYLE, J. F.; «*The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation in the Modern Era*» en *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 51, 2013; págs. 302-359.

Para una descripción sobre la negociación de algunos TACN firmados por el Estado argentino en aquella época, vid. REES JONES, R.; «*Una aproximación a los antecedentes del Tratado de amistad, comercio y navegación de 1857 entre Prusia y demás estados del Zollverein alemán, y la Confederación Argentina*» en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 36, 2008; págs. 467-473.

⁴ Sin ánimo de exhaustividad, se pueden citar el incidente de la corbeta Lexington (1831), en el cual los EEUU atacaron Puerto Soledad para garantizar la caza de focas prohibida por el Estado argentino; la conocida como Guerra de los Pasteles (1838-1839) por la que Francia exigió el pago de deudas menores por parte de México; las Guerras del Opio, por las cuales el Imperio Británico obligó a China a aceptar los Tratados Desiguales, que establecían condiciones muy favorables para los comerciantes británicos; las intervenciones de varias potencias en la llamada Guerra Grande (1839-1851), con el objetivo de forzar al gobierno de Rosas a aceptar el libre comercio dentro de las fronteras de Argentina; la Guerra Anglo-Zanzibariana (1896), para deponer al pretendiente al trono, contrario a los intereses británicos, o el bloqueo naval de Venezuela (1902-1903) para garantizar el pago de deudas a empresas británicas y alemanas.

⁵ Para un análisis del término, vid. GOODALL, T. D.; «*Gunboat Diplomacy: Does It Have A Place In The 1990's?*»; Marine Corps University - Command and Staff College, Quantico, 1991. Disponible online en <https://www.globalsecurity.org/military/library/report/1991/GTD.htm>. Consultado el 01/X/2018.

⁶ Vid. CALVO, C.; *Derecho internacional teórico y práctico. De Europa y América*; D'Amyot, París, 1868; págs. 134-196. La doctrina se halla desperdigada en este capítulo, que trata de los Derechos de independencia y propia conservación. Con todo, el sustento de la misma es la necesidad de evitar los graves perjuicios que se derivan de un ejercicio extralimitado de la institución de la intervención armada de una potencia por otra, así como de una consecuencia lógica de la soberanía: que los tribunales de un Estado están plenamente facultados para entender de todos los litigios nacidos en tal Estado.

las llamadas cláusulas Calvo, muy comunes en tratados internacionales en que eran parte Estados latinoamericanos⁷. La doctrina Drago, por su parte, propugnaba la no intervención armada en caso de impago de deuda soberana⁸. Sin embargo, la construcción jurisprudencial del Derecho internacional público tendió a plasmar una concepción de la protección diplomática, según la cual, esta era entendida como un derecho inalienable de los Estados, de manera que toda renuncia a la misma, plasmada por ejemplo en las cláusulas Calvo, carecería de valor⁹, de manera que la intervención armada siempre subsistiría como mecanismo de aseguramiento de las inversiones en el extranjero. Se hacía necesario, por tanto, mecanismos de resolución de conflictos más respetuosos con la independencia de los Estados

1.2. Sistemas de arbitraje de inversiones

Surge por tanto el problema de instituir un mecanismo de resolución de conflictos relativos a inversiones que fuese más respetuoso con la independencia de los Estados que cualquier intervención armada¹⁰. La solución que se fue

Para un abordaje general de la historia de la doctrina Calvo, vid. TAMBURINI, F.; «*Historia y destino de la "doctrina Calvo": ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?*» en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 24, 2002; pág. 81.

⁷ Distingue ARELLANOS GARCÍA tres tipos diferentes de cláusulas Calvo: la llamada Cláusula legislativa, según la cual los extranjeros no tienen más deberes para con el Estado en que se hallen, que los nacionales de tales Estados, a la vez que se suele reconocerles el derecho a indemnización en caso de disturbios civiles; la cláusula según la cual el extranjero debe agotar todos los recursos locales antes de solicitar la protección diplomática de su país y, finalmente, la cláusula de renuncia de los extranjeros a solicitar la protección diplomática de su Estado de origen. Vid. ARELLANOS GARCÍA, C.; «*Evolución de la cláusula Calvo y la zona prohibida en el Derecho constitucional mexicano y en el Derecho internacional*» en *VVAA; La Revolución Mexicana a 100 años de su inicio. Pensamiento social y jurídico*; UNAM, México DF, 2010; págs. 43-45.

⁸ Un discurso del propio DRAGO, ministro de Exteriores de Argentina en el momento del bloqueo naval de Venezuela, refleja el fundamento de dicha doctrina: «no pretendemos ni podemos pretender que estos países [latinoamericanos] ocupen una situación excepcional en sus relaciones con las potencias europeas, que tienen el derecho indudable de proteger a sus súbditos tan ampliamente como en cualquier otra parte del globo, contra las persecuciones o las injusticias de que pudieran ser víctimas. Lo único que la República Argentina sostiene y lo que vería con gran satisfacción consagrado con motivo de los sucesos de Venezuela por una nación que, como los Estados Unidos, goza de tan grande autoridad y poderío, es el principio ya aceptado de que no puede haber expansión territorial europea en América, ni opresión de los pueblos de este continente, porque una desgraciada situación financiera pudiese llevar a alguno de ellos a diferir el cumplimiento de sus compromisos. En una palabra, el principio que quisiera ver reconocido es el de que la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada, ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea». Vid. PRIVITELLO, L.; ROMERO, L. A.; *Grandes discursos de la historia argentina*; Ed. Aguilar, Buenos Aires, 2000; págs. 132-133.

⁹ Vid. DÍEZ DE VELASCO, M.; *Instituciones de Derecho internacional público*; Ed. Tecnos, 18ª Edición, 2013; pág. 907.

¹⁰ Una posible solución era que los Estados de origen de los inversores demandasen a los Estados receptores de las inversiones ante el TIJ. Pero tal propuesta queda, en principio, vetada por el artículo 34.1 ETIJ, que reconoce capacidad para ser parte tan sólo a los Estados, pero no a los

abriendo paso desde finales de los años 1980, fue la de establecer TBI entre los Estados exportadores de capital y los Estados importadores del mismo¹¹. Tales TBI, normalmente redactados por los Estados exportadores de capital¹², regulan una serie de garantías para las inversiones provenientes del otro Estado e incluyen cláusulas de resolución de diferencias entre nacionales de un Estado y Estados. Las garantías suelen consistir en el tratamiento justo y equitativo, la plena protección y seguridad, el principio de no discriminación y la cláusula de nación más favorecida, la protección del inversor frente a la expropiación y un compromiso de permitir la libre transferencia de rentas¹³. Por su parte, las cláusulas de resolución de controversias suelen consistir en el consentimiento adelantado de los Estados en acudir ante un foro de arbitraje, institucional o *ad hoc*, a elección del inversor demandante.

Entre las instituciones de arbitraje que se suelen recoger, la más común es sin duda el CIADI¹⁴, tanto en su vía común, como en la de Mecanismo Complementario. De seguido, se pueden encontrar cláusulas que dirigen al arbitraje ante la CCE¹⁵, muy común en los TBI firmados por la Federación Rusa, y a la CCI¹⁶. Además, cabe el arbitraje *ad hoc* seguido ante las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, que es una opción que se suele incluir en todos los TBI. Con todo, los datos disponibles a 1 de noviembre de 2018 indican que 14 casos de arbitraje entre inversores y Estados

individuos. Además, no parece razonable que los Estados tuviesen que sustituir a los inversores privados ante el TIJ: ello implicaría un alto coste para los Estados y, además, podría saturar el TIJ.

¹¹ Con todo, el primer TBI de que se tiene noticia es el de Alemania-Pakistán, de 25/XI/1959, y no contenía una cláusula de arbitraje entre inversores y Estados, sino compromisos de proteger las inversiones de uno y otro Estado en el territorio de cada contratante; así como la colaboración en determinados aspectos científicos y técnicos. Con todo, como explica MILES, el número de TBI se disparó desde finales de los años 1980, tras algún intento infructuoso de establecer un tratado multilateral amplio de protección de la propiedad extranjera. Vid. MILES, K.; *The Origins of International Investment Law*; Oxford University Press, Oxford; 2015; pág. 85. En el mismo sentido, vid. FERNÁNDEZ MASÍA, E.; *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*; Marcial Pons, Madrid, 2008; págs. 18-19.

Tal tratado amplio de protección de la propiedad extranjera no es otro que la fallida Convención Multilateral para la Protección de la Propiedad Privada Extranjera, cuya versión revisada fue aprobada en 1967 por la OCDE, pero que nunca llegó a entrar en vigor. Así se refiere CLAROS ALEGRÍA, P.; «*El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*» en *Revista de Derecho Procesal*, 2007; págs. 213-214.

¹² Vid. MILES, K.; *The Origins...*; pág. 89. Para esta autora, los TBI suelen ser firmados en situaciones de desigualdad entre ambas partes.

¹³ Así se recoge en FERNÁNDEZ MASÍA, E.; *Tribunales nacionales...*; pág. 21. En el mismo sentido, DUGAN, C. F.; WALLACE, D.; RUBINS, N. D.; SABAHI, B.; *Investor-State Arbitration*; Oxford University Press, Oxford, 2008; pág. 53. También MILES, K.; *The Origins...*; págs. 88-89.

¹⁴ Por ejemplo, en los TBI entre el Reino Unido y Argentina; entre Argentina y España; entre Francia y Argentina; entre Chile y España; entre EEUU y Argentina; entre Paraguay y Suiza; entre EEUU y Ecuador; o entre España y Venezuela.

¹⁵ Por ejemplo, en los TBI entre el Reino Unido y la URSS; o entre Rusia y Venezuela.

¹⁶ Por ejemplo, el TBI entre Cuba y España.

han sido ventilados ante la CCE, que 45 lo han sido ante la CCI, que 262 lo han sido según las Reglas CNUDMI y que 467 lo han sido ante el CIADI¹⁷.

2. EL CIADI

Ya en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, varias potencias aliadas se reunieron en Bretton Woods (EEUU), en la conocida como «Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas», con el objetivo de «establecer las normas para regular el orden monetario y financiero internacional después de la [guerra], en el entendimiento de que estos acuerdos deberían promover el crecimiento económico y serían además de gran ayuda para evitar una depresión económica mundial similar a la de 1930»¹⁸, depresión que se había considerado como uno de los factores que llevaron al aumento de la tensión internacional en el período de entreguerras¹⁹. De la Conferencia de Bretton Woods saldrían tres instituciones principales: el FMI, la OMC y el BIRF²⁰.

El BIRF acabó siendo un organismo perteneciente a otro organismo autónomo, el BM. En el seno del BM, ya en la década de 1960 se intentó crear una agencia que garantizase los riesgos políticos y de expropiación de las inversiones extranjeras –lo que acabó siendo el OMGI, fundado en 1988-²¹. Pero, ante el fracaso de tal proyecto, se optó en el seno del BM por diseñar un mecanismo más modesto de resolución de disputas sobre inversiones extranjeras, que se materializaría en el CIADI, creado en virtud del Convenio de Washington de 1966.

2.1. Estructura del Centro

Según el artículo 3 del Convenio CIADI, el Centro está compuesto por un «Consejo Administrativo y un Secretariado»; y además mantiene sendas listas de

¹⁷ Los porcentajes serían de un 55, 14% para el CIADI, un 30,93% para el CNUDMI, un 5,31% para la CCI y un 1,66% para la CCE. También se han celebrado arbitrajes de este tipo siguiendo los reglamentos de la CCIM (3), LCIA (1), CRCACI (1) y el Mecanismo Complementario CIADI (54). Las estadísticas a que se hace referencia están disponibles *online* en la dirección <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByRulesAndInstitution>. Consultado el 01/XI/2018.

¹⁸ Vid. CERVANTES DUEÑAS, J. O.; «*Las instituciones de Bretón Woods: Desarrollo (neolibrealmente) Sustentable*» en *Observatorio Medioambiental*, núm. 17, 2014; pág. 28.

¹⁹ Vid. STEIL, B. (BARBEITOS, I.; Trad.); *La batalla de Bretton Woods*; Ed. Deusto, Barcelona, 2016; pág. 12.

²⁰ Atribuye STEIL el diseño de tales instituciones al economista estadounidense Harry Dexter WHITE; quien perseguía con ello un triple objetivo: evitar la alteración de los tipos de cambio y el colapso de los sistemas monetario y de crédito, garantizar la restauración del comercio exterior y, finalmente, proporcionar el enorme volumen de capital que se necesitaría prácticamente en todo el mundo para su reconstrucción, ayuda y recuperación económica. Vid. STEIL, B. (BARBEITOS, I.; Trad.); *La batalla...;* pág. 185.

²¹ CLAROS ALEGRÍA, P.; «*El sistema...;*» pág. 214.

árbitros y conciliadores. El Consejo Administrativo está compuesto por un representante de cada uno de los Estados Contratantes (art. 4.1 Convenio); y al frente del mismo se encuentra su Presidente, que es también el Presidente del BM. Dicho Presidente desarrolla funciones de relevancia para los procedimientos, como la decisión sobre una recusación en caso de que esta sea planteada contra la mayoría del tribunal o cuando hubiere un empate de votos en torno a dicha decisión (art. 58 Convenio); pero también ha de suplir la inactividad de las partes en lo referente al nombramiento de árbitros (art. 38 Convenio). Las facultades del Consejo abarcan desde la adopción de todos los reglamentos que desarrollan el Convenio a funciones de tipo eminentemente ejecutivo, como la aprobación del presupuesto anual, del informe anual de actividades, de las condiciones del desempeño de las funciones del personal al servicio del CIADI y de los arreglos con el BM para la utilización de sus servicios administrativos (art. 6 Convenio).

El acervo normativo del CIADI está compuesto, además de por el Convenio, por el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, el Reglamento Administrativo y Financiero, las Reglas de Iniciación, las Reglas de Conciliación y las Reglas de Arbitraje. El Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio fue redactado por las mismas personas encargadas de redactar el Convenio, y contienen los propósitos que se buscaban cumplir con cada precepto del Convenio, con lo cual pueden ayudar a la interpretación del mismo en caso de lagunas. El Reglamento Administrativo y Financiero cumple la función de regular la actividad administrativa de los órganos del CIADI, es decir, del Consejo Administrativo y del Secretariado; pero además regula materias de trascendencia procedimental, como el sufragio del arbitraje por las partes, las funciones del Secretariado con respecto a casa procedimiento y otras directrices sobre la emisión de certificados de viaje oficial y renuncia de las inmunidades.

Al frente del Secretariado se encuentra el Secretario General, que es el representante legal y el funcionario principal del Centro, responsable, además de su administración; teniendo como funciones concretas las de registro y de autenticado de los laudos arbitrales (art. 11 Convenio). Auxilian al Secretario General los Secretarios Generales Adjuntos, elegidos todos ellos por el Consejo Administrativo.

2.2. Procedimiento ante el Centro

Ante el CIADI caben dos tipos de procedimientos: la conciliación y el arbitraje. Sin embargo, la conciliación sólo ha sido llevada a cabo en 11 ocasiones, y no es necesario acudir a ella antes de iniciar un arbitraje. En el sistema CIADI, el arbitraje da comienzo con una solicitud presentada por el demandante, que es registrada por el Secretario, que antes habrá de realizar un breve examen para determinar que la diferencia no se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción

del Centro (art. 36 Convenio). El contenido de dicha solicitud se recoge en la Regla 2 de Iniciación, y tiene como objetivo justificar la concurrencia de todos los presupuestos del procedimiento: capacidad para ser parte del demandado, indicar la fecha de dación de consentimiento, indicar la nacionalidad del demandante, justificar que quien comparece tiene capacidad procesal y legitimación y, finalmente, «acompañar informaciones sobre las cuestiones objeto de la diferencia». Tras el registro de la solicitud por parte del Secretario, se ha de notificar dicho registro a ambas partes (Regla 7 de Iniciación), tras lo cual se habrá de constituir el tribunal arbitral «lo antes posible» (art. 37 Convenio).

El tribunal arbitral puede ser unipersonal o estar constituido por un número impar de árbitros. Normalmente, el número de árbitros es de tres, siendo que cada parte nombra a un árbitro y el tercero, que es el presidente del tribunal, es elegido por acuerdo de estos. Tras la aceptación de los árbitros (Regla de Arbitraje 5), estos deben firmar una declaración por la que se comprometen a mantener la confidencialidad sobre el procedimiento y a juzgar con equidad y de acuerdo con el Derecho aplicable, además de revelar sus relaciones con las partes (Regla de Arbitraje 6). Los árbitros, una vez nombrados, son inamovibles, excepto en caso de incapacidad, recusación o renuncia. Una vez constituido el tribunal, deben los árbitros celebrar la conocida como consulta procesal preliminar (Regla de Arbitraje 20), en la que se determinará el parecer de las partes en torno a cuestiones como el idioma, la sede del arbitraje y la distribución de los gastos del procedimiento.

A dicha consulta preliminar sigue una Audiencia Preliminar, que tiene por objeto la fijación de los hechos controvertidos, así como el intento de avenimiento entre las partes (Regla de Arbitraje 21). La siguiente fase es, normalmente, la de las actuaciones escritas, en que las partes podrán presentar sus alegaciones, que se sustanciarán en forma de memorial de la solicitante y contestación al memorial, aunque se puede añadir una réplica de la solicitante y una réplica de su contra parte (Regla de Arbitraje 31). Tras ello, se llevan a cabo las actuaciones orales, cuyo objetivo principal es la práctica de la prueba, que puede consistir en declaración de las partes, de testigos y peritos, así como en visitas y presentaciones de partes no contendientes (Reglas de Arbitraje 32 a 37). Finalmente, se declara el cierre del procedimiento, tras lo cual se dictará laudo (Regla de Arbitraje 38), que podrá ser aclarado por el tribunal (art. 50 Convenio) o revisado, en caso de descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo y que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiese sido desconocido para el tribunal y las partes (art. 51 Convenio).

Sin que quepa calificarlo de apelación, ya que se trata de una impugnación extraordinaria, se encuentra la anulación del laudo (art. 52 Convenio), que se puede llevar a cabo ante un comité ad hoc del que no podrán formar parte los miembros del tribunal arbitral. Los motivos de impugnación del laudo por

anulación son la constitución incorrecta del tribunal, la extralimitación manifiesta en sus facultades, la corrupción de algún miembro del tribunal, el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento y, finalmente, la falta de motivación del laudo.

En cuanto a la ejecución del laudo, el artículo 54 del Convenio establece que este tendrá carácter obligatorio para todos los Estados contratantes, que habrán de ejecutarlo dentro de sus territorios, como si se tratase de «una sentencia firme dictada por un tribunal de dicho Estado»²². No obstante, abundan los casos en que los Estados ejecutados se han opuesto alegando su inmunidad jurisdiccional, con lo cual, como algún autor ha declarado, la ejecución de laudos CIADI se convierte en eminentemente voluntaria²³.

2.3. Naturaleza del sistema CIADI

2.3.1. Naturaleza del arbitraje

Un debate muy interesante que se dio en varios países, entre ellos España e Italia, es el que gira en torno a la naturaleza del arbitraje. En este debate se erigían dos polos opuestos, representados por las llamadas «tesis contractualistas» y «tesis jurisdiccionalistas», por entre las cuales, se bosquejaron posiciones eclécticas bajo la denominación de «teorías mixtas»²⁴. Lo cierto es que la solución al interrogante acerca de la naturaleza del arbitraje usualmente se ha llevado a cabo analizando las regulaciones positivas de dicha institución²⁵, lo que ha dado

²² En el caso de España, la ejecución se ha de llevar a cabo por los juzgados de primera instancia, ya que así lo ha designado el Estado ante el Convenio. En España ya se ha tenido oportunidad de ejecutar un laudo de esta naturaleza. Se trata de la ejecución del laudo de *Pey Casado c. Chile*, llevada a cabo por el Juzgado de Primera Instancia nº 101 de Madrid. Vid. RUEDA GARCÍA, J. A.; «Primera ejecución forzosa conocida de un laudo arbitral CIADI en España (Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile): Sin exequátur» en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 1; 2014; pág. 415.

²³ HUNTER, J. M.; GARCÍA OLMEDO, J.; «Enforcement/Execution of ICSID Awards against reluctant States» en *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 12, 2011; págs. 307-320.

²⁴ Un estudio detallado de este debate se lleva a cabo en ROCA MARTÍNEZ, J.M.; *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*; JM Bosch Editor, Barcelona, 1992; págs. 37-83. Para un resumen esquemático de las posiciones de ese debate, vid. GIMENO SENDRA, V.; *Derecho procesal civil. II. Los procesos especiales*; Editorial Castillo de Luna, Madrid, 2016; págs. 698-69. Cfr. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J.; *Derecho procesal civil. Tomo 2*, 3ª Edición; Editorial Andavira, Santiago de Compostela, 2012; págs. 535-551.

²⁵ Un ejemplo de ello es ROCA MARTÍNEZ, quien realizó en 1992 un análisis centrado en una serie de aspectos del sistema arbitral español de entonces, como el fundamento y presupuesto del arbitraje (resolución de conflictos que afectan a materias de libre disposición), origen (acuerdo entre particulares cristalizado en el convenio arbitral), causa legitimadora (conjugación del nombramiento y aceptación del cargo de árbitro), método de resolución (aplicando normas de procedimiento que las partes tienen amplia libertad para determinar), responsabilidad de los árbitros (cuyo origen es contractual), naturaleza de la decisión (un laudo, cuya naturaleza es equiparable, pero no idéntica a la de la cosa juzgada) y efectos (resolución de un conflicto privado).

lugar a toda clase de posturas, según la regulación positiva analizada, pero también según el aspecto sobre el que se ha puesto el foco de atención²⁶. Quizá la complejidad del problema la haya descrito claramente ROCA MARTÍNEZ, cuando enuncia que:

«Considero que el arbitraje no supone actuación jurisdiccional alguna, sino que es un método privado de resolución de conflictos, tanto por su origen, como por los sujetos que actúan, la calidad en que lo hacen, la responsabilidad que asumen y el procedimiento que utilizan [...] no obstante, su influencia procesal es evidente, ya que precisa de ciertas garantías para su correcto desarrollo y eficacia y, en definitiva, a través de él se va a obtener un título ejecutivo que va a permitir acudir al Juzgado de Primera Instancia a solicitar su ejecución»²⁷.

Sin ánimo de entrar en los pormenores del debate, lo cierto es que la postura jurisdiccionalista siempre encuentra el escollo de que los jueces son depositarios de una potestad, la jurisdiccional, que deriva de la soberanía, siendo que de esta nota tan relevante no participan los árbitros, de ninguna clase ni categoría. Por ello, los árbitros no ostentan muchos atributos de los que sí disfrutaban los jueces –v. gr., la potestad de policía de estrados, la categoría de autoridad a efectos penales, la facultad de emitir exhortos de obligatorio cumplimiento a otras autoridades judiciales u oficios a otros agentes del Estado, etc.-, atributos que inciden notablemente en el modo de llevar a cabo la administración de Justicia.

Sea como fuere, se ha entendido que los árbitros comparten otras muchas notas de los jueces. Así se sostenía, por ejemplo, en el CdPC italiano en su antiguo artículo 815, antes de la reforma de 2006, cuando se indicaba que los árbitros podrían ser recusados si incurrían en algunos de los motivos de recusación indicados para los jueces²⁸; y así lo ha afirmado, también a modo de ejemplo,

Pero a la vez, el autor destaca la existencia de relaciones entre el arbitraje y la jurisdicción, caracterizadas por las funciones de colaboración y control de la segunda sobre la primera, de manera que concluye que si bien arbitraje y jurisdicción son realidades distintas, su separación no es tajante. Vid. ROCA MARTÍNEZ, J.M.; *Arbitraje...*; págs. 70-80.

²⁶ En este sentido, una propuesta estimulante la ofrece SERRA DOMÍNGUEZ, para quien lo que define a la jurisdicción como función no es el sujeto que la desarrolla, sino aquello en que consiste la función y que, en este sentido, los árbitros, a pesar de carecer de Potestad, dan solución jurídica a un litigio sobre la base de su Autoridad reconocida por las partes, con lo cual se puede afirmar que ejercen jurisdicción, y esto explica los efectos de cosa juzgada y ejecutoriedad incondicional de que gozan los laudos arbitrales. Vid, SERRA DOMÍNGUEZ, M.; *Jurisdicción, acción y proceso*; Editorial Atelier, Barcelona, 2008; págs. 176-180.

Si bien es cierto que no todos los autores entienden que la función jurisdiccional se pueda desvincular de los órganos que la ejercen dentro del Poder Judicial. Por ejemplo, COUTURE define la jurisdicción como «función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución». Vid. COUTURE, E.J.; *Fundamentos de Derecho procesal civil*; 4ª Editorial; Euros Editores, Buenos Aires, 2010; pág. 34

²⁷ ROCA MARTÍNEZ, J.M.; *Arbitraje...*; pág. 80.

²⁸ Disposiciones similares se encontraban también en la ley española de 1988 y alemana, y se encuentran, aún hoy, en varios ordenamientos jurídicos, como el venezolano.

numerosa jurisprudencia anglosajona, por todas, *Regina v Gough*, donde la Cámara de los Lores estableció que el test para evaluar la imparcialidad debe ser el mismo para jueces, miembros del jurado y árbitros; y que se estudiará *infra*.

2.3.2. La naturaleza del arbitraje CIADI

Si cuando se hace referencia al arbitraje interno o doméstico, es meridianamente claro que éste nace de un contrato privado entre las partes y el árbitro, aunque su contenido pueda ser funcionalmente similar al de la administración de Justicia, la situación es algo más complicada en lo que hace al sistema CIADI.

Antes de nada, puede resultar interesante comparar el arbitraje de inversiones con otros mecanismos de resolución de conflictos conocidos en el ámbito jurídico. Así, en cuanto a los sujetos con capacidad para ser parte, en el arbitraje de inversiones, estos son los individuos y los Estados; situación que se puede dar ante la jurisdicción ordinaria y ante el arbitraje doméstico, si bien en estos casos, dicha situación es posible, pero no necesaria. En este sentido, los procesos ante el TEDH o la CIDH se asemejan más al arbitraje de inversiones, ya que, en estos casos, los demandantes siempre son individuos, y los demandados, siempre son Estados. En cuanto a la naturaleza del Derecho que aplican, en el arbitraje de inversiones, tal Derecho es, eminentemente, el Derecho internacional público contenido en los TBI y TMI, al igual que sucede en el TIJ y en el TEDH o la CIDH. Sin embargo, en todos estos últimos casos, las autoridades que deciden sobre los asuntos son jueces, y no árbitros. Por tanto, una de las características propias del arbitraje de inversiones es que, en él, el Derecho internacional público es aplicado por árbitros elegidos por las partes.

Con todo, la naturaleza del Derecho aplicado no modifica necesariamente la naturaleza de la relación entre las partes y el órgano decisor. Cabe, entonces, preguntarse si se está ante una relación de derecho privado. Lo cierto es que varias cuestiones juegan en contra de tal posibilidad. La primera es que, como se verá, en caso de incumplimiento de sus obligaciones, los árbitros no están obligados a indemnizar a las partes por daños y perjuicios. La segunda, es que son objeto de enjuiciamiento no sólo actos de *iure gestionis* de los Estados, sino también actos *iure imperii*, que no serían normalmente enjuiciados ante un tribunal doméstico. Finalmente, se ha de tener en cuenta que la remuneración a los árbitros no se produce, en el sistema CIADI, de forma directa, sino a través del Centro.

No obstante, tales afirmaciones, deben ser matizadas. Por un lado, es doctrina común en *Common Law*, que quienes aplican justicia de forma independiente, sean árbitros o jueces, no están sujetos a responsabilidad alguna. Además, aunque las conductas que pueden suponer una quiebra del TBI –como la expropiación de una inversión o su trato inequitativo- suelen consistir en actos *iure imperii*, ello no

siempre es así. Pero, lo que es más importante, la relación controvertida, es decir, la pretensión exigida por el actor, es siempre un acto de libre disposición de las partes. En otras palabras, al Estado se le reclama el pago de una indemnización, que puede ser satisfecha extraprocesalmente por tal Estado, o cuya cuantía puede ser negociada al margen del arbitraje entre las partes. Finalmente, que el pago a los árbitros no se realice directamente por las partes es una circunstancia común a todo tipo de arbitrajes institucionales, como es el caso del CIADI.

Por tanto, la naturaleza de la relación entre las partes y el árbitro, es una relación eminentemente privada. Ahora bien, cabe matizar esta afirmación. Por una parte, el interés público es muy alto en los casos que se ventilan ante el sistema CIADI. Por otra parte, existe un mecanismo común a muchos TBI y TMI, según el cual, las partes del mismo –esto es, los Estados signatarios del tratado-, pueden establecer ciertas interpretaciones de los preceptos del TBI que, indudablemente, vincularán a los tribunales arbitrales surgidos al calor del mismo.

En cuanto al interés público que nace por razón de la materia de este tipo de arbitrajes, lo cierto es que ha sido el motor de grandes transformaciones recientes en el sistema CIADI en particular y en el arbitraje de inversiones en general. Tales transformaciones incluyen la introducción de la figura del *amicus curiae*, pero también de la de un nuevo principio: el de la transparencia.

En cuanto a la posibilidad de que los Estados parte de un TBI puedan convenir la interpretación de un precepto del mismo, lo cierto es que no consta que ello haya sucedido nunca. Aunque la inclusión de dicho mecanismo es común a todos los TBI y su mera existencia, al implicar un privilegio para los Estados, hace que estos no se sitúen en un plano de igualdad frente a los individuos. Pero no sólo eso: si los Estados ponen en marcha dicho mecanismo, estarían ejerciendo su soberanía y, con ello, limitando legítimamente los derechos de los inversores, quienes, en principio, estaban situados en un plano de igualdad con ellos mismos.

INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD EN EL SISTEMA CIADI

1. Apuntes previos

1.1. La independencia e imparcialidad en la tradición del Derecho Continental

1.1.1. Independencia judicial

Dentro de los ordenamientos jurídicos estatales, la independencia sólo adquiere su significado pleno en conexión con la separación de poderes, de manera que aquélla es *conditio sine qua non* para la existencia de ésta. Junto con LOCKE²⁹, MONTESQUIEU fue pionero en proponer una teoría de la separación de poderes, llegando a influir de manera decisiva en el movimiento de los liberales doctrinarios franceses y, desde ahí, al constitucionalismo europeo contemporáneo. Para este autor, el cometido de la separación de poderes es doble: por una parte, impedir la concentración de poderes de distinta naturaleza en un mismo órgano institucional³⁰³¹ y, por otra, impedir la concentración de poderes en un mismo grupo social³². Otra preocupación de MONTESQUIEU era evitar que la jurisdicción se convirtiese en un auténtico poder político. Para ello, propuso que las personas encargadas de desarrollar sus funciones lo hicieran de manera puntual, sin que eso conllevase ejercer un cargo oficial de manera permanente³³.

²⁹ Este autor diferenciaba entre tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el federativo. La función del primero consistía en «determinar cómo ha de ser empleada la fuerza del Estado, a fin de preservar a la comunidad y a los miembros de ésta», lo que aseguraría a través de la emisión de leyes; el poder ejecutivo, que a diferencia del anterior, sería permanente, se encargaría de ejecutar las leyes, mientras que el tercer poder, el federativo, estaría encargado de las relaciones del Estado con otros Estados, más específicamente, de la guerra, de la paz, de las alianzas internacionales y de la firma de tratados. Vid. LOCKE, J.; *Segundo tratado sobre el gobierno civil*; MELLIZO, C. (Traductor); Alianza Editorial, Madrid, 1990, págs. 150-153.

³⁰ Así, escribirá en *El espíritu de las leyes*, que «no hay [...] libertad si el poder judicial no está separado del legislativo y del ejecutivo». Vid. MONTESQUIEU, Ch.; *El Espíritu de las Leyes*; Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, Madrid, 1906, pág. 227.

³¹ Cita PEDRAZ PENALVA a Charles EISEMANN, quien en *La pensée constitutionnelle de Montesquieu* expone y confronta dos interpretaciones sobre la propuesta de este autor. La primera de ellas es la más divulgada, y la denomina «interpretación jurídica», la cual se caracterizaría por considerar la separación de poderes como idea esencial del pensamiento del Barón de La Brède; la segunda, por su parte, estima que lo que defiende MONTESQUIEU no es tanto la separación de poderes como la no confusión de los tres poderes o de dos de ellos. Cfr. PEDRAZ PENALVA, E.; *Constitución, jurisdicción y proceso*; Editorial AKAL, Madrid, 1990; págs. 19-21.

³² En efecto, MONTESQUIEU afirma que «Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de los próceres o de los nobles o del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias de los particulares». Vid. MONTESQUIEU, Ch.; *El Espíritu...; op. Cit.*, pág. 228.

³³ Concretamente sostiene: «la facultad de juzgar, tan terrible entre los hombres, no hallándose vinculada en ningún estado ni profesión, viene a ser, por decirlo así, invisible y nula [...] se teme a la magistratura y no a los magistrados». Vid. MONTESQUIEU, Ch.; *El Espíritu...; op. cit.*, pág. 229.

Como se ha referido, la independencia judicial es el correlato de la separación de poderes en lo que hace al poder judicial: sólo habrá una efectiva separación entre Poder Judicial y demás poderes del Estado si aquél es independiente de éstos. Sin embargo, al hablar de independencia judicial, dentro del ámbito de la disciplina procesalista, se está haciendo referencia no sólo al Poder Judicial como un todo, sino también a los sujetos que ejercen la potestad jurisdiccional. Así lo pone de relieve PÉREZ-CRUZ MARTÍN, cuando afirma que existe un primer sentido de independencia judicial, que «supone el respeto al principio de la división de poderes propugnado por MONTESQUIEU, limitándose cada uno de ellos al cumplimiento de las funciones asignadas por la Constitución»³⁴ y un segundo sentido de independencia, que viene a significar el «sometimiento de la función jurisdiccional al principio de legalidad, lo que impide que el ejercicio de ésta dependa de mandatos particulares»³⁵.

Analizando esta distinción, MONTERO AROCA afirma que «la característica esencial del estatuto de jueces y magistrados es la independencia»³⁶. Para este autor, la independencia se articula en torno a cuatro «declaraciones»³⁷; siendo la primera, la sumisión exclusiva a la ley; la segunda, la no sumisión a normas contrarias a la ley; la tercera, la no sumisión a tribunales superiores y; por último, la no sumisión a entidad alguna³⁸.

Estas declaraciones o manifestaciones delimitan el contenido de la independencia. Pero se deben diferenciar y contraponer frente a otra categoría de normas, las llamadas «garantías de la independencia»³⁹, que son mecanismos cuyo objetivo es asegurar el respeto a dicho principio frente a cualquier intento por parte de la sociedad, otras instituciones públicas o las partes de un proceso de vulnerar la independencia judicial⁴⁰. En un momento posterior se confrontarán

³⁴ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J.; *Constitución y Poder Judicial*; 2ª Edición, Editorial Atelier, Barcelona, 2015; pág. 44.

³⁵ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J.; *Constitución...*; op. cit., pág. 45.

³⁶ MONTERO AROCA, J.; en MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J.L. y BARONA VILAR, S.; *Derecho Jurisdiccional I. Parte general*; 26ª edición; Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018; pág. 100.

³⁷ ORTELLS RAMOS y MASCARELL NAVARRO utilizan el término «manifestaciones» en vez de «declaraciones». Estos autores desdoblan la última de las declaraciones en dos manifestaciones: la independencia de los órganos jurisdiccionales frente a los órganos de gobierno autónomo del Poder Judicial y las normas que establecen la independencia del juez respecto del Poder Legislativo; Cfr. ORTELLS RAMOS, M.; MASCARELL NAVARRO, M.J. en ORTELLS RAMOS, M. (Dir. y coord.); *Introducción al Derecho Procesal*; 8ª Edición, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018; págs. 65-69.

³⁸ MONTERO AROCA, J.; *Independencia y responsabilidad del Juez*; Ed. Civitas, Madrid, 1990; págs. 118-121.

³⁹ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J.; *Constitución...*; op. cit., pág. 50.

⁴⁰ ORTELLS RAMOS, M.; MASCARELL NAVARRO, M.J. en ORTELLS RAMOS, M. (Dir. y coord.); *Introducción...*; op. cit, págs. 69-72. En el mismo sentido, vid. REQUEJO PAGÉS, J.L.; *Jurisdicción e independencia judicial*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; págs. 168-171.

estas garantías con las que establecen los sistemas de arbitraje internacional de inversiones, pero por lo pronto, es necesario describir cada una de ellas.

Las del primer grupo –garantías frente a intromisiones de la sociedad-, tienen como finalidad establecer de manera general los requisitos para ejercer la función judicial, regulando las condiciones de acceso, así como las causas de incapacidad y de incompatibilidad para el ejercicio de las funciones judiciales. Las garantías del segundo grupo –frente a otros poderes públicos- hacen referencia, por un lado, a aquéllos mecanismos que impiden que otros poderes públicos interfieran en las funciones judiciales y, por otro lado, a la inamovilidad, es decir, la garantía de jueces y magistrados de que no serán separados de sus funciones sino por causas previamente tasadas de separación y suspensión. Por último, las garantías frente a las partes son, en sentido estricto, garantías de la imparcialidad y hacen referencia a causas de abstención y recusación que impiden que el sujeto que enjuicia tenga intereses directos en el objeto del proceso o algún tipo de relación extraprocesal con las partes.

1.1.2. Imparcialidad judicial

Además de independientes, los jueces y magistrados deben ser imparciales. Siguiendo a PEDRAZ PENALVA y a CALVO SÁNCHEZ, PÉREZ-CRUZ MARTÍN explica el ámbito en el que despliegan sus efectos ambos principios: «si la independencia alude al momento constitucional, la imparcialidad se refiere al momento procesal, es decir, al ejercicio de la función jurisdiccional»⁴¹. Sin embargo, el contenido de la imparcialidad no es pacífico.

Para GOLDSCHMIDT⁴² era necesario diferenciar entre imparcialidad e «imparcialidad». La primera consistía en que «el móvil de la declaración [...] o de la resolución debe ser el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justa o legalmente». Es decir, para este autor, la imparcialidad es un ánimo de mantenerse en un estado mental que procure la objetividad. Por su parte, la *imparcialidad* alude a la ajenidad frente a las personas en conflicto. Se puede afirmar que la imparcialidad remite a la objetividad, mientras que la *imparcialidad* a la neutralidad.

Resulta sencillo imaginar que la verificación cotidiana de la imparcialidad en el sentido que expone el autor germano-argentino es difícil de llevar a cabo, sin embargo, esto conecta con el concepto de «imparcialidad subjetiva» desarrollado por el TEDH en su jurisprudencia y que se estudiará casuísticamente más adelante. En cualquier caso, a pesar de esa dificultad señalada, existen mecanismos que

⁴¹ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J.; *Constitución y Poder Judicial...*; pág. 50.

⁴² Cfr. GOLDSCHMIDT, W.; «*La imparcialidad como principio básico del proceso*» en *Monografías de Derecho español*, núm. 1; Instituto Español de Derecho procesal, Madrid, 1950.

permiten excluir los casos más extremos de contravención de la imparcialidad goldschmidtiana, comunes en los ordenamientos estatales, pero que están también presentes, incluso, en los sistemas de arbitraje internacional de inversiones, según se discutirá.

Por otro lado, autores como PICÓ I JUNOY, oponen a esta teoría intencional, lo que se podría llamar una teoría preventiva, por cuanto, aceptando la gran dificultad de imponer una pulsión de objetividad a quienes ejercen la función jurisdiccional, se centra en los mecanismos legales –esto es, la abstención y la recusación- que permiten «garantizar el máximo de objetividad en el enjuiciamiento de las cuestiones litigiosas»⁴³. Estos mecanismos serán abordados en el siguiente epígrafe.

En lo que se refiere a las fuentes de la imparcialidad, cabe explicar que en los países de Derecho común o continental, la imparcialidad de los jueces no se haya garantizada constitucionalmente, siendo una excepción la actual Constitución Italiana (Art. 111.II, introducido mediante la Ley Constitucional de 23 de noviembre de 1999, inspirada en la jurisprudencia del TEDH⁴⁴) y, dentro de la historia constitucional, la Constitución española de 1812 (Art. 279). Este factor ha llevado a que tanto la doctrina como la jurisprudencia hayan buscado el fundamento de la imparcialidad en distintas fuentes.

Para el caso español, PICÓ I JUNOY ha clasificado tres posibles fundamentaciones: la primera de ellas la sitúa en la legitimación del juzgador como manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías⁴⁵, que es la posición predominante en la jurisprudencia del TC desde 1987⁴⁶. La segunda posible fundamentación que este autor ubica se halla en el principio de independencia judicial, y proviene de una línea jurisprudencial del TC, que explica que la abstención y la recusación son garantías de la independencia⁴⁷, aunque el propio PICÓ I JUNOY argumenta, se considera que con acierto, que «este

⁴³ PICÓ I JUNOY, J.; *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*; José María Bosch Editor, Barcelona, 1998; págs. 23-24.

⁴⁴ Cfr. TARZIA, G.; «*L'impartialité du juge et le procès équitable à la lumière de la Constitution italienne*»; en VAN COMPERNOLLE, J.; TARZIA, G.; *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Etude de droit comparé*; Editorial Bruyellant, Bruselas, 2006; pág. 107.

⁴⁵ PICÓ I JUNOY, J.; *La imparcialidad judicial...*; op. cit., pág. 25. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC 64/1997 y más recientemente en la STC 133/2014, donde explica que «el reconocimiento de este derecho [al juez imparcial] exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial». Vid. STC 133/2014, de 22 de julio, FJ 3.

En un sentido parecido a PICÓ I JUNOY, algún autor sostiene que el derecho a un juez imparcial deriva del derecho a la tutela judicial efectiva. Vid. JIMÉNEZ ASENSIO, R.; «*Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial en la Constitución de 1978*» en GÓMEZ MARTÍNEZ, C. (Dir.); *La imparcialidad judicial*; Centro de Documentación Judicial (CGPJ), Madrid, 2009; págs. 21-23.

⁴⁶ Vid. JIMÉNEZ ASENSIO, R.; *Imparcialidad judicial...*; op. cit., págs. 148-154.

⁴⁷ Vid. STC 136/1992, de 13 de octubre, FJ. 2.

planteamiento de la cuestión resulta incorrecto por cuanto, como indicamos en su momento, la independencia judicial del Art. 117.1 CE se refiere a la necesidad de evitar todo tipo de subordinación de los miembros del Poder Judicial al resto de poderes del Estado»⁴⁸. Finalmente, una última posible fundamentación puede encontrarse en el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Este supuesto también deriva de una línea jurisprudencial minoritaria del TC y, de igual modo, el autor la considera desacertada, ya que el derecho al juez legal «tiende a garantizar la concurrencia del tribunal orgánicamente competente establecido en la ley [...] mientras que la imparcialidad judicial hace referencia no tanto al órgano jurisdiccional considerado en su dimensión orgánica, sino a la persona, juez o magistrado que lo integra»⁴⁹.

Esta última ha sido la solución adoptada por el BVerfG alemán. En efecto, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha reconocido el carácter constitucional de la imparcialidad del juez en base al artículo 101.1.II de la Ley Fundamental, que regula el derecho al juez legal⁵⁰. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Portugal ha apuntado que la imparcialidad de los jueces se deriva, en general, del artículo 20.1 de la Constitución portuguesa, que regula el derecho a la tutela judicial efectiva y; en especial, del artículo 32.1 CRP, que regula el derecho a defensa en el orden penal⁵¹.

1.1.2.1. Garantías de la imparcialidad

Se ha expuesto ya la concepción propuesta por GOLDSCHMIDT en lo que hace a la imparcialidad. Este autor hace hincapié en el aspecto subjetivo de la misma, esto es, en la vertiente que apunta a la predisposición psicológica del juzgador, en el sentido de evitar que esté al servicio de los intereses de una de las partes. También se ha defendido la idoneidad de abordar la imparcialidad desde una propuesta preventiva, que es lo que hacen, en efecto, los ordenamientos jurídicos nacionales. Como explica, con lucidez, MONTERO AROCA,

«A pesar de que la imparcialidad tiene que ser subjetiva, y no puede dejar de serlo, lo que la ley hace es intentar objetivarla, y para ello establece una relación de situaciones, que han de poder constatarse objetivamente, cuya concurrencia convierte al juez en sospechoso de parcialidad,

⁴⁸ PICÓ I JUNOY, J.; *La imparcialidad judicial...*; op. cit., pág. 32.

⁴⁹ Vid. PICÓ I JUNOY, J.; *La imparcialidad judicial...*; op. cit., pág. 34. Sin embargo, en sentido contrario, vid. CALVO SÁNCHEZ, M.D.; «*La recusación de los jueces y magistrados (I)*» en *Revista Universitaria de Derecho procesal*, nº 1; Madrid, 1988; pág. 75.

⁵⁰ Vid. HESS, B.; «*L'impartialité du juge en droit allemand*»; en VAN COMPERNOLLE, J.; TARZIA, G.; *L'impartialité...*; op. cit., pág.158.

⁵¹ Así lo puso de manifiesto con ocasión del Acórdão 124/1990. Vid. Acórdão do Tribunal Constitucional 124/1990, de 19 de abril, Fundamento 7.3.

independientemente de que en la realidad un juez concreto sea o no capaz de mantener su parcialidad»⁵²

En este sentido, dos son los mecanismos que regulan los ordenamientos jurídicos estatales para garantizar la imparcialidad: de un lado, la abstención y, de otro, la recusación.

La abstención es el deber jurídico⁵³ que recae sobre jueces y magistrados por el cual éstos deben declarar que, para un caso concreto, incurren en algún supuesto de hecho de las causas de abstención, con la consecuencia de apartarse por iniciativa propia del conocimiento de un determinado asunto. Por su parte, la recusación es «el acto procesal de parte en virtud del cual se insta la separación del órgano jurisdiccional que conoce de un determinado proceso por concurrir en él una causa que pone en duda su imparcialidad».⁵⁴

Dentro de la doctrina, ORTELLS RAMOS⁵⁵ ha predicado de dichas garantías su relatividad, es decir, que no hay una lista cerrada de garantías válidas para todo período histórico y para todo Estado, sino que éstas pueden variar, y de hecho lo hacen en los diferentes ordenamientos jurídicos, sin que ello reste eficacia a su finalidad: asegurar la imparcialidad judicial. Adicionalmente y, al calor del debate sobre la preferencia de optar por una regulación con un *numerus clausus* o un *numerus apertus* de las causas de abstención y recusación, PICÓ I JUNOY defiende la necesidad de realizar, en todo caso, una interpretación extensiva⁵⁶, pues, como ha señalado el TEDH en el caso *De Cubber*, una interpretación restrictiva del derecho a un juez imparcial ahogaría la virtualidad de estos mecanismos⁵⁷.

En cualquier caso, al analizar el Derecho comparado, se pueden vislumbrar tres grandes categorías de causas de abstención y recusación:

- 1) Por un lado, aquéllas que intentan salvaguardar la tercería del juez evitando que éste pueda conocer de un asunto si tiene interés personal en el mismo⁵⁸.
- 2) Por otro lado, se encuentran aquéllas que garantizan de igual manera la tercería del juez, impidiendo que pueda conocer de un

⁵² MONTERO AROCA, J.; *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*; Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 188.

⁵³ Así lo defiende PICÓ I JUNOY en PICÓ I JUNOY, J.; *La imparcialidad...*; op. cit., pág. 40. En sentido contrario, vid. GUASP DELGADO, J.; en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*; T.I, Editorial Aguilar, Madrid, 1943, pág. 584; donde se considera que la abstención es una facultad del juez.

⁵⁴ PICÓ I JUNOY, J.; *La imparcialidad...*; op. cit., pág. 40.

⁵⁵ ORTELLS RAMOS, M.; MASCARELL NAVARRO, M.J. en ORTELLS RAMOS, M. (Dir. y coord.); *Introducción...*; op. cit., pág. 71.

⁵⁶ PICÓ I JUNOY, J.; *La imparcialidad...*; op. cit., pág. 50.

⁵⁷ STEDH 26/X/1984, asunto *De Cubber c. Bélgica*, pág. 30.

⁵⁸ Así se regula en el art. L-731-1.1º del COJ (parte legislativa antigua) francés; en los apartados a) y b) del art. 115.1 del CPC portugués, en el art. 51.1 del CdPC italiano, en el apartado 1 del artículo 41 de la ZPO alemana y en el art. 219.10º de la LOPJ española.

determinado asunto si tiene algún tipo de relación con las partes o sus representantes, v. gr., si entre estos y el juez existe relación de amistad íntima o enemistad manifiesta⁵⁹, si entre ellos existe algún parentesco cercano⁶⁰, si existe o ha existido entre el juez y las partes alguna relación de subordinación laboral⁶¹, si el juez ha prestado asesoramiento jurídico a las partes⁶², o si las partes y el juez tienen o han instado contra uno u otro procedimientos civiles, penales o disciplinarios⁶³, entre otros.

3) Por último, también se encuentran aquéllas que intentan asegurar la objetividad del juez, evitando que éste posea cualquier tipo de prejuicio derivado de un contacto anterior con la causa, especialmente si dicho contacto se ha producido en calidad de juez de instancia o de árbitro⁶⁴, consejero de alguna de las partes⁶⁵ o por haber ocupado algún cargo público que haya provocado la previa toma de contacto con el caso⁶⁶.

1.2. Independencia e imparcialidad en la tradición del *Common Law*

1.2.1. Independencia en el Reino Unido

La independencia judicial tiene un largo recorrido en Gran Bretaña. Ya desde la Ley de Establecimiento de 1701⁶⁷ –en original en inglés, *Act of Settlement*–, se

⁵⁹ Así en el art. L-731-1.8º del COJ (parte legislativa antigua) francés; en el art. 120.1ª.g) del CPC portugués; en el art. 51.3 del CdPC italiano y en el artículo 219.9ª de la LOPJ española.

⁶⁰ Así en el art. L-731-1.4º del COJ (parte legislativa antigua) francés; en los apartados a) a f) del artículo 120.1ª del CPC portugués; en el art. 51.2 del CdPC italiano, en los apartados 2, 2a y 3 del artículo 41 de la ZPO alemana y en los apartados 1ª y 2ª del art. 219 de la LOPJ española.

⁶¹ Así en el art. L-731-1.7º del COJ (parte legislativa antigua) francés y en el art. 219.12ª de la LOPJ española.

⁶² Así en el art. L-731-1.6º del COJ (parte legislativa antigua) francés se prohíbe que actúe como juez quien ha sido administrador de bienes de alguna de las partes; en el art. 51.4 del CdPC italiano, que impide que actúe como juez quien haya aconsejado o haya prestado asesoramiento jurídico en la causa; en los apartados c) y d) del artículo 115.1 del CPC portugués se prohíbe que sea juez quien haya actuado como «mandatario judicial» para alguna de las partes; y en el apartado 4 del artículo 41 de la ZPO alemana se establece que no podrá ser juez quien haya ejercido como mandatario procesal en favor de alguna de las partes –es decir, como su representante técnico- ni quien haya prestado asesoramiento jurídico a alguna de las partes.

⁶³ Así en el art. L-731-1.4º del COJ (parte legislativa antigua) francés; en los arts. 115.1.g) y 115.1.h) del CPC portugués; en el art. 51.3 del CdPC italiano y en los apartados 4ª a 8ª del artículo 219 LOPJ.

⁶⁴ Así en el art. L-731-1.5º del COJ (parte legislativa antigua) francés; en el art. 115.1 e y f del CPC portugués; el art. 51.4 del CdPC italiano; en el apartado 6 del artículo 41 de la ZPO alemana, que también prohíbe que actúe como juez quien haya sido mediador entre las partes (apartado 8); en el art. 219.11ª de la LOPJ española.

⁶⁵ Así en el art. L-731-1.5º del COJ (parte legislativa antigua) francés; en el art. 219.13º LOPJ, en donde se establece como causa de abstención y recusación el hecho de que el juez haya desempeñado profesión u oficio «con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto del pleito» o en el apartado 7 del artículo 41 de la ZPO.

⁶⁶ Así en el art. 219.16ª de la LOPJ española.

⁶⁷ Para un comentario en castellano de este instrumento legal y su repercusión en el sistema político británico como garantía de independencia judicial, vid. LÓPEZ BOFILL, H.; «*Reflexiones*

establecían varias provisiones dirigidas a apuntalar esta institución. Así, dicha Ley impedía que los jueces fuesen apartados por orden del monarca, estableciendo el carácter vitalicio de su cargo y asociándolo a un sueldo fijo, estando sólo el Parlamento habilitado para decidir sobre la revocación de los nombramientos judiciales, y por la sola causa de apreciar un comportamiento inadecuado⁶⁸.

Sin embargo, hasta la Ley de Reforma Constitucional de 2005⁶⁹, pervivió un diseño institucional que, con frecuencia, ponía en peligro la separación de poderes. Es el caso de la figura del Lord Canciller⁷⁰ -en inglés, en original, «*Lord Chancellor*»-, la más alta dignidad judicial del Estado, que además formaba parte del Gobierno y de la Cámara de los Lores⁷¹ -órgano que ostenta funciones legislativas-, y al que correspondía, además, el nombramiento de los jueces. Tras la reforma de aquél año, este cargo fue desprovisto de sus funciones legislativas y judiciales y ha sido investido con la misión de velar por la independencia judicial y proveer al Poder Judicial de los medios necesarios para llevar a cabo sus funciones⁷², a la vez que se ha racionalizado el proceso de nombramiento de los jueces⁷³.

También formaban parte de la Cámara de los Lores los denominados *Lords of Appeal in Ordinary*, coloquialmente conocidos como *Law Lords*, que ocupaban el máximo escalafón en la jerarquía judicial -tras el Lord Canciller-, ejerciendo de magistrados de última instancia. Aunque debido a un consenso tácito no tomaban parte en los debates políticos de la Cámara, para intentar salvar así la apariencia de

sobre los orígenes de la independencia judicial», en GONZÁLEZ PASCUAL, M. (Dir.); SOLANES MULLOR, J.; (Coord.); *Independencia Judicial y Estado Constitucional. El estatuto de los jueces*; Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016; págs. 27 y ss.

⁶⁸ Provisión III, párrafo 8º de la Ley (Act) original; disponible en línea: <http://www.british-history.ac.uk/statutes-realm/vol7/pp636-638>. Consultado el 01/X/2018. Este tipo de disposiciones aún siguen en vigencia, aunque, como explican algunos autores, sólo se aplican a los jueces situados en la alta jerarquía judicial. Vid. WILSON, S.; MITCHELL, R.; STOREY, T.; WORTLEY, N.; *English legal system*; 2ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2011, pág. 361.

⁶⁹ La Ley de Reforma Constitucional de 2005 -en original en inglés, «*Judicial Reform Act*»- modificó en gran medida la configuración de varias instituciones judiciales, como la del Lord Canciller, que se convirtió en una figura similar al del Ministro de Justicia de otros Estados, a la vez que los Lores Jefes de Justicia -en original en inglés, «*Lord Chief Justice*»- se convirtieron en las máximas autoridades de los poderes judiciales de Inglaterra y Gales, por un lado, y de Irlanda del Norte, por otro. Vid. secciones 2 a 44 y anexo 6 de la Ley de Reforma Constitucional de 2005; disponible online en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents>; consultado el 01/10/2018.

⁷⁰ Sobre la función de esta peculiar figura no existía una posición unánime. Para algunos autores, el Lord Canciller era una especie de puente entre los poderes del Estado, que debería trabajar para destensar algunas situaciones que pudieran darse dentro de los organismos públicos; para otros autores, que acentúan su rol como cabeza del Poder Judicial, su función era ser la voz de dicho poder ante el Gobierno y el Parlamento. Vid. GAY, O.; BENWELL, R.; «*The Separation of Powers*»; Parliament and Constitution Centre, Londres, 2011, pág. 8.

⁷¹ WILSON, S.; MITCHELL, R.; STOREY, T.; WORTLEY, N.; *English...; op. cit.*, pág. 351; en el mismo sentido, TARUFFO, M.; «*La cultura de la imparcialidad en los países del common law y del Derecho continental*» en GÓMEZ MARTÍNEZ, C. (Dir.); *La imparcialidad...; op. cit.*, pág. 103.

⁷² Vid. Ley de Reforma Constitucional de 2005, sec. 2, apartados 1 y 6.

⁷³ Que se llevan a cabo por comisiones independientes y en base a un concurso de méritos. Vid. Ley de Reforma Constitucional de 2005, secciones 61-107.

la separación de poderes⁷⁴, su figura fue reubicada en la Corte Suprema, creada en el 2009⁷⁵, a la vez que se les desvinculó de la Cámara de los Loes.

Por lo que respecta al resto de magistrados del Poder Judicial, sus incompatibilidades y prohibiciones están desperdigadas en un amplio abanico de herramientas legales, v. gr., en la Ley inhabilitaciones de la Cámara de los Comunes de 1975 se establecen las incompatibilidades conocidas como «*House-based*», es decir, aquéllas que tienen por objeto asegurar que los miembros del Parlamento estén en situación de ejercer su función adecuadamente, libres de presiones externas, entre éstas se incluyen la pertenencia a altos tribunales, como la Corte de Apelaciones y la Alta Corte de Justicia⁷⁶. Sobre los límites negativos de la independencia judicial, cabe subrayar la inmunidad parlamentaria, que en el Reino Unido cuenta con una antiquísima tradición, que se remonta a la Carta de Derechos de 1689 (art. 9)⁷⁷.

En lo atinente a la relación con el poder ejecutivo, surgen problemas para la delimitación del ámbito de aplicación de la *judicial review*, institución típicamente anglosajona que permite a los miembros del poder judicial ejercer un doble control sobre los actos del poder ejecutivo: por un lado, permite verificar que cualquier acto legislativo delegado sea conforme con la delegación realizada por el Parlamento y, por otro lado, asegura el respeto a la legalidad de los actos del gobierno o de cualquier otro organismo público. En el ejercicio de esta función, se puede afirmar que, a grandes rasgos, el poder judicial tiene el compromiso de no entrometerse en asuntos de alta política, como el nombramiento de los ministros, la asignación de recursos financieros, asuntos de seguridad nacional⁷⁸ y la firma de tratados internacionales⁷⁹.

1.2.2. Imparcialidad en la Mancomunidad Británica

En lo concerniente a la imparcialidad de los jueces, ya desde la fase temprana del *Common Law*, el sistema de garantías de la imparcialidad se articulaba en torno

⁷⁴ WILSON, S.; MITCHELL, R.; STOREY, T.; WORTLEY, N.; *English...*; op. cit., pág. 352.

⁷⁵ Fue instituida en 2009, pero su creación venía prevista en la Ley de Reforma Constitucional de 2005, vid. sec. 23.

⁷⁶ GAY, O.; «*Disqualification for Membership of the House of Commons*»; Parliament and Constitution Centre, Londres, 2004, pág. 7.

⁷⁷ Como contrapartida a este mecanismo de división de poderes, GAY y BENWELL señalan que existen dos principios tácitos ampliamente observados en el sistema político británico, según los cuales, primero, los miembros del Parlamento se deben abstener de entrar a valorar las decisiones judiciales y, segundo, la regla sub *judice*, que establece que el Parlamento no puede bajo ningún concepto intentar influir en el resultado de un proceso judicial abierto. Vid. GAY, O.; BENWELL, R.; «*The Separation...*; op. cit., pág. 6.

⁷⁸ No sucedió así en el asunto *A v Secretary of State of Home Department*, en el que el juez Bingham declaró que la detención sin cargos de personas acusadas de cometer actos terroristas, a pesar de tratarse de un tema de seguridad nacional, pueden y deben ser fiscalizados por el poder judicial.

⁷⁹ GAY, O.; BENWELL, R.; «*The Separation...*; op. cit., pág. 8.

al acervo de dos importantes sentencias. Por una parte, en el caso *Conde de Derby*⁸⁰, se había establecido que el Derecho no permitía a un juez conocer de un asunto en el que tuviera un interés pecuniario directo o un interés como propietario. Por otro lado, en el caso *Dr Bonham*⁸¹, el juez Coke invalidó una Ley del Parlamento⁸² que permitía a un colegio de médicos enjuiciar, condenar y rehabilitar a otros médicos que ejerciesen con mala praxis la medicina en Londres; aplicando para ello el juez Coke un «principio asentado en el Derecho inglés»: que nadie puede ser juez en su propio asunto⁸³.

En la actualidad, HAMMOND estima que la mejor forma de clasificar las causas de recusación existentes a día de hoy dentro del ámbito del *Common Law* es estableciendo dos grandes categorías. Primero, la que denomina *automatic disqualification* –apartamiento automático– y, segundo, los *bias* –causas de parcialidad⁸⁴. Si la primera conduce automáticamente al apartamiento del juez independientemente de su comportamiento⁸⁵, la segunda, por su parte, apunta a aquéllos supuestos en que es necesario probar que la causa de parcialidad efectivamente afecta al juzgador.

Esta última categoría, la de *bias* o causas de parcialidad, se divide en causas de parcialidad reales y aparentes; las causas de parcialidad reales son aquéllas que, siendo insospechadas, ponen de manifiesto interferencias muy intensas que demuestran que el juez estaba predispuesto a decidir contra una parte, independientemente de los fundamentos de Derecho y de la prueba que esa parte pudiera proponer. Este tipo de causas son, como el propio HAMMOND confiesa, harto difíciles de encontrar en la práctica⁸⁶, resultando por tanto de aplicación

⁸⁰ HAMMOND, G.; *Judicial Recusal. Principles, process and problems*; Hart Publishing, Haywards Heath, 2009, pág. 12.

Cfr. COKE, E.; «*Earl of Derby's Case*» en *The reports of Sir Edward Coke in thirteen parts (new edition)*; Editorial Joseph Butterworth and son, Londres, 1826, pág. 356.

Este caso versaba sobre una demanda civil en la que se ventilaba un conflicto entre las partes de un fideicomiso-en el texto original en inglés, *copyholders' contract*-, una de las cuales era el chambelán de Chester, localidad cuyo órgano judicial tenía competencia territorial para conocer del asunto. En ella, se establecía que, en los señoríos, el ejercicio de lo que podría denominarse la «jurisdicción derivada» no se podía llevar a cabo cuando una de las partes en litigio fuese también el titular del señorío. El término «jurisdicción derivada» hace referencia a aquella jurisdicción que el rey reconocía a los señores territoriales antes de la Edad contemporánea. Dicho concepto se toma prestado de SAINZ GUERRA; Vid. SAINZ GUERRA, J.; *La Administración de Justicia en España (1810-1870)*; Editorial EUDEMA, Madrid, 1992.

⁸¹ HAMMOND, G.; *Judicial Recusal...*; op. cit., pág. 13.

⁸² Por este motivo esta sentencia es también un hito en la historia de la *Judicial Review*.

⁸³ THORNE, S.E.; «*Dr. Bonham's case*» en *Law Quarterly Review*, Vol. 54, núm. 4; pág. 547. En cualquier caso, como indica HAMMOND, este sistema primitivo resultaba de aplicación «muy restringida» pues sólo impedía que un juez conociese de aquéllos asuntos en que fuese a la vez parte. Vid. HAMMOND, G.; *Judicial Recusal...*; op. cit., pág. 11.

⁸⁴ En el mismo sentido, vid. TARUFFO, M.; «*La cultura...*» en GÓMEZ MARTÍNEZ, C. (Dir.); *La imparcialidad...*; op. cit., pág. 104.

⁸⁵ HAMMOND, G.; *Judicial Recusal...*; op. cit., pág. 16.

⁸⁶ *Ibid.*, págs. 16-17.

residual. Por su parte, las causas de parcialidad aparentes son aquéllas en las que se debe probar si una circunstancia es suficiente para infundir la creencia en un observador externo de que el juez presenta un prejuicio⁸⁷.

1.2.2.1. Causas de apartamiento automático o *Automatic disqualification*

En lo referente al apartamiento automático, algunos autores encuentran sus fundamentos en la jurisprudencia del caso *Dimes v. Proprietors of Grand Junction Canal*⁸⁸ en 1852, en donde el recusado era el Lord Canciller⁸⁹. Allí, la Cámara de los Lores entendió que la imparcialidad quedaba en entredicho cuando quien juzgaba poseía algún interés pecuniario en el objeto del litigio, sin que fuese relevante la cuantía del mismo e independientemente de que el juez recusado presentase o no una razonable apariencia de imparcialidad. Así que el principio por el cual un juez no debe presentar «ningún interés pecuniario» implica que quien lo contraviene para un caso particular debe ser automáticamente apartado del mismo⁹⁰.

Una segunda causa de este tipo fue más recientemente establecida, en 1998, al calor de la sentencia *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex. Parte Pinochet (No. 2)*, en la que uno de los magistrados del órgano colegiado que debía decidir sobre la extradición a España del dictador chileno Augusto Pinochet era presidente de una sociedad benéfica –en el texto original en inglés, *charity*- cuya titularidad pertenecía a una ONG que intervenía en el proceso litigando a favor de la extradición. En esta ocasión, la UKHL amplió las causas de apartamiento hasta abarcar aquéllas situaciones en que un juez esté, ya sea personalmente o como miembro de una organización, realizando activismo político en pro de la causa que defiende una de las partes implicadas⁹¹.

⁸⁷ *Ibid.*, pág. 17.

⁸⁸ Vid. HAMMOND, G.; *Judicial Recusal...*; pág. 52. En el mismo sentido, vid. FINUCANE, A.; «*Automatic disqualification on grounds of objective bias*» en *King's Inns Student Law Review*, vol. 73; págs. 78-79. En sentido contrario, vid. FIELD, A.; «*Confirming the parting of ways: The law of bias and the automatic disqualification rule in England and Australia*» en *Singapore Journal of Legal Studies*, 2001; pág. 390. Este autor sitúa este caso como el primer precedente de la aplicación de las causas de parcialidad o *bias*, estudiadas de seguido.

⁸⁹ Un breve análisis de la sentencia está disponible *online* en <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199290543.001.0001/acref-9780199290543-e-627>; consultado el 01/X/2018.

⁹⁰ A partir de aquí, se ha abierto un debate en diversos países del entorno del *Common Law* – Australia, Nueva Zelanda, Reino Unido- sobre si debe existir un límite dinerario mínimo por debajo del cual no se puede apreciar interés pecuniario. La COA inglesa ha declarado que, en todo caso, dicho interés sólo debe ser excepcionado en aquéllos casos en que el «interés del juez tenga tan poca entidad que sea incapaz de afectar su decisión». Vid. *Locabail (UK) Ltd v. Bayfield Properties Ltd* [2009] QBD 451, citado en HAMMOND, G.; *Judicial Recusal...*; op. cit., pág. 23.

⁹¹ *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet (No. 2)* [1999] UKHL 52.

1.2.2.2. Causas de parcialidad o *Bias*

A lo largo de la historia jurisprudencial, los tribunales han utilizado dos criterios diferentes para discernir si, en un determinado asunto⁹², los jueces o miembros del jurado estaban actuando de manera parcial. Se puede afirmar que el parámetro sobre el cual se ponen en juego ambos criterios es la mayor o menor probabilidad de que el sujeto que juzga sea parcial.

El primero de dichos criterios, denominado en inglés *reasonable apprehension test* o *reasonable suspicion test*⁹³ y que puede ser traducido como «examen de la sospecha razonable», prevalece en Australia⁹⁴ y Nueva Zelanda⁹⁵, a la vez que es notable su presencia en Canadá⁹⁶ y predominó en Inglaterra antes del caso *Spencer*⁹⁷. Este criterio ya apareció en 1924 en el caso *The King v Sussex Justices, ex parte McCarthy*, en el que Lord Hewart, de la UKHL, estableció que un *clerk*⁹⁸ que presentaba intereses profesionales en el caso que estaba siendo conocido en fase de impugnación, había podido provocar la quiebra de la parcialidad de los jueces encargados de conocer del litigio, ya que les había asesorado sobre la decisión a tomar en el mismo. En este sentido, más importante que esclarecer si en realidad el *clerk* había influido maliciosamente en la decisión final, era garantizar que, bajo ningún concepto, una persona con intereses de cualquier tipo e intensidad en un determinado asunto pudiese entablar una

⁹² La jurisprudencia de la *British Commonwealth* se ha mostrado reacia a establecer un lista *numerus clausus* de supuestos de quiebra de la imparcialidad. Aunque el juez Deane del HCA ha referido cuatro categorías de casos que la jurisprudencia ha declarado como contrarios a la apariencia de imparcialidad. La primera categoría son aquellos casos en que quien juzga tiene un interés pecuniario o de otro tipo en el objeto del proceso; la segunda hace referencia a aquellos casos en los que la conducta en juicio o fuera de él de quien ha de ser recusado pone de relieve prejuicios irreconciliables con la imparcialidad, como v. gr., cuando se producen ciertos comentarios contrarios a una parte; la tercera categoría es aquella en la que existe una relación directa entre una parte y el juez, v. gr., una relación laboral o familiar; por último, también serán contrarios a la apariencia de imparcialidad aquellos casos en que quien deba decidir sobre un determinado asunto haya tenido algún contacto con el mismo, póngase por caso, en la fase de investigación. Vid. HAMMOND, G.; *Judicial Recusal...*; op. cit., pág. 42. Cfr. Sentencia HCA en *Webb & Hay v R...*, párrafo 12, opinión de Deane J. Nótese el claro paralelismo con las causas de recusación y abstención propias de las tradiciones jurídicas continentales analizadas más arriba.

⁹³ A veces denominado como *reasonable observer test* o «criterio del observador racional»; cfr. *R v. Uxbridge Justices, Ex parte Burbridge*, analizado en *The Times*, 21/VI/1972, y citado en *Locabail (UK) Ltd v. Bayfield Properties Ltd* [2009] QB 451.

⁹⁴ FIELD, A.; «*Confirming the parting of ways...*»; op. cit., pág. 389.

⁹⁵ Vid. Sentencia HCA en *Webb & Hay v R* [1994] HCA 30; párrafos 3, 4 y 5 de la opinión conjunta de Mason CJ y McHugh J.

⁹⁶ *Ibid.*, párrafos 7 y 8 de la opinión conjunta de Mason CJ y McHugh J.

⁹⁷ *Ibid.*, párrafo 6 de la opinión conjunta de Mason CJ y McHugh J.

⁹⁸ En Derecho inglés, el *clerk* es un agente de la Administración de Justicia que asiste al tribunal redactando opiniones sobre cuestiones doctrinales. Vid. *Cambridge Online Dictionary*, disponible online en el enlace: <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/clerk>. Consultado el 01/X/2018.

relación consultiva con quienes están llamados a decidir, de manera que se proteja la apariencia de que en el juicio se está tomando una decisión justa⁹⁹.

El criterio del *reasonable apprehension test* obliga a quien deba decidir sobre la recusación a adoptar el punto de vista de un miembro ordinario del público –a veces también se hace referencia a un «observador lego», un «observador imparcial informado» o «las partes o el público»- para responder a la pregunta de si le parece que quien está siendo recusado es o no imparcial. Se trata así de proteger la imagen de imparcialidad de la Administración de Justicia ante el público^{100 101}, sin entrar a valorar si en el caso concreto se está contraviniendo efectivamente el requisito de la imparcialidad.

El segundo de estos criterios, conocido en inglés como *real danger test* o *reasonable likelihood test* y que puede ser traducido como «examen del riesgo real»¹⁰², implica una valoración por parte de quien deba decidir acerca de la concurrencia o no de prejuicios en quien esté siendo recusado, de manera tal que sólo para el caso de que se demuestre un prejuicio real, se procederá a declarar la procedencia de la recusación.

Según afirma FIELD, es el criterio más seguido por los tribunales de Inglaterra, especialmente después de los asuntos *Regina v. Spencer*, de 1987 y *Regina v. Gough*, de 1993¹⁰³. En este último asunto¹⁰⁴, la UKHL, que no consideró que fuese necesario establecer distintos criterios para evaluar la imparcialidad de los miembros del jurado y la de los jueces, entendió que el criterio formulado en *Sussex Justices* establecía un estándar de garantía inexigible y desechó una crítica presente en ciertas decisiones de la QBD¹⁰⁵, según la cual un test de imparcialidad debía centrarse no en la mera sospecha de que un juzgador podría no ser imparcial, sino en comprobar para el caso concreto si, en efecto, un juez o un miembro del jurado está actuando de manera imparcial.

Por lo tanto, en *Gough* el juez Lord Goff explicó que:

«Tras haber evaluado las circunstancias relevantes, el tribunal debe preguntarse si, teniendo en cuenta aquéllas circunstancias, hubo un riesgo real de parcialidad por parte de un determinado

⁹⁹ Vid. Sentencia del KB en *The King v Sussex Justices*; de 9/XI/1923.

¹⁰⁰ Vid. FIELD, A.; «*Confirming the parting of ways...*»; op. cit.; págs. 394-397.

¹⁰¹ De hecho, en este caso, *The King v Sussex Justices*, se pronuncia por ver primera el famoso aforismo «*Not only should justice be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done*» [No sólo se debe hacer justicia, sino que debe parecer manifiesta e indubitadamente que se hace].

¹⁰² Vid. Sentencia HCA en *Webb & Hay v R...*, párrafo 8, opinión de Deane J.

¹⁰³ FIELD, A.; «*Confirming the parting of ways...*»; págs. 391-393.

¹⁰⁴ En el que había sucedido que, tras terminar una vista penal, se descubrió que entre los miembros del jurado se encontraba la vecina de uno de los acusados, aun cuando dicho miembro del jurado había firmado una declaración jurada negando cualquier vínculo con los acusados; de manera que el acusado apeló en aras a solicitar la nulidad del juicio por falta de imparcialidad de un miembro del jurado. Vid. Sentencia de la UKHL *Reg. v Gough* [1993].

¹⁰⁵ Cfr. *Camborne Justices case* [1955] QB 41 y *Metropolitan Properties Co. (FGC) Ltd v Lannon* [1969] QB 577.

miembro del tribunal en cuestión, en el sentido de que podría considerar-o podría haber considerado- injustamente el caso, favoreciendo o desfavoreciendo, a una parte en el asunto que esté siendo considerado»¹⁰⁶.

El carácter predominante que el criterio del riesgo real establecido en *Gough* ha tenido en la jurisprudencia inglesa, sin embargo, ha sido superado en las últimas décadas. Sin lugar a dudas, la jurisprudencia del TEDH que se estudiará a continuación ha tenido una gran influencia en tal cambio¹⁰⁷. Lo cierto es que los tribunales ingleses han vuelto a adoptar la posición de la sospecha razonable de *Sussex Justices*, de lo que da cuenta la sentencia del caso *Porter c. Magill* de la UKHL, según la cual lo determinante es «si el observador informado y equitativo, habiendo tomado en consideración los hechos, concluiría que existe una posibilidad real –en inglés en original, «*real possibility*»- de que el tribunal esté actuando de manera imparcial»¹⁰⁸.

A modo de resumen, se puede decir que el criterio del riesgo real o *real danger* requiere una más alta probabilidad de parcialidad efectiva para poder recusar, mientras que el criterio de la sospecha razonable o *reasonable apprehension* dará como resultado la recusación siempre que exista la mera posibilidad de que el juez o el jurado concreto no estén siendo imparciales. En otras palabras, el criterio de la sospecha razonable aumenta las garantías de imparcialidad para la parte que se perciba como objeto de perjuicio, mientras que el criterio del riesgo real las rebaja.

1.2.3. Imparcialidad en la legislación federal de los Estados Unidos de América

Por otra parte, en lo concerniente al sistema judicial federal de los Estados Unidos, resultan clave dos preceptos del Código de los Estados Unidos. Por una parte, la sección 455 del Título 28 del Código recoge en su letra a) una cláusula general que obliga a cualquier juez a abstenerse en caso de que su imparcialidad

¹⁰⁶ Vid. Sentencia de la UKHL *Reg. v Gough* [1993] UKHL 1 [Trad. Propia]. Según Mason y McHugh, en el caso *Gough*, la Cámara de los Lores rechazó la necesidad de tomar como parámetro de evaluación de la imparcialidad la percepción que el público tenga acerca de un incidente. Para estos jueces, este razonamiento no implica menoscabar la confianza pública en la Administración de Justicia, que se mantiene, ya que el público aceptará la opinión de los jueces que deciden la recusación. Vid. Sentencia de la HCA *Webb & Hay v R...*, párrafo 11, opinión conjunta de Mason CJ Y McHugh J

¹⁰⁷ En parte, según pone de manifiesto SANDY, debido a la promulgación de la Ley de Derechos Humanos –en original en inglés «*Human Rights Act*»- de 1998, cuyo apartado 1 de la sección 6 establece que «es ilícito que una autoridad pública actúe de manera incompatible con el CEDH» [Trad. Propia]. Vid. SANDY, D.; «*Independence, impartiality, arbitration and Human Rights Act in England*» en *Arbitration Ineternational*, vol. 20, núm. 3; págs. 312-315.

¹⁰⁸ Sentencia de la UKHL en el asunto *Magill c. Porter*, de 13/XII/2001, pár. 103 [Trad. Propia].

no esté asegurada¹⁰⁹; tras lo cual, el artículo recoge en su letra b) una amplia gama de causas de abstención, que son las siguientes: 1) el conocimiento personal por parte del juez de hechos que han de ser objeto de prueba en el juicio; 2) haber prestado el juez asesoramiento jurídico o haber trabajado en consorcio con el abogado de alguna de las partes; 3) haber tomado conocimiento o haber informado sobre el asunto a causa de estar ejerciendo algún cargo público con anterioridad al juicio; 4) tener el juez o cualquier pariente suyo hasta el tercer grado interés financiero o de cualquier otra naturaleza en la causa; 5) que el juez o algún pariente hasta el tercer grado sea parte o sea mandatario o persona de la cual dependa el demandante; o que actúe como abogado en el procedimiento; o que tenga un interés de cualquier naturaleza que pueda afectar al resultado del procedimiento. Es de destacar que, en cualquier caso, el artículo 455 simplemente regula una herramienta de abstención, a utilizar por el propio juez y debe interpretarse que la recusación queda vetada, por cuanto dicha posibilidad, que se preveía en un principio, fue eliminada del texto en una reforma de 1948¹¹⁰.

Asimismo, el artículo 144 del mismo título 28 USC indica que, dentro del ámbito de las *district courts*¹¹¹, cualquiera que sea parte en un determinado proceso, podrá presentar una declaración jurada en la que se contenga una solicitud de recusar al juez con potestad para conocer de dicho proceso siempre que justifique que el juez cuya recusación se interesa presenta causas de parcialidad con respecto a dicha parte o hacia la otra parte. Esta declaración es normalmente aceptada si está «suficientemente justificada» -es decir, no exige que se demuestren como ciertos los hechos en que se funda-¹¹² y, automáticamente, entra a conocer del asunto otro juez.

Por último, como hace notar HAMMOND, existen en el ámbito estadounidense ciertos códigos éticos de conducta para jueces que, a pesar de no formar parte del ordenamiento jurídico, pues son redactados por asociaciones privadas como la *American Bar Association*. Estas directrices son tomadas en cuenta en no pocas

¹⁰⁹ Lo determinante en este sentido no es que el juez sea efectivamente parcial, sino que exista la probabilidad de que lo sea. Vid. JACOBSON, S.T.; «*The elusive appearance of propriety: judicial disqualification under Section 455*» en *DePaul Law Review*, vol. 25, 1975; pág. 107.

¹¹⁰ HAMMOND, G.; *Judicial Recusal...*; op. cit., pág. 57.

¹¹¹ Las *District courts* son órganos judiciales cuya competencia territorial se extiende a un distrito judicial (28 USC § 132, a)), cuya competencia funcional se limita a la primera instancia y cuya competencia objetiva se extiende a 1) las acciones civiles fundadas en preceptos constitucionales, leyes federales o tratados ratificados por los Estados Unidos (28 USC § 1331); 2) acciones civiles cuya cuantía exceda de 75000\$ entre ciudadanos de diferentes estados federados o entre ciudadanos de los EEUU y extranjeros con residencia fuera de los EEUU y entre ciudadanos de los EEUU y un tercer Estado (28 USC § 1332, a)) ; 3) demandas civiles concernientes a Derecho marítimo (28 USC § 1333, a)); y 4) la aplicación del Derecho penal federal (18 USC § 3231).

¹¹² FEDERAL JUDICIAL CENTER; *Recusal: analysis of case law under 28 USC §§ 445 & 144*; Washington DC, 2002; págs. 46-47. En el mismo sentido, MARTIN, E.M.; «*Disqualification of Federal Judges for Bias under 28 U.S.C. Section 144 and Revised Section 455*» en *Fordham Law Review*, vol. 45, 1976; págs. 140-141.

ocasiones por los jueces norteamericanos e incluso algún estado federado ha afirmado la obligatoriedad de su cumplimiento¹¹³.

1.3. Independencia e imparcialidad en el Derecho internacional

1.3.1. Independencia e imparcialidad según la doctrina del TEDH

Si bien es cierto que el apartado 3 del artículo 21 del CEDH establece una garantía de la imparcialidad de los jueces del TEDH, cuando ordena que «Durante su mandato, los jueces no podrán ejercer ninguna actividad que sea incompatible con las exigencias de independencia, imparcialidad o disponibilidad necesaria para una actividad ejercida a tiempo completo», como se argumentará *infra*, el interés del acercamiento al TEDH reside en el estudio de su doctrina jurisprudencial acerca de la independencia e imparcialidad, más que en el estatuto del tribunal.

1.3.1.1. La armonización del Derecho comparado sobre la independencia: la jurisprudencia del TEDH

El CEDH recoge en su artículo 6.1 el derecho a un juez imparcial e independiente:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un *Tribunal independiente e imparcial*, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente [...]»

El CEDH ha sido ratificado por los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, además de por la UE¹¹⁴, entre los cuales figuran Estados con tradiciones tanto de *Common Law* como de Derecho continental. Con la finalidad de asegurar la observancia del Convenio por los Estados parte del mismo (art. 19 CEDH) se puso en funcionamiento el TEDH¹¹⁵. Esta finalidad de lograr la aplicación efectiva del

¹¹³ HAMMOND, G.; *Judicial Recusal...*; op. cit., pág. 59.

¹¹⁴ La lista de Estados que han ratificado el CEDH se puede consultar *online* en <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures?desktop=true>. Consultado el 01/X/2018.

¹¹⁵ Análisis sucintos pero rigurosos en lengua castellana sobre la historia, competencias y organización del TEDH se pueden encontrar en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.; *Constitución...*; op. cit., págs. 177-181 y en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.; «*Procedimientos de aplicación de las normas internacionales (III): medios de arreglo de carácter jurisdiccional (I): cuestiones generales y tribunales especializados*», en DÍEZ DE VELASCO, M.; *Instituciones de Derecho internacional público*, 18ª edición; Editorial Tecnos, Madrid, 2013; págs. 952-955.

Para un análisis muy completo de su jurisprudencia, vid. HARRIS, D.J.; O'BOYLE, M.; WARBRICK, B.; *Law of the European Convention on Human Rights*, 2ª edición; Oxford University Press, Nueva York, 2009.

CEDH es perseguida a través de la función de interpretar las cláusulas del Convenio (art. 32.1 CEDH); lo cual va a tener que hacerlo el Tribunal armonizando tradiciones jurídicas muy variadas.

De esta manera, el sistema de protección de los Derechos fundamentales en Europa supone una compleja interrelación entre el Tribunal de Estrasburgo y los tribunales nacionales, como indica LÓPEZ GUERRA¹¹⁶, en la que, según declara GARCÍA ROCA sintetizando a GARLICKI, «el TEDH debe [...] armonizar las soluciones de los Estados [...] dialogando con los tribunales constitucionales o supremos»¹¹⁷, de manera que su jurisprudencia establece un estándar común de mínimos, que puede ser complementado o aumentado por los Estados miembros¹¹⁸. Se ha decidido estudiar en un apartado autónomo la jurisprudencia del TEDH porque, aunque su influencia sobre la genealogía de la independencia e imparcialidad de los árbitros del CIADI es poca o incluso nula, su rica jurisprudencia puede arrojar luz sobre el alcance debido de dichas instituciones jurídicas y puede servir además como punto de partida para formular una concepción garantista de la imparcialidad.

En cuanto hace a la jurisprudencia del TEDH, a éste se le debe el mérito de haber creado un *corpus* sólido y sistemático sobre la imparcialidad judicial; se trata de un *corpus* que, además, goza de eficacia al ser Derecho válido –en sentido kelseniano– según los ordenamientos jurídicos estatales, como prescribe, para el caso de España, la propia Constitución española (Art. 10.2 CE 1978). De manera que se ha diseñado un escenario en el que, como apunta PÉREZ-CRUZ MARTÍN, la influencia de la doctrina de Estrasburgo en este punto ha sido constante y determinante¹¹⁹.

1.3.1.1.1. La independencia judicial en la jurisprudencia del TEDH

¹¹⁶ LÓPEZ GUERRA, L.; «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales españoles. Coincidencias y divergencias» en *Teoría y realidad constitucional*; núm.32, Editorial UNED, Madrid, 2013, pág. 140.

¹¹⁷ GARCÍA ROCA, J.; «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo» en *Teoría y realidad constitucional*; núm. 32; Editorial UNED, Madrid, 2013, pág. 187.

¹¹⁸ LÓPEZ GUERRA, L.; «El diálogo entre...»; op. cit., pág. 140.

¹¹⁹ Cfr. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.; *Constitución...*; op. cit., pág. 45.

Así, v. gr., conocido es el efecto que el llamado caso *De Cubber* en 1982 tuvo sobre el organigrama judicial español, al provocar que la STC 145/1988, de 12 de julio, declarase como contrario al artículo 24.2 CE la LO 10/1980 reguladora del enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes y sus concordantes en la LOPJ y la LECrim, ya que permitían que los juzgados de instrucción dictasen sentencias en algunos casos que ellos mismos habían investigado, contrariando lo establecido por el TEDH en lo referente a la necesaria alteridad entre órgano instructor y órgano sentenciador.

En lo relativo a la independencia de los tribunales, el TEDH ha elaborado un test que se centra en tres criterios, que GARCÍA ROCA y VIDAL ZAPATERO¹²⁰ han sistematizado de la siguiente manera:

- primero, el tipo de nombramiento de los miembros y la duración de su mandato;
- segundo, la existencia de garantías contra presiones externas –es decir, por parte de otros poderes públicos;
- tercero, si el órgano presenta una apariencia de independencia.

La evaluación del primer criterio ha sido amplia y se ha centrado principalmente en tribunales disciplinarios¹²¹, declarando el TEDH, en el caso *Kadubec c. Eslovaquia* de 1998, que lo relevante no es que los nombramientos de los tribunales sancionadores en el ámbito administrativo sean o no realizados por el Ejecutivo, sino que, en instancias ulteriores, los administrados puedan acudir a un tribunal cuyos miembros no lo hayan sido, es decir, a un tribunal independiente; ello viene dado por la razón de que las sanciones administrativas comparten ciertos caracteres con las sanciones penales, lo que aconseja que sean abordadas con las mismas garantías que para las contravenciones de este carácter¹²².

En lo referente a las garantías frente a las presiones externas, el TEDH no ha establecido un estándar estricto¹²³. Así, v. gr., en aquéllos casos extremos en que la inamovilidad de los juzgadores pueda verse amenazada, el Tribunal ha declarado, con ocasión del asunto *Campbell y Fell c. Reino Unido*, que no es exigible, para apreciar dicha inamovilidad, que venga establecida formalmente, bastando con que esté reconocida de hecho¹²⁴.

Por último, en lo relativo a la apariencia de independencia, el Tribunal ha vacilado. Así, en la STEDH *Sramek c. Austria*¹²⁵ de 1984, resolvió que era contrario a la apariencia de independencia judicial el hecho de que la autoridad encargada de redactar los hechos de la sentencia formara parte de una administración pública

¹²⁰ GARCÍA ROCA, J.; VIDAL ZAPATERO, J.M.; «*El derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6.1 CEDH): una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de justicia*»; en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P.; *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Madrid, 2005, pág. 334.

¹²¹ GARCÍA ROCA, J.; VIDAL ZAPATERO, J.M.; «*El derecho...*»; op. cit., págs. 335 y 336.

¹²² STEDH 2/IX/1998, asunto *Kadubec c. Eslovaquia*, párrafos 56-57.

Cfr. STS 18/IX/1981, en la que se indica que los principios del Derecho penal son enteramente aplicables al Derecho administrativo sancionador, ya que, siguiendo cierta tradición jurisprudencial del TS (STS 16/III/1973) –y, posteriormente, del TC (STC 246/1991)–, ambos son expresiones del *ius puniendi* del Estado.

¹²³ GARCÍA ROCA, J.; VIDAL ZAPATERO, J.M.; «*El derecho...*»; op. cit., pág. 336.

¹²⁴ STEDH 28/IV/1984, asunto *Campbell and Fell v. Reino Unido*, pág. 80.

¹²⁵ STEDH 22/X/1984, asunto *Sramek v. Austria*, pág. 37.

con interés directo en el resultado del juicio. El caso *Sramek* dialoga con otro asunto que también tenía por parte demandada a Austria; se trata del asunto *Ringeisen c. Austria* de 1971, en el que el TEDH estableció que no había inconveniente alguno en el hecho de que «los funcionarios civiles pudieran ser miembros de un Tribunal siempre que no hubieran tenido una relación significativa con alguna de las partes»¹²⁶.

1.3.1.1.2. La llamada «imparcialidad estructural»

A medio camino entre la independencia y la imparcialidad se encuentra la que el TEDH ha denominado como el aspecto estructural de la imparcialidad. Éste surgió a raíz de diversas demandas en que se alegaba falta de imparcialidad en aquéllos supuestos en que una misma institución pública hubiera conocido de un mismo asunto, primero en calidad de órgano administrativo o consultivo y después en calidad de órgano judicial. Este tipo de situaciones son comunes en órganos que, como los Consejos de Estado, suelen aunar competencias ejecutivas y judiciales, en lo que se debe percibir como una reminiscencia de las instituciones pre-liberales en que dichas funciones se confundían a menudo.

El primer asunto en que el TEDH hubo de resolver un supuesto de este tipo fue el caso *Procola c. Luxemburgo* de 1995, en que se impugnaba un reglamento relativo a la aplicación de las cuotas lácteas, sobre el cual el Consejo de Estado luxemburgués había emitido, en calidad de órgano consultivo, un informe favorable cuando aquél se hallaba en fase de proyecto, resultando que, más tarde, había sido llamado a conocer en calidad de órgano jurisdiccional del orden contencioso-administrativo en un proceso cuyo objeto era la validez de dicho reglamento. El TEDH entendió que el mero riesgo de que determinados miembros del Consejo de Estado ejercieran sucesivamente los dos tipos de funciones en relación con el mismo asunto era causa suficiente para hacer dudar de la imparcialidad estructural de la institución¹²⁷.

Este concepto fue delimitado en el caso *Kleyn et. al. c. Países Bajos* de 2003, donde el TEDH entendió que cuando objeto de una y otra actividad concreta eran diferentes, no se rompía el aspecto estructural de la imparcialidad¹²⁸. Ya en el año

¹²⁶ GARCÍA ROCA, J.; VIDAL ZAPATERO, J.M.; «*El derecho...*»; op. cit., pág. 337.

¹²⁷ STEDH 28/IX/1995, asunto *Procola c. Luxemburgo*; pág. 45.

¹²⁸ En este caso, el Consejo de Estado neerlandés había evaluado la eficiencia de un proyecto sobre infraestructuras relativas a la ciudad de Róterdam, realizando propuestas para su mejora y, posteriormente, estaba siendo llamado a conocer en calidad de órgano judicial sobre un aspecto referente a la ejecución del proyecto. Vid. STEDH 6/V/2003, asunto *Kleyn et. al. c. Países Bajos*, párrafos 199-202.

Es de notar que los votos particulares de la jueza THOMASSEN y de la jueza TSATSA-NIKOLOVSKA se oponían a la decisión del TEDH; el primero apuntaba a una aplicación estricta del principio de

2006, y siguiendo esta línea jurisprudencial, en el asunto *Sacilor c. Francia*, el TEDH declaró que el criterio para apreciar falta de imparcialidad es verificar si la opinión emitida como consecuencia del ejercicio de la función consultiva constituye una suerte de prejuzgamiento del litigio¹²⁹.

Se puede concluir que este llamado aspecto estructural de la imparcialidad es, como ya se adelantó, una categoría fronteriza entre la independencia y la imparcialidad. Con la independencia, comparte la finalidad de impedir que el poder legislativo pueda de alguna manera predeterminar la interpretación que de la norma jurídica realice el poder judicial¹³⁰. Por otro lado, la conexión ontológica con las normas de la imparcialidad es también patente: lo que se busca con la protección de la imparcialidad estructural es, en definitiva, evitar que un sujeto – en este caso colectivo- que tiene conocimiento previo de un asunto que posteriormente se convierte en judicial, pueda decidir sobre el mismo, evitando los riesgos de prejuzgamientos sobre el fondo.

1.3.1.1.3. La imparcialidad judicial en la jurisprudencia del TEDH

Para realizar una exposición sistemática, se tomará como referencia la clasificación realizada por GILLIAUX¹³¹, intentando sistematizarla y ampliarla con la jurisprudencia más reciente del TEDH. Así, de entrada hay que resaltar que existe en este ámbito una ya asentada diferenciación entre un aspecto subjetivo de la imparcialidad y otro aspecto objetivo. Si bien como advertencia preliminar debe recogerse que, como el Tribunal ha expresado en diversas ocasiones¹³²:

«no se da una división hermética entre ambos aspectos subjetivo y objetivo de la imparcialidad, ya que la conducta de un juez puede sugerir dudas sobre su imparcialidad desde el punto de vista de un observador externo (test objetivo) y a la vez ser expresiva de su convicción personal (test subjetivo)»¹³³.

El aspecto subjetivo de la imparcialidad hace referencia a la exigencia de una imparcialidad personal, que requiere que el juez destierre toda parcialidad o prejuicio en favor o en contra de una parte, resultando que, de no poder hacerlo,

separación de poderes; el segundo, a que la solución válida debería ser impedir que una misma autoridad conozca de un mismo asunto desempeñando potestades de diferente naturaleza.

¹²⁹ STEDH 9/XI/2006, asunto *Sacilor c. Francia*, pár. 71.

¹³⁰ No se trataría, sin embargo, de un supuesto recogido en los ordenamientos orgánicos judiciales por el hecho de su excepcionalidad en el esquema institucional público, por cuanto se trata de casos, muy particulares, en que un mismo organismo ejerce funciones de distinta naturaleza con el mismo objeto.

¹³¹ GILLIAUX, P.; *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*; Editorial Bruylant, Bruselas, 2012, págs. 490 y ss.

¹³² V. gr., STEDH 15/XII/2005, asunto *Kyprianou c. Chipre* ante la Gran Cámara, pár. 119 y STEDH 23/IV/2015, asunto *Morice c. Francia*, pár. 75.

¹³³ STEDH 23/IV/2015, asunto *Morice c. Francia*, pár. 75 [Trad. Propia].

debe inhibirse¹³⁴. A este aspecto subjetivo de la imparcialidad el propio Tribunal lo ha definido como la vertiente de la imparcialidad «que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto»¹³⁵. Se puede afirmar, por lo tanto, que el aspecto subjetivo de la imparcialidad se centra en el sujeto del juez¹³⁶ y más concretamente en su aptitud psicológica¹³⁷ para decidir con neutralidad¹³⁸.

El Tribunal de Estrasburgo ha declarado que pueden violar la imparcialidad subjetiva situaciones como el ejercicio desproporcionado de las facultades de policía de estrados¹³⁹ que corresponden a los tribunales frente a los abogados de las partes, limitando los jueces, a causa de dicho ejercicio, el derecho de defensa de éstas y expresando verbalmente, con ocasión de ello, opiniones que den a entender que se sienten ofendidos por el tono o la exigua deferencia empleados por los abogados de las partes¹⁴⁰. En otra ocasión, el Tribunal entendió que las declaraciones realizadas en los medios por parte de jueces, lanzando opiniones sobre el fondo de los asuntos y poniendo en cuestión la estrategia de defensa del acusado, muestra también una quiebra del aspecto subjetivo de la imparcialidad¹⁴¹. Las declaraciones en los medios, cuando demuestran que los jueces se han formado una impresión desfavorable de alguna de las partes, también quebrantan el aspecto subjetivo de la imparcialidad¹⁴².

Junto a este aspecto personal o subjetivo de la imparcialidad, se sitúa el aspecto orgánico u objetivo que, en palabras del TEDH, se refiere a si el juez «ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable acerca de su imparcialidad»¹⁴³. Para ilustrar la finalidad de este aspecto de la imparcialidad, el TEDH ha recurrido a un adagio con cierta tradición en la Administración de Justicia

¹³⁴ GILLIAUX, P.; *Droit(s) européen(s)...*; op. cit., pág. 494.

¹³⁵ STEDH 1/X/1982, asunto *Piersack c. Bélgica*, pár. 30.

¹³⁶ Así, la primera acepción de *subjetivo*, *va* que da el DRAE es: perteneciente o relativo al sujeto, en oposición al mundo externo.

¹³⁷ Así, la segunda acepción de *subjetivo*, *va* que da el DRAE es: perteneciente al sentir o modo de pensar del sujeto, y no al objeto en sí mismo.

¹³⁸ Sin embargo, en lo que atañe a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, la interpretación del aspecto subjetivo es diferente y no se centra en la aptitud mental del sujeto para emitir una decisión desde la neutralidad, sino a la ausencia de una relación del juez con las partes que puede suscitar un previo interés en favorecerlas o perjudicarlas. Cfr. STC 156/2007, de 2 de julio, FJ 6; como se verá, en la jurisprudencia del TEDH, dicha ausencia de relación con las partes es una manifestación de la imparcialidad objetiva.

¹³⁹ Más específicamente, en *Kyprianou c. Chipre*, la controversia surgió a causa de la imposición de un *contempt of court*, figura típica del Derecho anglosajón, que deriva de una peculiar potestad sancionadora de los tribunales de esa tradición, y que en el caso particular se tradujo en el juicio sumario al abogado de la defensa y que se saldó con una sanción de varios días de prisión.

¹⁴⁰ Así en la STEDH 15/XII/2005, asunto *Kyprianou c. Chipre* ante la Gran Cámara. Un ejemplo del test de imparcialidad subjetiva se puede encontrar en el párrafo 130 de la sentencia.

¹⁴¹ Así en la STEDH 28/II/2003, asunto *Lavents c. Letonia*, párrafos 118-119.

¹⁴² STEDH 16/IX/1999, asunto *Buscemi c. Italia*, pár. 68.

¹⁴³ STEDH 1/X/1982, asunto *Piersack c. Bélgica*, pár. 30.

británica: «*not only must Justice be done, it must also seem to be done*»¹⁴⁴, enunciado por primera vez en el caso *R v Sussex Justices, Ex parte McCarthy*¹⁴⁵, y mediante el cual se intenta expresar la importancia de la apariencia de imparcialidad de los jueces, dado que con ello «lo que está en juego es la confianza que la Administración de Justicia debe inspirar al público en las sociedades democráticas»¹⁴⁶. Para ello, GILLIAUX explica que se hace necesario buscar y apreciar «hechos verificables» susceptibles de afectar el clima de confianza y de imparcialidad que debe impregnar cada proceso¹⁴⁷.

En cuanto a la aplicación práctica del artículo 6.1 CEDH en lo referente a la imparcialidad de los jueces, el TEDH ha establecido que la misma se presume, salvo prueba en contrario¹⁴⁸, o sea, que es una presunción *iuris tantum*. Resultando suficiente, para apreciar la falta de imparcialidad, que se prueben hechos que impliquen una contravención de la imparcialidad objetiva, aun cuando no se consiga probar la imparcialidad subjetiva del juez¹⁴⁹. Finalmente, como expresó el tribunal en el asunto *Hauschildt c. Dinamarca*, «para resolver si en un determinado caso hay un motivo legítimo para temer que un juez no sea imparcial, el punto de vista del acusado es importante, pero no es decisivo. Lo que sí será decisivo es que sus temores estén objetivamente justificados»¹⁵⁰.

A continuación, se propone una enumeración de aquéllos *hechos verificables* que, en la opinión del TEDH, tienen entidad suficiente como para comprometer la imparcialidad de los juzgadores.

- Primero, el TEDH afirma que se quiebra la imparcialidad cuando por la falta de publicidad acerca de la composición del órgano no se pueden hacer valer las garantías de la imparcialidad establecidas en los distintos ordenamientos jurídicos¹⁵¹, en particular, cuando no se puede preparar la oportuna recusación;
- Segundo, la ausencia o el carácter deficiente de los procedimientos de recusación y abstención revelan la ausencia por parte del legislador del afán suficiente para suprimir toda duda razonable acerca de la imparcialidad de los jueces¹⁵²;

¹⁴⁴ STEDH 26/X/1984, asunto *De Cubber c. Bélgica*, pár. 26.

¹⁴⁵ Vid. Supra el análisis del caso en el epígrafe «causas de imparcialidad aparentes».

¹⁴⁶ STEDH 1/X/1982, asunto *Piersack c. Bélgica*, pár. 30 b).

¹⁴⁷ GILLIAUX, P.; *Droit(s) européen(s)...*; op. cit., pág. 498.

¹⁴⁸ STEDH 24/V/1989, asunto *Hauschildt c. Dinamarca*, pár. 47.

¹⁴⁹ STEDH 28/IV/1984, asunto *Campbell and Fell v. Reino Unido*, pár. 85.

¹⁵⁰ STEDH 24/V/1989, asunto *Hauschildt c. Dinamarca*, pár. 48.

¹⁵¹ Así se declara, v. gr., en la STEDH 20/I/2011, asunto *Vernes c. Francia*, párrafos 42-44, en donde se condenaba al Estado francés por no revelar al sancionado la identidad de los miembros de la Comisión de Operaciones de la Bolsa encargados de instruir un procedimiento sancionador.

¹⁵² El TEDH conoció de este aspecto en el asunto *Micallef c. Malta* (2009), en el que un juez rechazó la propuesta de recusación de una de las partes –basada en su relación profesional con el abogado

- Tercero, se viola la imparcialidad cuando una misma autoridad toma contacto como tal con un asunto en dos fases distintas del proceso, esto sucede en caso de que a quien ha conocido de un asunto en fase de instrucción, como juez¹⁵³ o como fiscal¹⁵⁴, se le atribuye competencia para dictar sentencia; o cuando quien habiendo redactado un informe recomendando una determinada sanción, participa del tribunal encargado de administrarla¹⁵⁵. Las mismas consecuencias acarrea el hecho de que decida sobre el fondo en fase de recurso quien haya conocido de un asunto en la fase declarativa¹⁵⁶;

- Cuarto, también violan la imparcialidad los jueces que, llamados a conocer de un determinado asunto, hubiesen prestado anteriormente servicios de asesoramiento jurídico sobre dicho asunto, indiferentemente del carácter marginal de dichos servicios, de su antigüedad o de su brevedad¹⁵⁷. Lo mismo ocurre cuando, siendo el asesor y el juez personas distintas, ambas han colaborado en un mismo despacho¹⁵⁸;

- Quinto, la misma conclusión se alcanza cuando el juez que conoce de un asunto ha tenido conocimiento previo del objeto del mismo, con ocasión del desempeño de cargos ejecutivos¹⁵⁹;

- Sexto, la imparcialidad del tribunal queda en entredicho cuando, durante la fase de instrucción, aquél tuviera que realizar una valoración sobre la suficiencia de las pruebas obrantes en autos¹⁶⁰;

- Séptimo, se rompe la apariencia de imparcialidad cuando los jueces se valen de la prensa para expresar sus puntos de vista desfavorables sobre un determinado asunto o sobre las partes de un asunto, cuya competencia corresponda a dichos jueces¹⁶¹;

- Octavo, a la misma conclusión se ha de llegar en casos en que existen ciertas relaciones profesionales o personales entre alguna de las partes y los jueces, como cuando la víctima en un determinado proceso sea familiar de alguna autoridad judicial que colabore estrechamente con el órgano o

de la contraparte-, resultando que dicha parte no pudo impugnar la desestimación de la recusación por no haber cauce legal establecido para ello. El TEDH declaró que «la existencia de procedimientos nacionales para asegurar la imparcialidad, principalmente normas que regulan la recusación de jueces, es un factor relevante. Tales normas manifiestan la preocupación del legislador nacional de apartar cualquier duda razonable sobre la imparcialidad de un juez o tribunal y constituyen un intento de garantizar la imparcialidad al eliminar las causas de esas preocupaciones» (vid. Pár. 99). Cfr. GILLIAUX, P.; *Droit(s) européen(s)...*; op. cit., pág. 501.

¹⁵³ STEDH 1/X/1982, asunto *Piersack c. Bélgica*; párrafos 28-32.

¹⁵⁴ STEDH 26/X/1984, asunto *De Cubber c. Bélgica*; párrafos 23-36.

¹⁵⁵ STEDH 7/I/2016, asunto *Gerovska Popčevska c. Macedonia*, párrafos 47-56.

¹⁵⁶ STEDH 23/V/1991, asunto *Oberschlick c. Austria*, párrafos 48-52.

¹⁵⁷ STEDH 15/XII/2015, asunto *Mežnarić c. Croacia*, párrafos 33-36.

¹⁵⁸ STEDH 21/XII/2000, asunto *Wettstein c. Suiza*, párrafos 41-50.

¹⁵⁹ STEDH 6/I/2010, asunto *Vera Fernández-Huidobro c. España*, pág. 123.

¹⁶⁰ STEDH 24/V/1989, asunto *Hauschildt c. Dinamarca*, pág. 50-52.

¹⁶¹ STEDH 19/IX/1999, asunto *Buscemi c. Italia*, pág. 67.

con los miembros del órgano encargados de decidir en un asunto¹⁶², o como cuando en un tribunal escabinado, los miembros legos pertenezcan a una organización bajo las órdenes del demandado¹⁶³, o como cuando un miembro del jurado declara haber conocido a la víctima de un delito, dejando constancia de la buena imagen que tiene de ella¹⁶⁴ o, finalmente, como cuando un juez llamado a decidir ha demostrado apoyo públicamente a una parte del procedimiento por su labor profesional¹⁶⁵.

Por otro lado, el TEDH también ha señalado casos en que no se compromete el aspecto objetivo de la imparcialidad judicial:

- En primer lugar, el hecho de que el juez haya conocido de más asuntos planteados por un litigante habitual no compromete dicha imparcialidad¹⁶⁶;

- Tampoco es contrario a la imparcialidad objetiva que un mismo órgano o juez dicte actos de ordenación material del proceso y, más tarde, decida sobre el fondo, incluso si ello supone que el juez tome un conocimiento profundo del sumario¹⁶⁷;

- Lo mismo se predica del caso en que el órgano que haya decidido sobre el fondo deba decidir sobre la admisibilidad del recurso¹⁶⁸, ya que no existe ningún vínculo entre las cuestiones materiales examinadas en el enjuiciamiento del fondo en primera instancia y el examen de admisibilidad¹⁶⁹;

- Igualmente, no contraría el aspecto objetivo de la imparcialidad el hecho de que conozcan en revisión los mismos jueces que conocieron en primera instancia¹⁷⁰;

- Asimismo, celebrar sucesivamente procesos sobre el fondo –ya sean declarativos, constitutivos o de condena– y, después, procesos de ejecución forzosa sobre un mismo asunto, no contraría dicha imparcialidad¹⁷¹;

¹⁶² STEDH 2/VI/2016, asunto *Mitrov c. Macedonia*, párrafos 48-56.

¹⁶³ STEDH 17/XI/2015, asunto *Tanişma c. Turquía*; párrafos 74-84.

¹⁶⁴ STEDH 17/XII/2015, asunto *Kristiansen c. Noruega*; párrafos 47-61.

¹⁶⁵ STEDH 23/IV/2015, asunto *Morice c. Francia*, párrafos 79-92.

¹⁶⁶ STEDH 26/IV/2011, asunto *Steulet c. Suiza*, pár. 42. Dicha circunstancia no es poco común y puede ser debida simplemente a las reglas de reparto internas de los juzgados.

¹⁶⁷ STEDH 18/X/2000, asunto *Morel c. Francia*, pár. 50.

¹⁶⁸ GILLIAUX, P.; *Droit(s) européen(s)...*; op. cit., pág. 505. Cfr. STEDH 16/I/2007, asunto *Warsicka c. Polonia* (2007), pár. 40.

¹⁶⁹ STEDH 16/I/2007, asunto *Warsicka c. Polonia* (2007), párrafos 44-45.

¹⁷⁰ STEDH 10/VI/1996, asunto *Thomann c. Suiza*. Esto es fácil de asimilar, ya que si un órgano debe modificar su composición cada vez que es llamado a conocer de un recurso interpuesto, v. gr., por un justiciable ausente tras un primer procedimiento, éste podría decidir voluntariamente permanecer *in absentia* con el objeto de modificar la composición del tribunal, buscando con ello perjudicar a la persona que comparece desde la apertura del proceso.

En lo relativo a la convergencia o divergencia de convicciones políticas, filosóficas o religiosas de un juez y de una parte, el TEDH declaró en el caso *Previti c. Italia*¹⁷² que el hecho de que un juez tenga convicciones políticas diferentes de aquéllas del acusado no es suficiente, en sí, para dar lugar a un conflicto de intereses que baste para justificar la recusación del juez en cuestión.

1.3.2. Independencia e imparcialidad en los tribunales vinculados a la ONU

A continuación, se revisará la regulación de la independencia e imparcialidad que se da en las normas reguladoras del Tribunal Internacional de Justicia¹⁷³, del Tribunal Internacional del Derecho del Mar¹⁷⁴ y del Tribunal Penal Internacional. Estos tres tribunales mantienen una estrecha vinculación con la Organización de las Naciones Unidas, ya porque son, como en el caso del TIJ, un órgano de dicha organización internacional, ya porque su creación fue impulsada en el seno de la Asamblea General de la ONU, como es el caso del TIDM y del TPI.

Todas las regulaciones de estos tres tribunales internacionales declaran explícitamente el deber de independencia de dichos tribunales y de sus miembros¹⁷⁵. Estas declaraciones de independencia vienen reforzadas por la prohibición general de ejercer funciones políticas o administrativas¹⁷⁶, prohibición que, en el caso del TPI, adopta además la forma de una obligación de ejercer el cargo de magistrado del Tribunal en régimen de dedicación exclusiva¹⁷⁷. Finalmente, para reforzar la independencia, todos los estatutos de estos tribunales establecen un período limitado para el mandato de sus magistrados –que, además, es en todos casos de nueve años-¹⁷⁸, la prohibición de que éstos vean reducidos su remuneración¹⁷⁹, el otorgamiento de inmunidad diplomática a los magistrados

¹⁷¹ STEDH 24/XI/1986, asunto *Gillow c. Reino Unido*.

¹⁷² Decisión sobre la admisibilidad, párrafos 249-169.

¹⁷³ El funcionamiento del TIJ está regulado por la Carta de la ONU, de 26 de junio de 1945, el Estatuto –que es parte de la Carta de las Naciones Unidas, según el Preámbulo de dicha Carta-, adoptado el 26 de junio de 1945 y por el Reglamento, de 14 de abril de 1978.

¹⁷⁴ La norma reguladora del TIDM es el ETIDM, incluido en el anexo VI de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982.

¹⁷⁵ Así, el artículo 20 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, impone en su artículo 2 establece que «La Corte será un cuerpo de magistrados independientes...»; por su parte, el ETIDM, en su art. 21 dice que «el tribunal se compondrá de 21 miembros independientes...», finalmente, el Estatuto de Roma, en su artículo 40 indica: «los magistrados serán independientes en el desempeño de sus funciones».

¹⁷⁶ Arts. 16 ETIJ, 7.1 ETIDM y 40.2 del ETPI.

¹⁷⁷ Art. 35 del Estatuto de Roma.

¹⁷⁸ Arts. 13.1 ETIJ, 5.1 ETIDM y 36.9 del Estatuto de Roma.

¹⁷⁹ Arts. 32.5 ETIJ, 18.5 ETIDM y 49 del Estatuto de Roma. Parece oportuno traer aquí las reflexiones de HAMILTON en el capítulo 79 de *El Federalista*, en el que afirmaba: «Después de la permanencia en el cargo, nada puede contribuir más eficazmente a la independencia de los jueces

durante el tiempo de su mandato¹⁸⁰. Sin embargo, en lo relativo a la inamovilidad, ésta se establece con claridad sólo para los miembros del TIJ¹⁸¹, siendo que el Estatuto de Roma establece un mecanismo reforzado para la separación del cargo de sus miembros¹⁸², mientras que el ETIDM guarda silencio al respecto¹⁸³.

En lo que respecta a la imparcialidad, ésta viene garantizada mediante varios mecanismos jurídicos. Por un lado, en todos los tribunales estudiados, los miembros tienen la obligación de realizar una declaración o promesa solemne de ejercer sus funciones con «imparcialidad y conciencia»¹⁸⁴. Por otro lado, se establece que no podrá haber dos miembros del Tribunal con la misma nacionalidad¹⁸⁵ y que deben verse representados los principales sistemas jurídicos del mundo¹⁸⁶; además, el ETIDM ordena que se garantice una distribución geográfica equitativa, a lo que también obliga el Estatuto de Roma, que también manda a que la Asamblea de Estados Parte procure garantizar una representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres¹⁸⁷.

Finalmente, se regulan casos en que los miembros del tribunal deben abstenerse de conocer de determinados litigios. Así, para el TIJ, se impide que sus miembros puedan ejercer «funciones de agente, consejero o abogado en ningún

que el proveer en forma estable a su remuneración. La observación que se formuló en el caso del Presidente resulta igualmente aplicable a éste. Conforme al modo ordinario de ser de la naturaleza humana, un poder sobre la subsistencia de un hombre equivale a un poder sobre su voluntad. Y no podemos esperar que se realice nunca en la práctica la separación completa del poder judicial y del legislativo en ningún sistema que haga que el primero dependa para sus necesidades pecuniarias de las asignaciones ocasionales del segundo. En todos los Estados, los partidarios ilustrados del buen gobierno han tenido que lamentar la ausencia de prevenciones precisas y explícitas a este respecto en sus constituciones».

¹⁸⁰ Arts. 19 ETIJ, 10 ETIDM y 48.2 del Estatuto de Roma.

¹⁸¹ Art. 18 ETIJ.

¹⁸² Art. 46 del Estatuto de Roma. En concreto, se establece que un magistrado podrá ser separado del cargo si ha incurrido en falta grave o en incumplimiento grave de sus funciones o si está imposibilitado para desempeñar las funciones. La decisión acerca de la separación será adoptada por la Asamblea de Estados Partes con mayoría de dos tercios, previa recomendación aprobada por mayoría de dos tercios de los demás magistrados.

¹⁸³ A pesar de estas garantías de la independencia, SANDS y MACKENZIE han puesto de relieve que los procesos para la elección de jueces para tribunales internacionales están politizados, a la vez que presentan poca transparencia. Vid. MACKENZIE, R. y SANDS, P.; «*International courts and tribunals and the independence of the international judge*» en *Harvard International Law Journal*; vol. 44, núm. 271, 2003; pág. 277.

¹⁸⁴ Arts. 20 ETIJ (desarrollado por el art. 4 del Reglamento del TIJ), 11 ETIDM y 45 del Estatuto de Roma.

¹⁸⁵ Arts. 3 ETIJ, 3 ETIDM y 36.7 del Estatuto de Roma.

¹⁸⁶ Arts. 9 ETIJ, 2.2 ETIDM y 36.8.ii del Estatuto de Roma.

¹⁸⁷ Art. 38.8.ii y iii del Estatuto de Roma. Se puede afirmar que la preocupación por el balance de ambos sexos en la membresía de los tribunales internacionales es una tendencia muy actual, v. gr., la Regla 14 de las Reglas del TEDH establecen la misma obligación para las autoridades nominadoras. Sin embargo, SANDS y MACKENZIE afirman, parece que con razón, que la presencia de mujeres en los tribunales internacionales es relativamente baja. Vid. MACKENZIE, R. y SANDS, P.; «*International courts...*; op. cit., pág. 278.

asunto, ni participar en ningún asunto en el que hayan intervenido con anterioridad»¹⁸⁸. Estas incompatibilidades se redactan con mayor especificidad en el caso del ETIDM, el cual según su artículo 7 «los miembros del Tribunal [...] no podrán tener una vinculación activa con ninguna empresa que intervenga en la explotación o exploración de los recursos del mar o de los fondos marinos, ni tener un interés financiero en dichas empresas», de la misma forma, tampoco podrán «ejercer funciones de agente, consejero ni abogado en ningún asunto»¹⁸⁹. Más concreto resulta el régimen del TPI, cuya Regla 34 de Procedimiento y Prueba establece cuatro situaciones en que los miembros del Tribunal deberán abstenerse –en los propios términos de las Reglas, «solicitar la dispensa»- o ser recusados:

«a) Tener un interés personal en el caso, entendiéndose por tal una relación conyugal, parental o de otro parentesco cercano, personal o profesional o una relación de subordinación con cualquiera de las partes;

b) Haber participado, a título personal y antes de asumir el cargo, en cualquier procedimiento judicial iniciado antes de su participación en la causa o iniciado por él posteriormente en que la persona objeto de investigación o enjuiciamiento haya sido o sea una de las contrapartes;

c) Haber desempeñado funciones, antes de asumir el cargo, en el ejercicio de las cuales cabría prever que se formó una opinión sobre la causa de que se trate, sobre las partes o sobre sus representantes que, objetivamente, podrían redundar en desmedro de la imparcialidad requerida;

d) Haber expresado opiniones, por conducto de los medios de comunicación, por escrito o en actos públicos que, objetivamente, podrían redundar en desmedro de la imparcialidad requerida».

La jurisprudencia de estos tribunales al respecto de la independencia e imparcialidad de sus miembros es bastante escasa. Así, afirma HERNÁNDEZ que el TIJ no se ha pronunciado jurisprudencialmente acerca del alcance del artículo 20 del ETIJ ni de sus garantías jurídicas¹⁹⁰. Sin embargo, de manera extrajurídica sí se ha puesto en cuestión la independencia de los jueces de la TIJ. Ha sido con ocasión del polémico asunto *Actividades militares y paramilitares contra el Gobierno de Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)*, de 1984.

En este caso, ante dicha puesta en cuestión, el juez Lachs, de nacionalidad polaca, razonó que existía una gran diversidad entre los miembros del TIJ, en lo

¹⁸⁸ Art. 17 ETIJ. Esta previsión debe ser completada con las Direcciones Prácticas VII y VII del Tribunal, de 7 de febrero de 2002, según las cuales, no pueden ser nombrados jueces *ad hoc* aquellas personas que hubiesen trabajado recientemente como abogados, asesores jurídicos o agentes en otros casos ante el TPI, ni tampoco podrán actuar como abogados, asesores jurídicos o agentes de las partes quienes recientemente fuesen miembros del Tribunal, ni jueces *ad hoc*, ni el Registrador del Tribunal, ni cualquier otro alto oficial del mismo.

¹⁸⁹ Art. 7.1 y 2 del ETIDM.

¹⁹⁰ HERNÁNDEZ, G.I.; «*Impartiality and bias at the International Court of Justice*» en *Cambridge Journal of International and Comparative Law*; vol. 1, 2012; pág. 200.

atinente a sus ideas acerca de la justicia, su formación jurídica y hasta su nacionalidad, pero que ello no iba en detrimento de la independencia de los jueces, «por cuanto que todos los jueces deben no solo ser imparciales, sino independientes de cualquier control por sus propios países o la ONU. De hecho, aunque pueden haber desarrollado variadas funciones en sus países, han tenido que cortar todo vínculo para llegar a ser jueces»¹⁹¹.

La que sea quizá la sentencia más conocida fue dictada en el asunto *Fiscal contra Anto Furundžija*, en fase de apelación, en el seno del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia¹⁹² de 21 de julio de 2000. En la apelación del caso Furundžija, el apelante alegaba que la presidenta del tribunal que había juzgado el caso en primera instancia, había actuado sin imparcialidad, puesto que, con anterioridad a haber sido nombrada jueza en el TPIY, había sido la representante de su país ante una comisión funcional del ECOSOC, que, entre otros asuntos, se había ocupado de investigar las violaciones en masa sistemáticas que habían ocurrido durante las guerras de los Balcanes, resultando que uno de los cargos por los que el apelante había sido juzgado y condenado fueron dichas violaciones en masa¹⁹³.

Para la Sala de Apelaciones del TPIY, el requisito de la imparcialidad se debía entender conculcado en dos supuestos: uno, si el juez efectivamente es parcial, y dos, si presenta una apariencia inaceptable de parcialidad. Dicha apariencia inaceptable se daría, según la Sala, en dos situaciones: por un lado, si el juez es parte en el asunto, o tiene un interés financiero o patrimonial en el resultado del litigio, o si la decisión judicial redundara en el impulso de una causa en el cual el juez o la jueza tenga alguna vinculación con alguna de las partes. Estas situaciones llevarían a una recusación automática. Por otro lado, también existe una apariencia inaceptable de parcialidad allí donde un observador razonable propiamente informado concluiría que, de las circunstancias del caso, se percibe la existencia de parcialidad¹⁹⁴.

¹⁹¹ *Separate opinion of judge Lachs*; pág. 149, en el asunto Nicaragua c. Estados Unidos (military and paramilitary activities in and against Nicaragua) [Trad. Propia]. En el mismo voto particular, el juez Lachs cita la siguiente apreciación de un juez anterior del TIJ, Phillip Jessup, de nacionalidad estadounidense: «[Éste] es uno de esos casos que muestran cuán engañoso y sin fundamento es diseccionar los puntos de vista de los jueces con la intención de probar un alineamiento con los intereses del estado del cual es nacional». No fue posible encontrar la fuente de la cita.

¹⁹² Dicho Tribunal bien puede ser visto como un antecedente histórico del TPI, debido a su régimen jurídico, pero también a su estrecho vínculo con la ONU, puesto que fue creado por Resolución del Consejo de Seguridad.

¹⁹³ *Judgement* en el asunto El Fiscal contra Furundžija (Caso del TPIY n° IT-95-17/1-A), de 21 de julio de 2000; párrafos 164-166.

¹⁹⁴ *Ibid.*, pág. 189. Al aplicar este doble test, la Sala de Apelaciones declaró que, en primer lugar, el apelante no había denunciado la existencia de una parcialidad efectiva, con lo cual esa pretensión no formaba parte del objeto de la apelación. En segundo lugar, el vínculo de la recusada con la comisión del ECOSOC era pretérito y tenue, con lo cual no se cumplían los requisitos de la recusación automática, y que, además, aunque la recusada apoyase realmente la necesidad política

1.4. Independencia e imparcialidad en las legislaciones nacionales sobre arbitraje

1.4.1. Consideraciones previas

1.4.1.1. Deslinde entre independencia e imparcialidad

Un primer punto que ha de ser tratado es el del deslinde entre independencia e imparcialidad. A la vista de la doctrina expuesta más arriba la distinción es meridiana. Si la independencia es una cualidad que se predica del Poder Judicial y sus miembros frente a otros poderes del Estado, la imparcialidad expresa cómo debe ser la relación de los juzgadores frente a las partes y frente al objeto del proceso¹⁹⁵. Fácilmente se puede apreciar que esta tesis es compatible tanto con la doctrina del Derecho anglosajón, como con la del TEDH¹⁹⁶. Sin embargo, existe una tesis distinta, que otorga a la independencia y la imparcialidad significados diferentes.

Según palabras de la propia AP de Madrid,

«Generalmente se ha entendido que la independencia es un concepto objetivo apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la imparcialidad apunta más a una actitud del árbitro necesariamente subjetiva frente a la controversia que se le plantea. Esta última debe entenderse fundamentalmente como un deber ético esencial del árbitro. La independencia depende de relaciones pasadas o presentes con las partes que pueden ser catalogadas y verificadas, mientras que la imparcialidad es un estado mental y por tanto más difícil de evaluar»¹⁹⁷.

de categorizar las violaciones de mujeres cometidas por causa de un conflicto bélico -lo cual había sido una de las conclusiones mantenidas por la referida comisión- ello no implicaba la ausencia de imparcialidad en la recusada. *Íbid.*, pág. 200.

¹⁹⁵ O, como lo ha descrito PÉREZ-CRUZ MARTÍN, siguiendo a CALVO SÁNCHEZ y PEDRAZ PENALVA, «si la independencia alude al momento constitucional, la imparcialidad se refiere al momento procesal, es decir, al ejercicio de la función jurisdiccional». Vid. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.; *Constitución...*; op. cit., pág. 50.

¹⁹⁶ En el ámbito propio de la CIDH, destaca PAREDES PAREDES una concepción de la independencia y la imparcialidad que es idéntica a la del TEDH, y cita para ello dos resoluciones: *Reverón Trujillo vs. Venezuela* y *Apitz Barbera vs. Venezuela*; vid. PAREDES PAREDES, F.; «*La independencia e imparcialidad en el Sistema Interamericano*» en GONZÁLEZ PASCUAL, M. (Dir.); SOLANES MULLOR, J.; (Coord.); *Independencia Judicial...*; op. cit., págs. 68-69.

Sin embargo, en otro foro supranacional, el del TJUE, se ha propuesto otro concepto de independencia muy similar, según la cual, ésta tendría dos aspectos, uno interno y otro externo. Éste hace referencia a la ausencia de interferencias de otros poderes públicos en la labor de los tribunales, aquél, a la imparcialidad del juzgador. Vid. STJUE (Gran Sala) de 19 de septiembre de 2006, asunto *Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, C-506/04; párrafos 49-53.

¹⁹⁷ Vid. SAP Madrid sección 11ª, 22 de septiembre de 2010, Fundamento Jurídico Tercero [JUR 2011\18971]. Para otras resoluciones que adoptan la misma tesis, vid., SSAP Madrid sección 12ª, de 25 de noviembre de 2008, Fundamento Jurídico Quinto [JUR 2009\182094]; Las Palmas sección 5ª, de 30 de septiembre de 2008, Fundamento de Derecho Tercero [JUR 2009\135128].

Es decir, según esta tesis, la independencia apunta a la relación entre el juzgador y las partes, mientras que la imparcialidad se refiere a la disposición mental del árbitro de mantener una actitud neutral frente a la controversia. En realidad, no se trata de otra cosa que una reformulación un tanto simplificada de la tesis de GOLDSCHMITT que, como se ha visto, diferenciaba entre imparcialidad e *imparcialidad*. A pesar de esa simplificación, esta tesis se encuentra bastante extendida en la doctrina española¹⁹⁸ e internacional¹⁹⁹.

Cabría preguntarse, en primer lugar, por qué esta segunda tesis, de claro raigambre iusprivatista, se ha extendido hasta llegar a ser hegemónica dentro de la doctrina del arbitraje y, en segundo lugar, si esta es, acaso, una propuesta más apropiada que aquélla que, dentro de la teoría del Derecho público, se ha elaborado. En línea de principio, si se comparte la posición contractualista sobre la naturaleza del arbitraje, no parece que tenga sentido predicar la independencia de los árbitros en el sentido iuspublicista, ya que, según esta perspectiva, los árbitros no son equivalentes a los jueces, sino partes de un contrato de dación y recepción de arbitraje de naturaleza privada, de forma que las únicas relaciones problemáticas que habría que regular serían aquéllas entre los árbitros y las partes, pero no las que se dan entre aquéllos y el Estado.

Siendo así las cosas, se podría afirmar que, desde una perspectiva contractualista, basta con que los árbitros sean imparciales en sentido objetivo y subjetivo. Pero en realidad no es esto lo que se afirma desde tal perspectiva. Por un lado porque, como se ha puesto de manifiesto *supra*, la imparcialidad no sólo abarca las relaciones con las partes, sino también con el objeto del proceso. Pero por otro lado, porque, si se analiza en abstracto el término «independencia», parece que lo esencial del mismo no es tanto la ausencia de injerencias de unos

¹⁹⁸ Aunque no se trata de procesalistas, sino de internacionalistas privatistas y civilistas, se pueden destacar a FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; *Del arbitraje, de los árbitros y de la práctica arbitral*; Editorial Rasche, Madrid, 2014; pág. 109; CHECA BRAVO, J.; «*El Sistema Arbitral de Consumo y los principios de la Comisión de las Comunidades Europeas aplicables a los órganos de solución extrajudicial de los litigios de consumo*»; en *Estudios sobre consumo* n^o 52, 2000; pág. 151; MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M.; *Tratado de Derecho arbitral*, 4^a ed.; Editorial Civitas, Cizur Menor, 2014; pág. 542.

¹⁹⁹ Así, por ejemplo, destaca el influyente fundador de la *Association Française d'Arbitrage* ROBERT, J.; *L'Arbitrage. Droit interne, droit international privé*, 6^a edición; Editorial Dalloz, Paris, 1993, pág. 112. También destacan MATHEUS LÓPEZ, J.C.; «*La imparcialidad e independencia del árbitro*», disponible en http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/1/imparcialidad_e_independencia_del_arbitro/imparcialidad_e_independencia_del_arbitro.asp. Así como HENRY, M.; «*Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente*» en *Revue de l'arbitrage* n^o2, Paris, 1999; pág. 195; además de KEUTGEN, G.; «*L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit belge*» en TARZIA, G. y VAN COMPENOLLE, J.; *L'impartialité du juge...*; pág. 275; FOUCHARD, Ph.; GAILLARD, E.; GOLDMAN, B.; *On international Commercial Arbitration*; Kluwer Law International, Alphen aan der Rijn, 1999; pág. 564.

concretos poderes del Estado sobre otros²⁰⁰, sino impedir el ejercicio despótico o ilimitado del poder por un determinado sujeto u organización.

Cabría preguntarse cómo se materializaría una adaptación de ese contenido esencial de independencia al arbitraje doméstico y si tal adaptación es necesaria²⁰¹. Una primera manifestación de la independencia podría ser ante la autoridad nominadora²⁰², lo que se puede percibir fácilmente cuando se trata de arbitraje institucional, en que el nombramiento suele correr a cargo de órganos internos de la institución de arbitraje. Una segunda manifestación de la independencia podría ser también ante los poderes públicos²⁰³, evitando que ciertos órganos de naturaleza administrativa o judicial den órdenes al tribunal arbitral. Se entiende que ambas manifestaciones de la independencia son necesarias.

En definitiva, se considera que, frente a la tradición iuspublicista, la postura iusprivatista añade la imparcialidad en sentido subjetivo, pero excluye, de un lado, la imparcialidad referida al objeto del litigio y, de otro, la independencia como mecanismo profiláctico frente al ejercicio ilimitado del poder por parte de autoridades nominadoras u órganos del Estado. El balance es necesariamente negativo. De un lado, se añade una herramienta muy poco útil, cual es la de la imparcialidad subjetiva, por la dificultad de verificación que entraña: si para recusar a alguien se hace necesario indagar en su estado mental íntimo, entonces la recusación se vuelve prácticamente quimérica. De otro lado, se olvida la necesaria

²⁰⁰ Se ha llegado a decir que los jueces deben ser independientes del Estado (CLAY, T.; *L'Arbitre*; Ed. Dalloz, París, 2001; pág. 235). Sin embargo, si se admite, con KELSEN, que Estado y orden jurídico tienen una relación de identidad, entonces se concluye fácilmente que los jueces no son independientes del Estado. A esto se refiere la doctrina procesalista cuando afirma, con cierta provocación, que la independencia judicial es sinónimo de sumisión a la ley. Vid. KELSEN, H.; *Teoría General del Estado*, 1ª edición, 2ª reimpr.; Ediciones Coyoacán, México D.F., 2008, pág. 21. En realidad, de lo que se trata es de impedir que el Estado se vea monopolizado por uno de los tres poderes que lo conforman.

²⁰¹ Desecha tal posibilidad MORENO CATENA, para quien «si los árbitros se nombran para conocer de un arbitraje determinado, lo que puede entrar en duda es su imparcialidad, con referencia a su relación con alguna de las partes o a su interés en el objeto del arbitraje, pero difícilmente podrá cuestionarse su independencia pues carecen de estatuto propio». Vid. MORENO CATENA, J.; «Artículo 17. Motivos de abstención y recusación» en BARONA VILAR, S. (Coord.); *Comentarios a la Ley de Arbitraje*; Civitas Ediciones, Madrid, 2004; págs. 672-673.

²⁰² En este sentido, sostiene CLAY que el concepto de independencia no es un concepto de contenido variable, si bien sí es un concepto de función variable, que se puede aplicar tanto al juez como al árbitro. Esto se explica por el hecho de que la independencia se ha de predicar frente a quien designa: el Estado en el caso del juez y las partes en el caso del árbitro. CLAY, T.; *L'Arbitre...*; op. cit., pág. 236. Evidentemente, habría que tener en cuenta los nombramientos realizados por otros sujetos como los tribunales de justicia o los órganos internos de las instituciones arbitrales.

²⁰³ El DLA peruano ha regulado expresamente este tipo de manifestaciones de la independencia. Así, se establece que el tribunal arbitral «no está sometido a orden, disposición autoridad que menoscabe sus atribuciones» (art. 3.2), que «ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción de control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo» (art. 3.4) y que «tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano» (art. 21).

ajenidad que debe tener quien juzga o arbitra frente al objeto del proceso, una ajenidad que se traduce en la imposibilidad de que quien arbitra tenga un interés directo en el objeto del asunto o de que haya tenido un contacto previo con dicho objeto. Finalmente, no parece ocioso establecer mecanismos que impidan intromisiones ilegítimas en el arbitraje por parte de terceros como las autoridades nominadoras o los poderes del Estado. En este sentido, se hace necesaria una reflexión acerca del encaje que una institución como la independencia pueda tener en el arbitraje doméstico.

1.4.1.2. El problema de los árbitros designados por las partes *-party-appointed arbitrators-* y la independencia

Una cuestión que ha despertado mucho interés es si los árbitros nombrados por las partes deben cumplir con el mismo estándar de imparcialidad que aquéllos que son nombrados por terceros. Dentro de la doctrina española, parece existir cierto consenso de que, en efecto, los árbitros designados por las partes no son representantes de éstas en el tribunal. Así lo han afirmado OSORIO ITURMENDI y JIMÉNEZ-BLANCO²⁰⁴. En términos similares, se pronuncia KEUTGEN, al analizar el ordenamiento belga²⁰⁵ y BERNINI al hacerlo con el italiano²⁰⁶.

Sin embargo, la polémica ha estado viva en los Estados Unidos, donde existía cierta tradición de considerar a los árbitros de parte –en inglés, *party appointed*

²⁰⁴ Vid. JIMÉNEZ-BLANCO, G. y OSORIO ITURMENDI, L.; «*Los llamados árbitros de parte*» en *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, núm 18; Wolters Kluwer, 2013; pág. 64. En el mismo sentido, vid. JIMÉNEZ-BLANCO, G.; «*Sobre la independencia de los árbitros de parte*» en *Cinco Días*, Madrid, 16/III/2015. Disponible online en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2015/03/13/economia/1426260447_155805.html. Consultado el 01/X/2018; vid. también NUQUES MARTÍNEZ, T.; *Jurisdicción y Arbitraje; análisis crítico comparativo en los ordenamientos jurídicos ecuatoriano y español* [Tesis doctoral]; Universidade da Coruña, A Coruña, 2016; pág. 197.; vid. también MATHEUS LÓPEZ, C.; *La independencia e imparcialidad del árbitro* [Tesis doctoral]; Universidad del País Vasco, Donostia, 2008; págs. 253-260.

Por su parte, MARTÍNEZ ESPÍN considera que estos árbitros, a pesar de que puedan tener cierta relación de confianza con la parte que los nombra, son recusables por los mismos motivos que los árbitros que no son nombrados por la parte. Vid. MARTÍNEZ ESPÍN, P.; «*Artículo 17. Motivos de Abstención*» en GARBERÍ LLOBEGRAT, J.; *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*; Ed. Bosch, Barcelona, 2004; pág. 379.

En un sentido completamente contrario se pronuncian MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, cuando, al escribir sobre la realidad española, afirman que «se ha acabado por consagrar la práctica del llamado arbitro de parte, en los tribunales de composición colegiada, y en el que éste termina convirtiéndose si no en defensor de la parte que lo designó, sí en un promotor más o menos encubierto de la misma» en MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M.; *Tratado de...; op. cit.*, pág. 547.

²⁰⁵ KEUTGEN, G.; «*L'indépendance...*» en TARZIA, G. y VAN COMPENOLLE, J.; *L'impartialité du juge...*; op. cit., pág. 279.

²⁰⁶ BERNINI, G.; *L'arbitrato. Diritto interno, convenzioni internazionale*; Ed. CLUEB, Bolonia, 1993; págs. 302-303.

arbitrators- como mandatarios de las partes²⁰⁷. Una consideración que estaba lejos de una mera intención de nombrar árbitros comprensivos con la pretensión de la parte que los nomina²⁰⁸. Siguiendo esta dirección, y según ha puesto de manifiesto GÓMEZ-ACEBO, se ha considerado que les debe ser permitido a las partes estipular que los árbitros nombrados en un determinado procedimiento no sean ni imparciales ni independientes, si bien, tales autores concuerdan en que «esta no sería una postura recomendable»²⁰⁹. Pero, la verdad es que esta situación parece haber quedado en buena medida superada en el año 2004, con la promulgación del *Code of Ethics for Arbitrators* de la AAA y de la ABA, en cuya nota 2, se declaraba, de forma pionera en aquél país, que «los promotores de este Código creen que es preferible que todos los árbitros, incluso los nombrados por las partes, sean neutrales, esto es, independientes e imparciales».

Aunque lo cierto es que antes de tal fecha parece ser que era una práctica bastante extendida que este tipo de árbitros fuesen serviciales a los intereses de la parte que los nominaba, y además, que las partes esperasen que los árbitros nominados por ellas actuasen en tal modo²¹⁰. Así lo atestiguaba en 1995 LOWENFELD quien recogía numerosos ejemplos extraídos de su experiencia personal²¹¹. A pesar de mantener una postura crítica hacia dicha práctica, para el caso específico de los arbitrajes internacionales el autor estadounidense la justificaba en base a dos argumentos: uno, que la presencia de los árbitros nominados por las partes daba confianza a la representación técnica de la parte de que su pretensión sería cuidadosamente estudiada, lo que redundaría en la

²⁰⁷ Algún autor ha afirmado incluso que existe consenso a la hora de entender que los árbitros nombrados por las partes no han de mantener neutralidad alguna, vid. LIEBERMAN, S.H.; «*Something's rotten in the state of party-appointed arbitration: healing ADR's black eye that is "nonneutral neutrals"*» en *Cardozo Journal of Dispute Resolution*, vol. 5; pág. 223.

²⁰⁸ En efecto, existe una diferencia entre nombrar como árbitro a una persona que puede ser sensible o sentir simpatía hacia una determinada posición doctrinal y entre nombrar a una persona que defenderá los intereses de quien lo nombra como árbitro. Lo primero afecta a la neutralidad, lo segundo a la imparcialidad; siendo que aquélla es excepcional en ciertos momentos -v. gr., a la hora de acordar con el otro árbitro quién será propuesto para presidir el tribunal, evitando propuestas malintencionadas- como se ha puesto de manifiesto en HUNTER, M.; PAULSSON, J.; «*A Code of Ethics for arbitrators in international commercial arbitration?*» en *International Business Lawyer*, vol. 13, núm. 4, 1985; págs. 153-154.

²⁰⁹ GÓMEZ-ACEBO, A.; *Party-appointed arbitrators in international commercial arbitration*; Wolters Kluwer, Alphen aan der Rijn, 2017; págs. 54-55.

²¹⁰ Sirva de muestra la siguiente afirmación realizada por un académico de los Estados Unidos: «un árbitro nombrado por la parte no puede evitar considerar que los asesores legales que lo han propuesto lo hicieron motivados por el deseo de que su selección contribuiría a obtener el resultado favorable que buscan y que, en cierto modo, el árbitro debe actuar según tal consideración». Vid. SMIT, H.; «*Quo vadis arbitration? Sixty years of arbitration practice, by Pieter Sanders*» en *The American Review of International Arbitration*, vol. 11, núm. 3, 2000; pág. 429 [Trad. Propia].

²¹¹ Vid. LOWENFELD, A.F.; «*The Party-Appointed Arbitrator in International Controversies: Some Reflections*» en *Texas Law Journal*, vol. 30, 1995; págs. 59-70.

consecución de un debido proceso²¹² y, dos, los árbitros designados por las partes en casos de aplicación de normas foráneas, pueden actuar como traductores para los otros árbitros; dicha labor de traducción no sería sólo lingüística, sino que abarcaría la también la interpretación y aplicación correcta de la jurisprudencia sobre tales normas foráneas, así como la ayuda de cara a salvar los obstáculos que puedan surgir en torno a la aplicación del Derecho extranjero²¹³. Otros autores han destacado que las partes pueden tener interés en garantizar que los árbitros cuenten con experiencia en ciertos ámbitos que aquéllas consideren importantes para la resolución del litigio²¹⁴, lo que ayudaría a obtener una solución más adecuada al mismo²¹⁵. Se puede apreciar que, en esta propuesta, el problema de la alegada parcialidad de los árbitros designados por las partes es superado en pro de la consecución de un procedimiento justo y eficaz.

No debe pensarse que lo que se acaba de exponer es una posición propia de tiempos pretéritos. Algún autor, como SCHLOSSER, que es crítico con dicha posición, ha puesto de relieve ciertas contradicciones en la jurisprudencia alemana que darían cuenta de que la concepción según los árbitros nombrados por las partes pueden, en ciertos casos, ser parciales goza de cierta popularidad en Alemania²¹⁶.

²¹² *Ibid.*, pág. 65. En el mismo sentido, vid. MACLEAN, D.J.; WILSON, S-P.; «*Is there a crowd? Neutrality, partiality and partisanship in the context of tripartite arbitrations*» en *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 9, núm. 1; 2008; pág. 168.

²¹³ LOWENFELD, A.F.; «*The Party-Appointed Arbitrator...*»; op. cit., págs. 65-67. En el mismo sentido, vid. LIEBERMAN, S.H.; «*Something's rotten...*»; op. cit., pág. 222. DE FINA, A.A.; «*The party-appointed arbitrator in international arbitration – Role and selection*» en *Arbitration International*, vol. 15, núm. 4; pág. 382. Una argumentación cercana a la de la traducción la ofrecen EL-KOSHERI y YOUSSEF que «se debe distinguir entre prejuicios positivos y simpatía generalizada hacia la parte nominadora. Es bastante aceptable, e incluso natural, que una parte desee nombrar a un árbitro con su mismo bagaje cultural, jurídico o de negocios»; Vid. EL-KOSHERI, A.S.; YOUSSEF, K.Y.; «*The independence of international arbitrators: an arbitrator's perspective*» en *ICC Dispute Resolution Bulletin – Special supplement*, 2008; págs. 43-54 (la cita es de la pág. 48).

²¹⁴ MACLEAN, D.J.; WILSON, S-P.; «*Is there a crowd?...*»; op. cit., págs. 168-169. Pero también GÓMEZ-ACEBO, A.; *Party-appointed arbitrators...*; op. cit., págs. 40-41.

²¹⁵ DE FINA, A.A.; «*The party-appointed arbitrator...*»; op. cit., pág. 382.

²¹⁶ El autor germano alega que si bien teóricamente la misma independencia e imparcialidad que es exigible a los árbitros nombrados por terceros es también exigible a los árbitros nombrados por las partes, un estudio empírico demostraría que esta tesis es ingenua, por cuanto que la realidad revela que los actores que participan del arbitraje esperan que los árbitros designados por las partes se sientan ligados por una cierta solidaridad con la parte que los ha designado.

En tal sentido, este autor recuerda una sentencia de 2013 recogida por el *Schiedsverfahrenszeitschrift*, del HansOLG en que se razonó que no debía prosperar la recusación contra un árbitro designado por una parte en un tribunal colegiado, a pesar de que aquél había servido como abogado de dicha parte en un procedimiento anterior. Para SCHLOSSER, una resolución igual hubiese resultado impensable si se estuviera ante un árbitro único o ante el presidente del tribunal colegiado. Ya en una decisión de 1972 del BGH en que se estimó la recusación planteada contra un árbitro único que durante el procedimiento fue designado por la misma parte en otro arbitraje colegiado, el tribunal razonó que «[e]s un hecho que los árbitros designados por las partes se consideran muy a menudo como los representantes de los intereses de aquéllas y que llevan a cabo su función de una manera más o menos parcial. Las partes, por su lado, tienden a ver a las personas designadas por ellos como defensores de sus intereses en el seno del tribunal y designarán así a árbitros de los cuales esperan que aborden el litigio en su favor. Es por

En el caso de España, la jurisprudencia parece ir rebajando el estándar de imparcialidad exigible a los árbitros, y esta tendencia podría ser explicada por el reconocimiento e incluso sanción –en el sentido de autorización– de la vinculación de los árbitros con las partes que los designan. Por lo que hace a la doctrina, cabe referir que esta posición es sostenida por algún autor actual con influencia en el campo del arbitraje comercial internacional²¹⁷. En lo concerniente al arbitraje de inversiones, DIMITROPOULOS ha defendido que el estándar de imparcialidad e independencia aplicable a los árbitros nombrados por las partes, ha de ser menos estricto que el de los presidentes de los tribunales arbitrales²¹⁸.

En todo caso, se considera que lleva razón TUPMAN cuando defiende que «el concepto de un árbitro no neutral, existente en varios sistemas de la tradición del *Common Law*, no puede tener validez allí donde las partes son de diferente nacionalidad y se corre el riesgo de que se pierda confianza en el procedimiento si se aplica un estándar foráneo y menos exigente»²¹⁹. Se entiende que esta postura es más respetuosa con las diferentes tradiciones jurídicas y, por lo tanto, preferible en el campo del arbitraje de inversiones.

Más adelante, con ocasión del análisis concreto de las situaciones críticas para la imparcialidad de los árbitros, se dará cuenta de la amplia polémica que ha girado en torno a la idoneidad de permitir en el arbitraje colegiado la emisión de votos particulares discordantes. Una polémica que, como dan cuenta JIMÉNEZ-BLANCO y OSORIO ITURMENDI²²⁰, es más enconada en el caso de los arbitrajes internacionales, y que encuentra su razón de ser en las sospechas de parcialidad que se ciernen sobre quien emite el voto discordante, pero también, y especialmente, sobre quienes deciden el litigio en sentido contrario a dicho voto.

1.4.2. Independencia e imparcialidad en la Ley Modelo CNUDMI

La Ley Modelo de la CNUDMI dedica su artículo 12 a regular los motivos de recusación. En el apartado 2), se establece que «un árbitro sólo podrá ser recusado

ello comprensible que aquél que acepta ser designado en un tribunal arbitral, puede hacer temer a un tercero que se encarga de defender los intereses de su mandante». Vid. SCHLOSSER, P.F.; «*L'impartialité et l'indépendance de l'arbitre en Droit allemand*» en VAN COMPERNOLLE, J.; TARZIA, G.; *L'impartialité du juge et de l'arbitre...*; págs. 305-306. El extracto jurisprudencial proviene del número 827 del *Neue Juristische Wochenschrift* de 1972 [Trad. Propia].

²¹⁷ Vid. GÓMEZ-ACEBO, A.; *Party-appointed arbitrators...*; op. cit., págs. 56-57.

²¹⁸ Sin embargo, el autor defiende que ambos criterios han de ser más estrictos de lo que lo han venido siendo hasta ahora. Vid. DIMITRIPOULOS, G.; «*Constructing the independence of international investments arbitrators: Past, present and future*» en *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 36, núm. 2, 2016, págs. 371-434 (vid. En concreto, págs. 413-418).

²¹⁹ TUPMAN, M.; «*Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration*» en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, 1989; págs. 26-52 (la cita es de la pág. 49).

²²⁰ Vid. JIMÉNEZ-BLANCO, G. y OSORIO ITURMENDI, L.; «*Los llamados árbitros de parte...*»; op. cit., págs. 101-104.

si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia». Así, una lectura *a contrario sensu* permite afirmar que en dicho artículo se establece la obligatoriedad de que los árbitros respeten los principios de imparcialidad e independencia.

La expresión «dudas justificadas» parece indicar que la comisión redactora optó por establecer un criterio de inspiración anglosajona, no centrado en recoger una lista *numerus clausus* de supuestos fácticos que contravendrían las exigencias de independencia e imparcialidad, sino más bien en establecer un estándar amplio, que remita la decisión acerca de la violación o no de la imparcialidad a los tribunales estatales²²¹. Esta dicción de la Ley Modelo puede traer causa en dos razones alternativas aunque incompatibles²²². La primera, se referiría a un espíritu de respeto de las tradiciones jurídicas de cada Estado, lo que llevaría a evitar regular una lista cerrada de supuestos, que podría dar como resultado una armonización no pretendida por la comisión redactora. La segunda, apunta a una suerte de imperialismo jurídico, por el cual, en efecto, se estarían armonizando los diferentes ordenamientos jurídicos, tomando como base la tradición anglosajona, con lo que se estaría produciendo, de hecho, una armonización efectiva. Esta disyuntiva es difícil de resolver, aún a la vista de los informes de los Grupos de Trabajo²²³.

En todo caso, y por lo pronto, aquí interesa conocer, en primer lugar, la transposición del artículo 12 de la Ley Modelo a través de la legislación de los

²²¹ Si bien es cierto que, durante las reuniones de los grupos de trabajo, se pusieron de relieve un gran número de suspicacias acerca del alcance que la redacción del borrador otorgaba a las *dudas justificadas* respecto de la independencia e imparcialidad de los árbitros como causa de recusación. Una de las propuestas que surgieron fue la de incluir la nacionalidad de los árbitros como causa de recusación, en caso de que dicha nacionalidad implicase un choque de intereses con las partes; resultando que, para resolver esta cuestión, se llegó a la conclusión de que la nacionalidad del árbitro en el sentido expuesto podría ser una quiebra de la imparcialidad (Vid. intervención del Presidente Sr. Löwe en el acta de la 313ª reunión. En «*Summary records for meetings on the UNCITRAL model law on international commercial arbitration*» en ONU; *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1985*; Vol. XVI; United Nations Publications, Nueva York, 1988; págs. 430-432). El criterio por el cual la nacionalidad del árbitro puede comprometer su imparcialidad en ciertos casos no se recogió finalmente en el artículo 12 –e incluso queda vedada en el artículo 11.1 una eventual discriminación por causa de nacionalidad–, aunque se puede sentir su inspiración en el artículo 11.5 de la Ley Modelo, cuando se establece que cuando una autoridad o el propio tribunal deban nombrar a algún árbitro único o al tercer árbitro, se tendrá en cuenta la conveniencia de nombrar a un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

²²² El legislador español, en la exposición de motivos de la LA de 2003 parece inclinarse por una tercera causa, considerando que los motivos de abstención y recusación de jueces y magistrados «no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos» (motivo IV Exp. Motivos), optando así por una cláusula general. Dicha justificación, que por parca podría parecer evidente, no encaja bien con la tradición jurídica del Derecho continental, que históricamente ha redactado listas más o menos cerradas de supuestos de recusación y abstención.

²²³ Se trata de los informes de las 313ª, 319ª y 330ª reuniones del Grupo de Trabajo. Disponibles en ONU; *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1985*; Vol. XVI; United Nations Publications, Nueva York, 1988 págs. 430-433, 457-458 y 501.

Estados y, en segundo lugar, la jurisprudencia y las doctrinas nacionales que interpreten dicha transposición.

Por lo que hace a la legislación de los Estados, en la inmensa mayoría de los instrumentos analizados, se ha optado por una redacción idéntica a la de la Ley Modelo. Sin intención de exhaustividad, se pueden citar dentro de esta opción a Bélgica²²⁴, Alemania²²⁵, México²²⁶, Florida (en lo que hace al arbitraje internacional)²²⁷, Chile²²⁸, Canadá²²⁹ o Hong Kong²³⁰. En el caso de Nigeria, la redacción se ha reacomodado, aunque en esencia el contenido es el mismo que el de la Ley Modelo de la CNUDMI²³¹.

1.4.2.1. Independencia e imparcialidad en los ordenamientos que han adaptado el artículo 12 de la Ley Modelo

En una situación distinta se hallan España, Venezuela y Perú. En el caso de España, el artículo 17.1 de la LA²³², establece que los árbitros no podrán mantener con las partes relación personal, profesional o comercial. Se trata de un precepto breve, pero que sintetiza gran parte de las causas recogidas en la LOPJ, cuyo artículo 219 norma las causas de abstención y recusación aplicables a los miembros del Poder Judicial. A pesar de lo cual, y como se ha expresado más arriba, las garantías de la imparcialidad también incluyen la falta de prejuicios derivados de un contacto anterior con la causa y la ausencia de interés directo en el asunto litigioso, causas de abstención que refleja la LOPJ pero que, sin embargo, no fueron expresamente reconocidas por el legislador en la LA.

A renglón seguido, el apartado 3 del artículo 17 establece que «un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia». Es decir, el límite del apartado 1, que establece una lista cerrada de causas de abstención y recusación, se ve matizado por una cláusula, de evidente raigambre anglosajona, que expande dichas causas con una fórmula que, irremediabilmente, hace recaer en la

²²⁴ Vid. Art. 1686. 2 del CJ (código de 1967; artículo modificado en 2013).

²²⁵ Vid. Art. 1036.2 de la ZPO (código de 1879; artículo modificado en 2001).

²²⁶ Vid. Art. 1428 párrafo II del Código de Comercio (código publicado en 1889; artículo modificado en 1993).

²²⁷ Vid. Sección 684.0013.2 de los *Statutes* de Florida (ley de 2016; sección modificada en 2010).

²²⁸ Vid. Art. 12.2 de la Ley 19971 sobre Arbitraje Comercial (2004).

²²⁹ Vid. Art. 12.2 del *Commercial Arbitration Act* (1986).

²³⁰ Vid. Sección 25 de la ArbOrd (2011).

²³¹ Vid. Art. 6.3 del ArbCA (1998); Cfr. Art. 10 *Arbitration Rules*, que desarrolla lo dispuesto en la Ley.

²³² El legislador español ha optado por acoger en la Ley un sistema monista, es decir, que el mismo instrumento legislativo regula el estatuto de los árbitros tanto en arbitrajes nacionales como internacionales.

jurisprudencia la delimitación de los supuestos de vulneración de la imparcialidad. En este extremo, la jurisprudencia de los tribunales españoles es escasa, y apenas abarca supuestos que escapen fuera de la lista del apartado 1 del artículo 17. En cualquier caso, se pueden apuntar algunas resoluciones en las que el poder judicial español ha explorado los contornos de la imparcialidad más allá del citado apartado.

Así, por una parte, en lo que hace a la categoría de los supuestos de falta de prejuicio del juzgador derivados de un contacto anterior con la causa, que, recordemos, no fue explícitamente incluida en la LA, la AP de Barcelona declaró, *óbiter dicta*, que la independencia y la imparcialidad no se ven comprometidas por el hecho de que el árbitro haya intervenido en el contrato principal como asesor jurídico²³³.

Por otro lado, en lo que hace a la categoría de ausencia de interés directo en el asunto litigioso, ésta es dibujada más bien como fundamento de otras causas de imparcialidad que como una causa autónoma. Así, por ejemplo, se ha declarado que un árbitro que había sido docente en un curso de máster organizado por una de las partes del arbitraje no contravenía los requisitos de imparcialidad e independencia ya que de dicha actividad docente «no deriva interés alguno en el asunto»²³⁴. En otro asunto, ante la AP de Madrid, el tribunal declaró que el hecho de que un árbitro sea funcionario del Cuerpo de Abogados del Estado en excedencia desde hace varios años, no conlleva la quiebra de imparcialidad cuando en el asunto una de las partes es una sociedad mercantil cuyo mayor accionista es una sociedad estatal, ya que resulta absurdo pensar que la pertenencia a dicho cuerpo de funcionarios «produce vínculos tan fuertes que sus miembros, aunque se encuentren en situación administrativa de excedencia voluntaria, incluso cuando hayan perdido la condición por renuncia u otra causa, quedan rodeados de un halo de parcialidad»²³⁵²³⁶. En estas dos resoluciones, se aprecia que, en realidad, lo que se contraviene es la prohibición del apartado del artículo 17 LA, dada la relación profesional entre la parte y los árbitros recusados.

²³³ Vid. SAP Barcelona sección 15ª, 15 de mayo de 2009, Fundamento de Derecho Tercero [JUR/2009/434323]. Aunque es cierto que otra sentencia de la misma Audiencia Provincial de 2005 resolvía en sentido contrario, estableciendo que quien ha asesorado previamente a una de las partes, no puede actuar como árbitro si bien esa sentencia había aplicado la derogada Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje. Vid. SAP Barcelona sección 14ª, 28 de julio de 2005, Fundamento de Derecho Quinto [JUR/2005/237326].

²³⁴ Vid. SAP Madrid, sección 12ª, de 22 de marzo de 2006, Fundamento de Derecho Décimo Noveno [AC/2006/353].

²³⁵ Vid. SAP Madrid, sección 14ª, de 15 de septiembre de 2008, Fundamento de Derecho vigésimo primero [JUR/2008/382560].

²³⁶ Para una resolución en que sí se acepta que una relación de tipo profesional sí afecta a la imparcialidad del secretario de una institución arbitral, allí donde dicho secretario ha mantenido relaciones profesionales con una de las partes en el pasado. Vid. SAP Madrid, sección 11ª, de 26 de febrero de 2008, Fundamento de Derecho cuarto [JUR/2008/35382].

En cuanto a las causas de recusación basadas en la relación de un árbitro con las partes, además, de lo referido en el párrafo anterior, la jurisprudencia española ha establecido que la enemistad manifiesta entre un árbitro y el asesor jurídico de una parte no es causa de recusación²³⁷. También se ha sostenido que no quiebra la imparcialidad un organismo público regulador que arbitra entre dos sociedades mercantiles a petición de tales sociedades, si éstas, en cualquier otro momento, se pueden ver afectadas por los actos de naturaleza administrativa de ese mismo organismo²³⁸. Por último, el TSJ de Madrid rechazó que no quiebra la imparcialidad el hecho de que un mismo árbitro fuese nombrado por la misma parte en varias ocasiones, aun habiendo propuesto como presidente del tribunal a la misma persona en algunos de los arbitrajes previos, si, habiendo revelado el árbitro -cuya imparcialidad se cuestiona- todos estos hechos en el momento de su nombramiento, la parte afectada no denunció la supuesta falta de imparcialidad al más breve tiempo posible²³⁹.

Finalmente, parece que se ha intentado en alguna ocasión dar entrada entre las causas de recusación a lo que se podría denominar como parcialidad subjetiva, aunque con resultados infructuosos²⁴⁰. A modo de conclusión, se puede afirmar que la nueva Ley de Arbitraje ha servido más bien para rebajar el estándar de imparcialidad, ya que la nueva regulación no da cabida a supuestos que la antigua, que se remitía en bloque a lo dispuesto en la LOPJ para jueces y magistrados, sí abarcaba²⁴¹.

En lo que hace al Decreto Legislativo nº 1071, que norma el arbitraje en Perú, conviene realizar dos apreciaciones. Una, este instrumento traslada a su artículo 28 sin apenas modificaciones el artículo 12 de la Ley Modelo y, dos, demostrando una calidad técnica encomiable, el legislador peruano ha diferenciado la independencia de la imparcialidad²⁴². Esto último tiene su reflejo en dos artículos de dicho Decreto Legislativo: el artículo 3.2 y el 21. En el primero de ellos, se establece que el tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones. En el segundo se

²³⁷ Vid. STSJ Madrid, de 9 de julio de 2013, Fundamento de Derecho segundo [AC/2013/1724].

²³⁸ Vid. STSJ Madrid, de 20 de diciembre de 2016, Fundamento de Derecho cuarto [JUR/2017/17943].

²³⁹ Vid. STSJ Madrid, de 14 de abril de 2016 [AC/2016/1278].

²⁴⁰ V. gr., se ha denunciado a árbitros que han dictado laudos complementarios con la finalidad de resolver pretensiones reconventionales que no habían sido resueltas en el laudo principal. Vid. STSJ Cataluña, de 14 de noviembre de 2016, Fundamento de Derecho cuarto [RJ/2016/6131].

²⁴¹ La explicación de esta tendencia se puede buscar en alguna jurisprudencia menor que razona que si la nueva Ley de Arbitraje no realiza el anterior reenvío a las causas de abstención y recusación de la LOPJ es porque el legislador no lo ha considerado adecuado. Así, SAP Las Palmas 5ª, de 6 de abril de 2011 [JUR/2011/260812] y SAP Madrid 12ª, de 30 de junio de 2011 [JUR/2011/347818].

²⁴² Y una vulneración de cualquiera de ellas puede ser denunciada mediante recusación. Vid. PRIORI POSADA, G.; «El arbitraje en el Perú» en PÉREZ-CRUZ MARTÍN (Dir.), NEIRA PENA, A. (Coord.); *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*, Civitas, Cizur Menor, 2011; pág. 576.

regula una de las garantías de la independencia, la incompatibilidad, lo que lleva a establecer que «los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano no pueden actuar como árbitros». Más allá de la idoneidad de esta última apreciación, que se antoja discutible, es innegable que el artículo 3.2 aborda un escenario que se echa en falta en el resto de ordenamientos: la subordinación de los árbitros a las órdenes de terceros, especialmente de los poderes públicos²⁴³.

Por lo que hace a Venezuela, la Ley de Arbitraje Comercial de 7 de abril de 1988 mantiene, en su art. 35, una remisión a la regulación procesal, remisión que hasta hace poco fue bastante habitual en las legislaciones nacionales. A esto se añade la peculiaridad de la regulación casuística del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil venezolano, que recoge hasta 22 «causas de recusación e inhibición»²⁴⁴.

1.4.2.2. Independencia e imparcialidad en los ordenamientos que no han adaptado el artículo 12 de la Ley Modelo

Hasta aquí se han estudiado las regulaciones que no siguen al pie de la letra el artículo 12 de la Ley Modelo, que regula la abstención y la recusación de los árbitros para el arbitraje comercial internacional y, en aquéllos casos de sistemas monistas, también nacional. El análisis se ha centrado en tres ejemplos: España, Perú y Venezuela; buscando el rigor, pero sin ánimo de exhaustividad, teniendo en cuenta el carácter de este trabajo. Ahora, por otro lado, es el momento de estudiar la jurisprudencia de aquéllos países en que el artículo 12 se ha trasladado incólume a la regulación estatal. Para este cometido, el trabajo se centrará en la

²⁴³ Si bien dicha subordinación no se debe entender como tal cuando las partes instruyen a los árbitros sobre ciertos aspectos como cuando les delimitan, a través de sus pretensiones, el objeto del proceso, o cuando deciden qué reglamento de arbitraje seguir. En todo caso, FERNÁNDEZ ROZAS entiende que con esta disposición se pretende reforzar el carácter autónomo del arbitraje, pues lo protege de intervenciones indebidas del Poder Judicial. Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; «*La nueva Ley de arbitraje peruana de 2008*»; en *Arbitraje: Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 1, núm. 3, 2008. Si bien es innegable que el Decreto Ley peruano procura eliminar las competencias de los tribunales en lo que hace a la anulación del Laudo, otorgando dicha función a las Cámaras de Comercio, desde este trabajo no se comparte la visión de que los recursos judiciales contra el laudo suponen una intervención indebida del Poder Judicial, como sostiene el citado autor, ello porque dicha intervención siempre viene referida a unas causas tasadas, es decir, es extraordinaria, y respeta por ello el principio de exclusividad del Poder Judicial en su vertiente negativa.

²⁴⁴ Entre las que se encuentran relaciones de parentesco con alguna de las partes; conocer de una cuestión idéntica a la que deba decidirse en otro pleito en el cual tengan interés el funcionario judicial o alguno de sus familiares; el hecho de que el recusado o su cónyuge sea deudor a plazo vencido de alguno de los litigantes; que en los 5 años anteriores se haya seguido causa criminal entre el recusado y alguno de los litigantes o haber dado patrocinio el recusado en favor de uno de los litigantes. Vid. Art. 82 del Código de procedimiento civil de la República Bolivariana de Venezuela, de 18 de septiembre de 1990.

jurisprudencia de tres estados: Alemania, Bélgica y Canadá, además de la Región Administrativa Especial de Hong Kong. La elección viene determinada por un criterio de disponibilidad de fuentes bibliográficas²⁴⁵, además de la búsqueda de la representatividad de diversos sistemas jurídicos.

En primer lugar, surge la duda acerca de la correspondencia que pueda existir en los distintos ordenamientos jurídicos entre los estándares de imparcialidad de jueces y los ídem de árbitros. En Alemania, por un lado, de manera parecida a lo que sucedía en Italia y España, la regulación del arbitraje, contenida en la ZPO²⁴⁶, se remitía a las causas de recusación y abstención de jueces y magistrados a la hora de regular la imparcialidad de los árbitros. Esta disposición fue modificada en 1998, pero, a pesar de ello, cierta jurisprudencia de los altos tribunales de los estados federados aún aplica dicha regla²⁴⁷. Con referencia a Bélgica, se ha de tener en cuenta que su jurisprudencia ha afirmado que las causas de recusación aplicables a los árbitros son las mismas que la de los miembros del Poder Judicial –art. 820 del *Code Judiciaire*²⁴⁸. Parece, entonces, que tanto en la jurisprudencia alemana como en la belga subyace una idea opuesta a la defendida por la mayoría de los tribunales españoles: las causas de abstención y recusación de jueces son aplicables a los árbitros. Ello, recordemos, a pesar de que todas estas regulaciones de arbitraje están inspiradas en la Ley Modelo de la CNUDMI.

²⁴⁵ En este sentido, se ha echado mano en este trabajo en varias ocasiones del *Digesto de jurisprudencia del CNUDMI* de 2012 –en inglés, *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*–, el más reciente de que se dispone. Dicho documento se puede consultar *online* en <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>. Para este apartado en concreto, vid. págs. 65-67. También se ha consultado la base jurisprudencial de la Deutsche Institution für Schiedsgerichtbarkeit, disponible en <http://www.disarb.org/de/47/datenbanken/uebersicht-id0>. Consultado el 01/X/2018.

²⁴⁶ Vid. Libro 10º, párrafos 1025-1066. En Alemania se ha optado por el sistema monista. Un apunte interesante acerca de la regulación alemana del arbitraje es la que aporta TUCCILLO, al recordar la figura que consagraba la anterior redacción del párrafo 1025.2 de la ZPO, conocido como protección de la parte débil –en el texto original en alemán, *Schutz der schwächere Partei*–, según la cual, allí donde la cláusula arbitral atribuía privilegios desmesurados a una de las partes, especialmente en lo que hace a la designación de los miembros del tribunal arbitral, dicha cláusula era tenida por nula. Vid. TUCCILLO, R.; *L'imparzialità dell'arbitro. Profili comparatistici*; LUISS, Roma, 2012 [Tesis doctoral]; págs.134-135.

Aunque la redacción ha sido sustituida, de manera que a día de hoy regula el ámbito de aplicación del arbitraje, la dicción del artículo 1034, apartado 2, establece que cuando una de las partes mantenga preponderancia –en el texto original en alemán, *Übergewicht*– que perjudique a la otra parte en lo que hace a la designación del tribunal arbitral, la parte perjudicada podrá acudir al juez, bien para que proceda a nombrar a otro árbitro, bien para que establezca unas nuevas normas de nombramiento.

²⁴⁷ Así, v. gr., en el expediente 26 Sch 8/07, resuelto el 04/10/2007, OLG Frankfurt am Main; y en el expediente 34 SchH 7/13, resuelto el 03/01/2014, OLG München, disponible en <http://www.disarb.org/de/47/datenbanken/rspr/olg-münhen-az-34-schh-7-13-datum-2014-01-03-id1556>. Consultado el 01/X/2018.

²⁴⁸ Sentencia 1997/AR/2276 de 8 de octubre de 2001 de la CA de Bruselas. Se encuentra disponible *online* en http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20011008-6. Consultado el 01/X/2018.

Para analizar la jurisprudencia más casuística, se hace necesario recurrir a las categorías de causas de recusación y abstención dibujadas más arriba, es decir, la prohibición de relación profesional, familiar, de amistad o de enemistad con las partes; la prohibición de mantener un interés personal en la causa y la prohibición de mantener un contacto previo con el objeto del litigio.

Dentro de la jurisprudencia alemana y, en lo que hace a las relaciones de amistad entre la parte y el árbitro, se puede traer a colación la sentencia en que el OLG de Múnich declaró que la comunicación extraprocesal, aun esporádica, entre un abogado y el árbitro-presidente, cuando existen serias sospechas de que éste le adelanta el contenido de las decisiones a aquél, hace surgir serias dudas acerca de la imparcialidad del árbitro²⁴⁹. Esta decisión es opuesta a la que el Alto Tribunal de Hong Kong tomó en un asunto, en el que se alegaba que el árbitro se había negado a revelar detalles de conversaciones que había tenido con la parte sobre aspectos que no atañían al fondo del asunto, sino que eran concernientes a la idoneidad de los posibles candidatos para presidir la formación arbitral²⁵⁰.

En cuanto a qué se debe colegir de un trato excesivamente favorable entre los asesores de las partes y los miembros del tribunal arbitral, la jurisprudencia belga ha entendido que la imparcialidad está en riesgo si el árbitro desayuna con alguna de las partes, si demuestra una familiaridad excesiva o si se comporta como portavoz de la parte que lo ha nombrado²⁵¹. A una conclusión contraria llegó el OLG de Berlín en un asunto en que el defensor de una de las partes trataba con familiaridad al árbitro, llamándolo por su nombre de pila²⁵².

En esta primera categoría, de relaciones entre las partes y los árbitros, cobra un peso especial la jurisprudencia acerca de relaciones comerciales o profesionales entre las partes, o sus representantes técnicos, y los árbitros. Este extremo fue tratado por el OLG de Hamm, que tuvo la oportunidad de declarar como respetuosa con los requisitos de imparcialidad la relación profesional entre un árbitro y la parte, en donde aquél era un consultor jurídico y ésta una empresa proveedora de equipamientos automovilísticos, quienes, alrededor de diez años antes del inicio del litigio arbitral habían convenido contratar un servicio de

²⁴⁹ Vid. Expediente 34 SchH 7/13, resuelto el 03/01/2014, OLG München, disponible en <http://www.disarb.org/de/47/datenbanken/rspr/olg-muenhen-az-34-schh-7-13-datum-2014-01-03-id1556>. Consultado el 01/X/2018.

²⁵⁰ Vid. Sentencia de HKCFI en el caso *Pacific China holdings Ltd. v. Grand Pacific Holdings Ltd.*; disponible *online* en <http://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkcfi/2007/715.html>. Consultado el 01/X/2018.

²⁵¹ Resolución del Tribunal Civil de Charleroi (Bélgica) de 1978, citada en KEUTGEN, G; «*L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit belge...*»; pág. 289.

²⁵² Sentencia del OLG Berlin de 07/07/2010, recogida en TUCCILLO, R.; *L'imparzialità dell'arbitro...*; pág. 142.

asesoría jurídica para la adquisición de otra empresa²⁵³. Por otro lado, otro tribunal ha entendido que una relación profesional reversa –es decir aquella en que se plantea la parcialidad de un abogado que ha sido el representante técnico de distintos demandantes frente a la empresa que ahora ejercitaba la recusación– no erige dudas razonables sobre la parcialidad del árbitro, por cuanto que es la función de los abogados verter en el foro todos los argumentos legales favorables a sus clientes, sin que ello signifique que suscriben dichos argumentos²⁵⁴.

En Hong Kong, el HKCA desestimó la solicitud de nulidad del laudo por parcialidad del árbitro en un asunto en que éste y un abogado de la parte habían formado parte del HKIAC en calidad de árbitros y, además, habían compartido mesa en diversas conferencias sobre arbitraje²⁵⁵. A un supuesto de hecho muy similar se enfrentó el OLG de Fráncfort del Meno, cuando concluyó que el hecho de que el abogado de una de las partes hubiera publicado un artículo académico en una revista científica de la que era director el presidente del tribunal arbitral y que, además, ambos pertenecieran a una misma asociación de arbitraje, no era óbice para que surgieran dudas acerca de la imparcialidad del árbitro afectado²⁵⁶.

En lo concerniente a relaciones profesionales de mayor intensidad, se debe citar otra sentencia del OLG de Fráncfort del Meno en la que se entendió que si el abogado de la parte es socio profesional del árbitro, éste no supera el test de

²⁵³ Vid. Expediente 17 SchH 13/01, resuelto el 22/07/2002, OLG Hamm, disponible en <http://www.disarb.org/de/47/datenbanken/rspr/olg-hamm-az-17-schh-13-01-datum-2002-07-22-id238>. Consultado el 01/X/2018.

²⁵⁴ Vid. Expediente 6 SchH 03/02, resuelto el 11/03/2003, HansOLG Hamburg, disponible en <http://www.disarb.org/de/47/datenbanken/rspr/hanseat-olg-hamburg-az-6-schh-03-02-datum-2003-03-11-id216>. Consultado el 01/X/2018.

²⁵⁵ Sentencia del HKCA en el asunto Jung Science Information Technology Co. Ltd. v. Zte. Corporation, de 22/VII/2008. Disponible online en <http://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkcfi/2008/606.html>. Consultado el 01/X/2018.

²⁵⁶ Vid. Expediente 26 Sch 8/07, resuelto el 17/01/2008, OLG Frankfurt, disponible en <https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=2008&n=1&s=96&z=SCHIEDSVZ>. Consultado el 01/X/2018.

Esta idea, de que un posicionamiento académico no rompe con la imparcialidad de los juzgadores, parece tener ascendente en la cultura jurídica alemana. Una ilustración de ello la ofrece Burkhard HESS, que cita una resolución del *Bundesgerichtshof* de 2002 –*BGH, BJW*, 2002, págs. 2396 y ss.–, en la que el tribunal desestimó la solicitud de recusación del presidente de una Sección y de otro magistrado de la misma que habían participado en un Congreso de Derecho bancario y habían expuesto en dicho congreso un estudio acerca de lo que consideraban la interpretación jurídica de una Directiva europea, siendo que el objeto de la apelación era la reinterpretación de dicha Directiva. El BGH en su motivación, subrayó los beneficios de un diálogo entre jueces y abogados. Vid. HESS, B.; «*L'impartialité du juge en droit allemand...*»; op. cit., pág. 164.

Debe tenerse en cuenta, por último que la BVerfGG, es decir, la Ley que desarrolla las competencias y regula el funcionamiento del Tribunal Constitucional alemán, al abordar la abstención y recusación de los magistrados de dicho tribunal, les prohíbe a éstos poder enjuiciar un caso si han tenido algún contacto previo con el objeto del litigio, excepto si ese contacto proviene de la colaboración en el procedimiento legislativo o si se trata de la emisión de una opinión académica acerca de una cuestión jurídica relevante. Vid. Art. 18.3 BVerfGG.

imparcialidad establecido²⁵⁷. Finalmente, en 2001, la CA de Bruselas tuvo que decidir si la fusión de los bufetes del abogado de una de las partes y el de uno de los árbitros durante la celebración del arbitraje contravenía los estándares de independencia e imparcialidad. La CA entendió, aplicando lo que se cree un criterio muy poco garantista, que la incipiente relación profesional no contravenía los estándares exigibles, por cuanto que, a pesar de que negociaciones para la fusión habían tenido lugar antes y durante la celebración del arbitraje, ello no era suficiente, a juicio del tribunal, para convertir al árbitro recusado en consejero de la parte²⁵⁸.

Este último asunto hace frontera con la siguiente categoría de prohibiciones impuestas por la necesidad de imparcialidad: la ausencia de interés personal en la causa. No es fácil encontrar litigios que tengan por objeto una recusación o una acción anulatoria del laudo basados en un interés personal del árbitro en la causa. Un caso de este tipo tuvo que ser resuelto por el QCA canadiense, el cual tuvo que dilucidar si un ministro, cuyo Ministerio financiaba a una de las partes en un contrato de construcción y explotación de un barco de pesca, podría actuar como árbitro imparcial, según estipulaba la cláusula arbitral contenida en dicho contrato. El Tribunal entendió que dicha cláusula no respetaba la exigencia de imparcialidad, de modo que la declaró ilegal²⁵⁹, se entiende que con buen criterio, ya que, siendo parte del contrato principal, no cabe duda de que es imposible erigirse en árbitro imparcial.

En lo que hace a la última de las tres categorías de supuestos que violan la exigencia de imparcialidad, es decir, la de evitar el prejuicio que causaría un contacto previo con la causa, los tribunales alemanes han sido especialmente estrictos. Así, por ejemplo, se ha decidido por parte del HansOLG de Hamburgo, que una consulta entre una parte y un perito acerca de temas que posteriormente son objeto de arbitraje impide que dicho perito pueda desempeñar posteriormente la función arbitral con imparcialidad²⁶⁰. A la misma conclusión ha de llegarse, según el OLG de Karlsruhe, cuando actúa como árbitro un perito judicial designado

²⁵⁷ En sentencia del tribunal de Primera Instancia de Bautzen de 1996, citada en TUCCILLO, R.; *L'imparzialità dell'arbitro...*; op. cit., pág. 142.

²⁵⁸ Sentencia de la CA de Bruselas 1997/AR/2276, de 8/X/2001. Disponible *online* en http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20011008-6. Consultado el 01/X/2018.

²⁵⁹ Sentencia de la QCA en el asunto *Desbois v. Industries A.C. Davie Inc.*, de 26/IV/1990. La sentencia se puede consultar *online* en <http://canlii.ca/t/1pjlq>. Consultado el 01/X/2018.

²⁶⁰ Vid. Expediente 11 SchH 01/04, resuelto el 28/06/2004, OLG Hamburg, disponible *online* en <http://www.disarb.org/de/47/datenbanken/rspr/hanseat-olg-hamburg-az-11-schh-01-04-datum-2004-06-28-id284>. Consultado el 01/X/2018.

de oficio en otro proceso en el que participaron las mismas partes y cuyo objeto estuviera relacionado con el del arbitraje²⁶¹.

1.4.3 Independencia e imparcialidad en los ordenamientos que no se han basado en la Ley modelo CNUDMI

El estudio del Derecho comparado de los Estados cuya reglamentación del arbitraje no está basada en la Ley Modelo de la CNUDMI muestra que las regulaciones de la imparcialidad de los árbitros, si bien encierran múltiples diferencias y matices, se pueden clasificar en cinco categorías graduadas. La graduación va desde la remisión a las causas de abstención y recusación que se establecen para los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria, la opción más garantista, a la no inclusión en la legislación de la obligación de imparcialidad para los árbitros, la opción menos garantista. En medio, se acomodarían la lista *ex profeso* de causas de abstención y recusación, la cláusula, de inspiración anglosajona, acerca de las dudas razonables acerca de la imparcialidad y, finalmente, la cláusula general por la cual se establece que los árbitros deben actuar de manera imparcial.

En el extremo menos garantista, se situaría, por ejemplo, el caso de Pakistán. La Ley de arbitraje de aquél país, promulgada en 1940, aún bajo el dominio británico, no contiene ninguna previsión acerca de la imparcialidad, independencia o neutralidad del árbitro. Según HUSSAIN, esto no impide que haya recusaciones por causa de la imparcialidad²⁶². El obstáculo se salva otorgando una interpretación amplia de la Sección 30 de la Ley, que regula las causas de anulación del laudo. Entre esas causas se halla el hecho de que el árbitro presente una conducta indebida –en el texto original en inglés, *misconduct*. A partir de ahí, según afirma este autor, la jurisprudencia ha diferenciado entre conducta indebida legal y moral, refiriéndose la segunda a la parcialidad del árbitro.

Al limitarse a afirmar sin más el deber de imparcialidad, se hace recaer la confección de las causas de abstención en la jurisprudencia, con lo cual se antojan poco garantista las soluciones que han adoptado, v. gr., el NCPC de Francia, el título de arbitraje del Código (federal) de los Estados Unidos y en las Reglas de Práctica

²⁶¹ Vid. Expediente 10 Sch 02/06, resuelto el 04/07/2006, OLG Karlsruhe, disponible en <http://www.disarb.org/de/47/datenbanken/rspr/olg-karlsruhe-az-10-sch-02-06-datum-2006-07-04-id1294>. Consultado el 01/X/2018.

Recoge TUCILLO una sentencia del OLG Berlin, en la que, ante un supuesto de hecho similar, también se llega a la misma conclusión. Se trata de una resolución con fecha de 07/07/2010. Vid. TUCILLO, R.; *L'imparzialità dell'arbitro...*; op. cit., pág. 142.

²⁶² HUSSAIN, R.; «*International Arbitration in Pakistan*» en *Key Law Reports Pakistan*; Lahore, 2012; pág. 6.

Civil de Nueva York. En el NCPC francés, reformado en 2011²⁶³, el artículo 1457 dicta que «compete al árbitro proseguir su misión hasta el término de ésta, a menos que se justifique un obstáculo –en el texto original en francés, *empêchement*- o una causa legítima de abstención o recusación», lo que se completa con el deber de los árbitros, impuesto en el artículo anterior, de revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su independencia o imparcialidad. Como se ve, no se explicita qué supuestos constituirían una quiebra de la imparcialidad de los árbitros, labor que se deja a la jurisprudencia²⁶⁴. Dentro de esta clasificación encaja también el artículo 10.a del título 9 del USC, que establece que los tribunales federales podrán revocar el laudo si en él «hubo parcialidad evidente o corrupción, o ambos». En términos muy similares se expresan las normas del arbitraje interno en el estado de Nueva York (Estados Unidos). En este caso, en la regulación acerca de la revocación del laudo, se estipula que «el tribunal (de justicia) debe revocar un laudo si [...] ha habido parcialidad evidente por parte de un árbitro designado como neutral»²⁶⁵.

Un escalón por encima de esta opción, se encuentra la solución, adoptada también en la Ley Modelo CNUDMI, del estándar de recusación de «las dudas razonables». Se trata de una reformulación del *reasonable apprehension test* estudiado más arriba. En esta opción se encuadrarían la AA de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte de 1996 y la LAV de Portugal de 2011. La primera de ellas

²⁶³ El Décret n° 2011-48 francés sobre la reforma del arbitraje, de 14/I/2011, está disponible *online* en

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023417517&categorieLien=id>. Consultado el 01/X/2018.

²⁶⁴ Y lo cierto es que en este punto la jurisprudencia francesa no es clara. Destaca CLAY que, para el caso de los jueces civiles, la Cass. había establecido que las causas de recusación no se agotan en aquéllas recogidas en el NCPC, de manera que, junto con HENRY, ambos autores entendían que dicha doctrina era aplicable a los árbitros. Con ello, se conseguía que los árbitros estuviesen sometidos a un régimen de independencia e imparcialidad más estricto que el que se recogía en el NCPC. Vid. CLAY, T.; *L'Arbitre...*; op. cit., págs. 369-370; y HENRY, M; «*Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente*» en *Révue de l'arbitrage*, núm. 1, 1993; págs. 193 y ss. El artículo 341 NCPC, que trata de las causas de recusación remite al art. 117 del COJ que ya se abordó en el apartado relativo a las garantías de la imparcialidad.

La jurisprudencia más reciente gira sobre todo en torno al deber de revelación, y en tal sentido ha establecido que es causa de recusación un cumplimiento deficiente del deber de revelación (Sentencia del Cass. 1ère. Civ., de 1/II/2012; 11-11.084. Sentencia de la CA de Paris, pôle 1, Chambre 1, de 3/VI/2015), pero que cuando la falta de información de tal deber de revelación es posible subsanarlo mediante una simple búsqueda en internet, entonces no se puede alegar desconocimiento de tal información (Sentencia de la CA de París, pôle 1, chambre 1, de 14/III/2017; 15/19525); en otro orden de cosas, en una sentencia bastante conocida, se ha sostenido que, aun cuando la cláusula arbitral quebrara los estándares de independencia e imparcialidad al nombrar como árbitro único al presidente de una de las partes, tal quiebra no se puede hacer valer tres años después de haber acordado dicha cláusula (Sentencia del Cass. 1ère. civ., de 1/IV/2017; 16/15886).

²⁶⁵ Vid. Artículo 7511 de las Reglas de Práctica Civil de Nueva York. Cfr. Con sección 682.12 de los Estatutos de Florida. La referencia «árbitro neutral» se entiende a raíz de la historia jurídica de Estados Unidos en que, como se ha visto más arriba, existía la costumbre de que los árbitros designados por las partes actuaran como representantes de los intereses de dichas partes.

simplemente articula, como mecanismo para asegurar la imparcialidad, la recusación ante el tribunal de justicia competente (art. 24)²⁶⁶. En el segundo caso, la Ley portuguesa recoge la cláusula general de que los árbitros deben ser independientes e imparciales (art. 9.3), a la vez que norma las causas de recusación en los siguientes términos: «un árbitro sólo puede ser recusado si existiesen circunstancias que puedan suscitar dudas fundadas sobre su imparcialidad o independencia...» (art. 13.3)²⁶⁷.

²⁶⁶ Al entender de SANDY, los tribunales ingleses han seguido los criterios de imparcialidad e independencia aplicables a los jueces cuando han tenido que decidir sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros. En el momento en que fue promulgada la AA de 1996, el test que se solía seguir era el del riesgo real, pero esta situación cambió posteriormente tras la sentencia *Magill v. Porter* de 2001 de la UKHL, que vuelve a declarar aplicable el criterio de la sospecha razonable se ha abierto otra vez el interrogante de qué criterio seguir en el arbitraje. Más allá de que parezca razonable aplicar el segundo criterio, que es más estricto –entiende que no sólo vulnera la imparcialidad el árbitro que es efectivamente imparcial, sino también aquél que no parece serlo-, SANDY sostiene que existen razones para excluir tal criterio: que la doctrina de *Magill v. Porter* ha sido influenciada por el CEDH, que se refiere a los jueces, pero no a los árbitros, cuya función no es de carácter público; que se puede entender que, al optar por el arbitraje, las partes han excluido la aplicación del CEDH a la resolución de sus litigios y, finalmente, que adoptar el test de *Magill v. Porter* podría traer como consecuencia que se planteen recursos injustificados contra los laudos arbitrales. Vid. SANDY, D.; «*Independence, Impartiality...*»; op. cit., págs. 305-322.

Una aplicación práctica del último criterio citado ha tenido lugar en *Sierra Fishing Co. et al v. Farran et al.* En este caso, el árbitro nombrado por los demandantes fue apartado, aplicando el EWHC el test de *Magill c. Porter*, y llegando a la conclusión de que el árbitro recusado había vulnerado las exigencias de imparcialidad por tres razones: haber tomado parte en las negociaciones fallidas de acuerdo extrajudicial entre las partes, haber trabajado en el pasado para el banco de uno de los demandantes que le habían nombrado y haber mostrado, mediante sus declaraciones, una parcialidad subjetiva. Vid. Sentencia de EWHC en el asunto *Sierra Fishing c. Farran*, de 30/1/2015.

Por otro lado, WELSH ha destacado que en Inglaterra los *solicitors* y *barristers* que actúen como árbitros lo hacen vinculados por sus códigos de conducta, los cuales les obligan a abstenerse de quebrar su independencia prestando servicios a clientes con los cuales presenten conflictos de intereses. Vid. WELSH, A.; «*Arbitration Guide – England and Wales*»; Arbitration Committee, Londres, 2018, págs. 9-10. El código de conducta de los *solicitors* de Inglaterra y Gales se puede consultar *online* en <https://www.sra.org.uk/solicitors/handbook/code/content.page> (vid. sec. 3). Consultado el 01/X/2018.

²⁶⁷ Entiende PEREIRA DE MIRANDA que la mejor manera de determinar las causas de recusación es atender a las causas de revelación y, para ello, remitirse a las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional. Vid. PEREIRA DE MIRANDA, A.; «*Dever de revelação e direito de recusa de árbitro – considerações a propósito dos artigos 13 e 14 da Lei de Arbitragem Voluntária*» en *Revista da Ordem dos Advogados*; vol. IV, 2013; págs. 1265-1299. La posición de este autor ha sido refrendada por cierta jurisprudencia, que entiende que las causas de recusación de los árbitros han de ser abordadas conjugando los motivos de recusación de los magistrados con ciertas normas de *Soft Law*, entre ellas, las Directrices IBA citadas (Vid. Sentencia del TR de Oporto, de 3/VI/2014; 583/12.2TVPR.T.P1).

Más allá de esta posición, lo cierto es que la jurisprudencia ha entendido que el árbitro que ha sido objeto de nombramientos continuos del mismo árbitro por el mismo despacho de abogados puede quebrar la apariencia de imparcialidad (los nombramientos se habrían producido hasta en 50 ocasiones, 19 veces con la misma demandante. Vid. Sentencia TR de Lisboa, de 24/III/2015; 1361/14.0YRLSB.L1-1), que mantener posturas doctrinales totalmente contrarias a las de una parte no produce una quiebra de imparcialidad (Sentencia TR de Lisboa, de 1/II/2018; 1320/17.0YRLSB-8), que un hipotético error en la aplicación del Derecho no es óbice para que surjan dudas acerca de la independencia e imparcialidad de un árbitro (Sentencia TR de Lisboa, de 26/II/2015; 575/14.7YRLSB.L1-8).

Otra solución es la confección de una lista de causas de abstención y recusación *ex profeso*, que regulen los límites a la imparcialidad del árbitro. Prototípico en este sentido es el CdPC italiano, cuyo artículo 815, que antes remitía a las reglas de abstención y recusación de jueces, regula desde 2006 una serie de supuestos en que la imparcialidad queda abrogada²⁶⁸. Un caso singular, por su eclecticismo, es el de los Estatutos de Florida (Estados Unidos), que, si bien por un lado añaden una cláusula idéntica a la del artículo 7511 de las Reglas de Práctica Civil del Estado de Nueva York en lo referente a la anulación del laudo (sección 682.12), por otro lado, cuando establecen el deber de revelación (sección 682.041), enumeran hechos que pueden afectar con probabilidad la imparcialidad del árbitro y en los que, por ello, el deber de revelación debe ser cumplido con más pulcritud. Estos hechos son: el tener un interés financiero o personal en el resultado del litigio arbitral y el tener o haber mantenido una relación –entiéndase de amistad, laboral, profesional, etc.- con las partes, sus abogados, representantes, testigos u otros árbitros.

Por último, existen regulaciones que remiten directamente a las normas orgánicas sobre abstención y recusación de miembros del Poder Judicial. Como se ha visto, las anteriores redacciones de las normas italiana y alemana han acogido en el pasado tal solución, y aún a día de hoy lo hace la venezolana, a pesar de estar basada en la Ley Modelo de la CNUDMI. Pero este también fue el caso, en el pasado, de las leyes de arbitraje españolas de 1953 y 1988. Aquélla, en su artículo 20, establecía que «no podrán ser nombrados árbitros quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un juez», aunque las partes podían en este caso dispensar esta circunstancia. La de 1988 recogía, en su artículo 17.1, que «los árbitros podrán ser recusados por las mismas causas que los jueces, con las especialidades de los párrafos siguientes». Dichas especialidades se referían al momento temporal en que operaban dichas causas: después de la designación, a menos que llegasen a ser conocidas por la parte que no había nominado al árbitro recusable tras dicha designación. Esta idea aún tiene peso en la doctrina y jurisprudencia española²⁶⁹.

²⁶⁸ Esos supuestos son: el tener interés directo en la causa, paradigmáticamente, por ser administrador de una sociedad que es parte del litigio; por ser pariente, conviviente o comensal de una de las partes; por tener una causa contra alguna de las partes o ser enemigo de alguna de ellas; por haber mantenido una relación laboral o profesional como subordinado con alguna de las partes; por ser tutor o curador de una de las partes y, finalmente, por haber prestado asistencia profesional a una de las partes en una fase precedente del asunto.

²⁶⁹ V. gr., en la SAP de Las Palmas sección 4ª, 23 de marzo de 2009, Fundamento de Derecho Tercero; en esta sentencia se cita a MONTERO AROCA, aunque no se hace referencia a la obra a que se refiere. Allí la AP afirma: «Para la doctrina la independencia e imparcialidad debe entenderse para el futuro, es decir, para después de la designación, pero no comprende el pasado, al ser perfectamente posible que las partes designen como árbitro a quien ha mantenido con una o con las dos relaciones de este tipo».

Las regulaciones de Argentina y Ecuador se hallan en esta misma situación. En el caso de la Ley de Arbitraje y Mediación de 2006 de Ecuador, su artículo 21 dispone que «son causas de recusación de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces»²⁷⁰²⁷¹. Por su parte, el CPN de Argentina realiza una remisión similar en su artículo 746: «los árbitros designados por el juzgado podrán ser recusados por las mismas causas que los jueces. Los nombramientos de común acuerdo por las partes, únicamente por causas posteriores al nombramiento»²⁷².

²⁷⁰ Entienden NUQUES MARTÍNEZ y VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ que las actuaciones de los árbitros son susceptibles de control constitucional, ya que, «de no ser así, mal podría hablarse de la existencia de supremacía de la Constitución si existiere en el ordenamiento jurídico y en las actuaciones de los sujetos de Derecho, alguna actividad o práctica que escapare de la posibilidad de ser sometido a un control de esta naturaleza». Vid. NUQUES MARTÍNEZ, T.; VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, S.; «Una aproximación al arbitraje en el Ecuador desde la óptica constitucional» en PÉREZ-CRUZ MARTÍN (Dir.), NEIRA PENA, A. (Coord.); *Los nuevos retos...*; pág. 550. En tal sentido, es necesario tener en cuenta el artículo 76.6.k) de la CEc, según el cual «[e]n todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá [...]El derecho de las personas a la defensa [que] incluirá las siguientes garantías [...]Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente».

²⁷¹ Dicho Código de Procedimiento Civil ha sido derogado por la disposición derogatoria primera del COGEP de 2015. Las nuevas causas de «excusa y recusación» vienen recogidas en el art. 22 del mismo COGEP, e incluyen: «ser parte en el proceso; ser cónyuge o conviviente en unión de hecho de una de las partes o su defensora o defensor; ser pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes, de su representante legal [...] o del juzgador de quien proviene la resolución que conoce por alguno de los medios de impugnación; haber conocido o fallado en otra instancia y en el mismo proceso la cuestión que se ventila u otra conexa con ella; retardar de manera injustificada el despacho de los asuntos sometidos a su competencia; haber sido representante legal, mandatario, procurador, defensor, apoderado de alguna de las partes [...] haber intervenido como mediador; haber manifestado opinión o consejo [...] sobre el proceso que llega a su conocimiento; tener o haber tenido [...] proceso con alguna de las partes [...]; tener con alguna de las partes o sus defensores amistad íntima o enemistad manifiesta, tener interés personal en el proceso por tratarse de sus negocios [...]».

²⁷² Es decir, se realiza una remisión al artículo 17 CPN, que contiene los siguientes motivos tasados de recusación: «parentesco [...] con alguna de las partes, sus mandatarios o letrados; tener el juez [...] interés en el pleito o en otro semejante, o sociedad o comunidad con alguno de los litigantes, procuradores o abogados, salvo que la sociedad fuese anónima; tener el juez pleito pendiente con el recusante; ser el juez acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes, con excepción de los bancos oficiales; ser o haber sido el juez autor de denuncia o querrela contra el recusante, o denunciado o querrellado por éste con anterioridad a la iniciación del pleito; ser o haber sido el juez denunciado por el recusante en los términos de la ley de enjuiciamiento de magistrados, siempre que la Corte Suprema hubiere dispuesto dar curso a la denuncia; haber sido el juez defensor de alguno de los litigantes o emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado; haber recibido el juez beneficios de importancia de alguna de las partes; tener el juez con alguno de los litigantes amistad que se manifieste por gran familiaridad o frecuencia en el trato; tener contra el recusante enemistad, odio o resentimiento que se manifieste por hechos conocidos. En ningún caso procederá la recusación por ataques u ofensa inferidas al juez después que hubiere comenzado a conocer del asunto». En cuanto al órgano decisorio de la propuesta de recusación, éste no es otro que la jurisdicción ordinaria, lo cual, según REDONDO GARCÍA, «se convierte en una fuente de demoras». Vid. REDONDO GARCÍA, F.; «El arbitraje en Argentina» en PÉREZ-CRUZ MARTÍN (Dir.), NEIRA PENA, A. (Coord.); *Los nuevos retos...*; págs. 605-607.

1.5. Independencia e imparcialidad en el arbitraje entre inversores y Estados distintos al sistema CIADI

En los TBI y TMI es común que se estipule que la solución de controversias se deba dirimir, bien ante el CIADI, bien mediante arbitraje *ad hoc* siguiendo las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. En algunos casos, mucho menos abundantes, se administra arbitraje institucional, normalmente ante la Cámara de Comercio Internacional sita en París²⁷³ o ante la Cámara de Comercio de Estocolmo²⁷⁴. Si a 31 de julio de 2017, se habían incoado 467 arbitrajes según las Reglas CIADI y 54 según el Mecanismo Complementario CIADI, la cifra de arbitrajes según las Reglas CNUDMI ascendía a 262, ante la CCE a 45 y ante la CCI a 14²⁷⁵. La discusión acerca de la independencia e imparcialidad en el sistema CIADI se dejará para el apartado siguiente y aquí se abordará brevemente la estructuración de ambos principios en las Reglas de arbitraje de la CCI, la CCE, y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

En el caso de los dos supuestos analizados de arbitraje institucional, o sea, la CCI y la CCE, los sendos Reglamentos de Arbitraje enuncian que «todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje» (art. 11.1 Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2012, reformado en 2017²⁷⁶) y que «todo árbitro debe ser imparcial e independiente»²⁷⁷ (art. 18.1 Reglamento de Arbitraje de la CCE de 2017²⁷⁸). Sin embargo, en el caso de la CCI, la regulación es realmente escueta y no se establece ningún estándar de imparcialidad. Esta situación es

²⁷³ Se prevé el arbitraje ante la CCI en, v. gr., el TBI entre Cuba y España de 1995 o el TBI entre Argentina y Rusia de 1998. Cfr. Nota al pie siguiente.

²⁷⁴ Es el caso, v. gr., del TBI entre la URSS y el Reino Unido de 1989 –recuérdese que la Federación Rusa es *de facto* y *de iure* el Estado sucesor de la URSS, por lo cual este TBI sigue vigente–, del TBI entre Venezuela y Rusia de 2009. La posibilidad de arbitrar ante la CCE también viene prevista en el TCE de 1994. Se debe tener en cuenta también que algunos TBI, como el firmado entre Argentina y EEUU de 1992 o el firmado entre Ecuador y EEUU de 1993, prevén la posibilidad de pleitear ante cualquier otra institución arbitral, lo que abriría la posibilidad a una constelación de instituciones, como el HKIAC, la Corte de Arbitraje de Londres, la DIS, la CPA, la CAM, etc.

²⁷⁵ Vid. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByRulesAndInstitution>. Consultado el 01/X/2018.

²⁷⁶ Disponible en *online* en <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf>. Consultado el 1/X/2018.

²⁷⁷ Similares redacciones se encuentran en el art. 11.1 del Reglamento de Arbitraje institucional del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, el art. 11.1 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid o en el art. 9.1 del Reglamento de Arbitraje de la Institución Alemana de Arbitraje. Sin embargo, aún no se puede hablar de que sea una declaración generalizada en todos los reglamentos de arbitraje institucional. Por ejemplo, la declaración de que los árbitros deben permanecer independientes e imparciales está ausente en las Reglas de Procedimiento del Tribunal de Reclamaciones Irán-EEUU (si bien en este Tribunal se suelen aplicar las Reglas de Arbitraje CNUDMI) así como tampoco estaban recogidas en las Reglas Opcionales de Arbitraje para dos partes en la que una es un Estado, de la CPA; pero también en las Reglas de la CPA de 2012, que las sustituyen.

²⁷⁸ El Reglamento en versión en lengua inglesa está disponible *online* en https://sccinstitute.com/media/220137/arbitration_rules_spanish_17_web.pdf. Consultado el 1/X/2018.

diferente en el caso de las reglas de arbitraje de la CCE, cuyo artículo 19.1 habilita a las partes a recusar a los árbitros «si existen circunstancias que den lugar a dudas justificables sobre la imparcialidad o independencia» de dicho árbitro. En cuanto a los órganos encargados de decidir son, en el caso de la CCE, el consejo –o Junta (directiva), en original en inglés, *Board-* (Art.15.4) y, en el caso de la CCI, la Corte (art. 14.3)^{279 280}.

La laxitud de las redacciones en torno al deber de «imparcialidad e independencia» de los árbitros y el estándar de recusación obliga a atender a la práctica de ambas instituciones si se desea comprender el alcance de dicho deber en ambos sistemas. Sin embargo, dos circunstancias hacen que esta labor sea verdaderamente ardua: la primera, que las resoluciones de la CCE son confidenciales y no están disponibles al público, y, además, en el caso de la CCI, las Reglas de arbitraje prevén que las razones que motivan las decisiones de la Corte

²⁷⁹ En palabras de la ex Secretaria General de la CCI, Anne Marie WHITESELL, las recusaciones son decididas en sesión plenaria, en la que suelen participar entre 35 y 45 representantes de los 88 países miembros de la CCI, que debaten la propuesta elaborada por uno de los miembros con la información presentada por el Secr. Gral. La solución suele ser alcanzada mediante consenso, siendo poco usual tener que recurrir a la votación. Vid. WHITESELL, A.M.; «*Independence in ICC Arbitration: ICC Court practice concerning the appointment, confirmation, challenge and replacement of arbitrators*» en *ICC Supplement*; 2007; págs. 37-38.

²⁸⁰ En todas las instituciones analizadas, la decisión acerca de la solicitud de recusación corresponde a un tercer órgano. Así, v. gr., en el art. 11.9 del Reglamento de Arbitraje institucional del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, se establece que «corresponderá al HKIAC –las siglas en inglés del Centro de Arbitraje Internacional de Hong- decidir sobre la recusación»; precepto que debe ser puesto en relación con el art. 3.3 de dicho Reglamento, según el cual, «las referencias en el Reglamento a HKIAC se entenderán hechas al Consejo de la HKIAC o a cualquier comité, sub-comité u otro órgano o persona específicamente designada por dicho consejo para desempeñar las funciones previstas en el Reglamento o, cuando proceda, al Secr. Gral. de la HKIAC en dicho momento y a cualquier otro miembro del personal de la Secretaría de la HKIAC», sin embargo, en respuesta a una consulta escrita por parte del autor de la tesis, la HKIAC explicó que la competencia para decidir las recusaciones corresponde al Comité de Procedimientos –en original en inglés, *Proceedings Committee*. También en el art. 15.1 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, donde se prevé que «corresponderá a la Corte decidir sobre las recusaciones formuladas»; en el art. 15.4 del Reglamento de Arbitraje de la Institución Alemana de Arbitraje, se prevé que decida el Consejo de la Institución –en alemán en original, der *DIS-Rat*. Finalmente, tanto las Reglas de Procedimiento del Tribunal de Reclamaciones Irán-EEUU como las Reglas de la CPA establecen que sea la autoridad nominadora la que decida acerca de la recusación. Esta parece ser una solución con una clara influencia de las Reglas CNUDMI, como se verá.

En todo caso, no es una solución exenta de problemas y así, por ejemplo, suele ser el mecanismo previsto por los tribunales de arbitraje constituidos al abrigo de los anexos VII y VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar. De 1982. Si bien dichos anexos no establecen ningún procedimiento para la recusación, sí se suele regular este particular en reglamentos ad hoc suscritos por las partes del arbitraje, en los que es común que la decisión se encargue al Presidente del TIDM –así v. gr. en el art. 8.5 del asunto CPA nº 2013-19 entre la República Popular China y la República de Filipinas; o en el art. 6.4 del asunto CPA nº 2013-30 entre el Reino de Dinamarca con respecto a las Islas Faroe y la Unión Europea-; surgiendo entonces un conflicto en caso de auto-nominación, como fue el caso en el asunto Italia v. India –conocido como el *caso del Enrica Lexie-* o el asunto Ucrania contra Rusia, según se pone de relieve, entre otros, en TZENG, P.; «Ukraine v. Russia and Philippines v. China: *Jurisdiction and Legitimacy*», borrador de trabajo que será publicado en *Denver Journal of International Law an Policy*; 2017; págs. 20 y 21.

en lo relativo a las solicitudes de recusación no son comunicadas (art. 11.4)²⁸¹. Así, la única fuente de análisis de que se dispone es indirecta. Por un lado, la CCE emite informes bianuales que resumen la práctica en lo atinente a las recusaciones. Por otro lado, la ex secretaria general de la CCI, A. M. WHITESELL, publicó en 2007 un artículo acerca de las posturas de esta última Cámara en materia de independencia arbitral²⁸². Se debe tener en cuenta, sin embargo, que dicho artículo se refiere a la aplicación del Reglamento de Arbitraje anterior al vigente, si bien se puede afirmar que la regulación era sustancialmente igual²⁸³.

1.5.1. Independencia e imparcialidad en la Cámara de Comercio Internacional

La ex secretaria general de la CCI advierte que «la Corte no aplica un único estándar a todos los asuntos, sino que resuelve las cuestiones atendiendo a sus fundamentos»²⁸⁴. Además, parece que se puede afirmar que en la CCI tienen mucho peso, a la hora de resolver las propuestas de recusación, circunstancias que se pueden calificar como ajenas al objeto de la recusación. Se hace así referencia continua a que la Corte de la CCI tiene en cuenta condiciones como la buena o mala fe de las objeciones de las partes a la recusación o el ánimo dilatorio²⁸⁵. Todo ello hace que la doctrina de la CCI no sea consistente ni sistemática.

En todo caso, del estudio de WHITESELL se pueden extraer ciertos resultados de la práctica de la Corte. Así, en primer lugar, se puede decir que en lo relativo a las relaciones profesionales de los árbitros con las partes, la CCI ha entendido que no es independiente²⁸⁶ aquél árbitro que actúa como asesor jurídico de una de las

²⁸¹ La no motivación de las decisiones es vista de forma positiva por la ex Secretaria General de la CCI, que argumenta que, primero, que el sistema de la CCI permite tomar una decisión por parte de una altamente diversa representación de sistemas jurídicos sin que sea necesario llegar a un acuerdo acerca de las razones de la decisión, segundo, el sistema permite llegar a soluciones justas y eficientes, tercero, si la Corte tuviese que exponer los motivos de sus decisiones, eso podría animar a que las partes iniciaran maniobras dilatorias intentando encontrar errores u omisiones en las motivaciones de la Corte. La autora, además, rechaza que la labor de la Corte sea ejercer poderes jurisdiccionales. Vid. WHITESELL, A.M.; «*Independence...*»; op. cit.; págs. 38-39.

²⁸² Se trata de WHITESELL, A.M.; «*Independence...*»; op. cit., págs. 6-41.

²⁸³ El artículo 7 de las Reglas de Arbitraje de la CCI de 1998, tenían la siguiente dicción:

«1. *Todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje [...]*

3. *El árbitro deberá dar a conocer inmediatamente y por escrito, tanto a la Secretaría como a las partes, cualesquiera hechos o circunstancias de naturaleza similar que pudieren surgir durante el arbitraje.*

4. *Las decisiones de la Corte con relación al nombramiento, confirmación, recusación o sustitución de un árbitro serán definitivas y las razones que las motivaron no serán comunicadas [...]*».

²⁸⁴ WHITESELL, A.M.; «*Independence...*»; op. cit., pág. 6.

²⁸⁵ Cfr. *Ibid.*, págs. 12, 19 y 26.

²⁸⁶ A partir de este momento, se utilizará el término independencia en el sentido de ausencia de relación del árbitro con las partes. No porque se esté de acuerdo en esa acepción, como se ha justificado supra, sino porque es una acepción de uso mayoritario en la doctrina y la práctica del arbitraje de inversiones. Además, este término será ampliado, para incluir también aquéllos

partes, aunque sea en asuntos que no están relacionados con el litigio actual²⁸⁷; ni tampoco aquel árbitro que ha prestado servicios jurídicos a una de las partes hasta unos pocos meses antes de iniciarse el arbitraje²⁸⁸; lo mismo cabe decir cuando el árbitro forma parte de una asesoría jurídica multinacional en la cual una de sus oficinas está asesorando a una de las partes, aunque se trate de una oficina diferente a aquélla en la que desarrolla sus actividades profesionales el árbitro y aunque se tomen «precauciones internas» para evitar todo tipo de contacto entre el árbitro y la parte²⁸⁹; por último, tampoco será independiente un árbitro que trabaje como funcionario público para un Ministerio de un Estado que sea parte del litigio²⁹⁰.

Por otro lado, sí fueron considerados independientes los árbitros que habían prestado servicios jurídicos a una de las partes, o habían trabajado como funcionarios públicos para un Estado que sea parte del litigio si aquellos servicios o esta relación laboral-funcionarial fueron prestados hace por lo menos más de cuatro años²⁹¹; a idéntica conclusión se llegó en un caso en el que, en el marco de un seminario académico, el árbitro había ofrecido sus servicios profesionales a la parte que posteriormente lo nominó²⁹²; finalmente, también es independiente a los ojos de la CCI aquél árbitro que hubiese expresado por escrito opiniones políticas contrarias al Estado que fuese parte de un determinado litigio sobre el que debía decidir²⁹³.

En lo relativo a las relaciones profesionales de los árbitros con los asesores jurídicos de las partes, la Corte ha entendido que contraviene la obligación de independencia el árbitro que trabaja en una asesoría jurídica que está asociada con aquélla de una de las partes²⁹⁴; también lo contraviene el árbitro que figura como miembro en la página *web* de la asesoría de una de las partes y que comparte con aquélla dirección y número de teléfono²⁹⁵; finalmente, no es independiente aquél árbitro que esté trabajando como abogado en otro litigio en el cual su contraparte esté siendo asesorada por la misma asesoría jurídica de una de las partes del litigio actual²⁹⁶.

En cambio, sí fueron aceptados aquéllos árbitros que eran coautores junto con los abogados de una de las partes de un manual jurídico, añadiéndose el hecho

supuestos de ausencia de contacto previo con el objeto del proceso y de interés personal en el mismo.

²⁸⁷ WHITESELL, A.M.; «*Independence...*»; Caso 3, op. cit., pág. 22.

²⁸⁸ *Ibid.*, caso 6, pág. 23.

²⁸⁹ *Ibid.*, caso 2, pág. 27.

²⁹⁰ *Ibid.*, caso 14, pág. 25.

²⁹¹ *Ibid.*, casos 2 y 5, pág. 15. Cfr. Caso 14, pág. 16; caso 1, pág. 17; caso 6, pág. 18.

²⁹² *Ibid.*, caso 1, págs. 29 y 30.

²⁹³ *Ibid.*, caso 9, pág. 31.

²⁹⁴ *Ibid.*, caso 3, pág. 20. Cfr. Caso 3, pág. 21.

²⁹⁵ *Ibid.*, caso 4, pág. 20. Cfr. Caso 8, pág. 28.

²⁹⁶ *Ibid.*, caso 11; pág. 24.

de que todos ellos habían trabajado juntos nueve años atrás²⁹⁷; tampoco se entendió que violaba el estándar de independencia aquél árbitro que había prestado en una ocasión servicios profesionales a una asesoría jurídica que representaba en otro asunto a un accionista de una de las partes²⁹⁸, ni aquél árbitro que había trabajado para los asesores de una de las partes hace seis años²⁹⁹; también era independiente aquél árbitro que había sido compañero de clase en la facultad de Derecho de uno de los asesores jurídicos de una parte, sin que los afectados mantuviesen relaciones en la actualidad³⁰⁰ y aquél que había sido director de tesis de uno de los abogados de las partes³⁰¹. Finalmente, también se entendió que era independiente el presidente de un tribunal arbitral que tenía a uno de sus socios litigando en otro tribunal arbitral que estaba siendo a su vez presidido por un jurista que estaba asesorando a la vez a una de las partes en el litigio arbitral actual³⁰².

En relación a los árbitros que habían sido designados por una misma parte, la Corte entendió que no era independiente aquél árbitro que había sido nominado por la misma parte en tres procedimientos previos ante la CCI³⁰³. En cuanto a los casos en que se objetaba por las parte un interés directo en el objeto del proceso, la Corte de la CCI entendió que no era independiente el árbitro que era director de una sociedad que a su vez poseía acciones de otra sociedad que era la mayor accionista de una de las partes³⁰⁴.

Para terminar, es necesario comentar aquéllos casos en los que los árbitros tuvieron un contacto previo con el objeto del proceso. Tal fue el caso de un árbitro nombrado por la parte actora que había representado a la parte demandada en otro procedimiento «con un patrón similar» –en inglés en original, «*with a similar fact pattern*»- al actual, siendo que había obtenido así información sobre la estrategia de defensa de la demandada³⁰⁵; o el del árbitro que lo había sido de otro procedimiento arbitral ya finalizado cuyo laudo había servido de base para sostener la pretensión del arbitraje actual³⁰⁶; o el del árbitro que había sido juez en el juicio doméstico anterior al arbitraje actual que se dirigía contra el Estado³⁰⁷; o el del árbitro que había sido mediador con anterioridad al arbitraje³⁰⁸. En todos

²⁹⁷ Íbid., caso 4, pág. 15.

²⁹⁸ Íbid., caso 8, pág. 17. Cfr. Caso 11, pág. 17.

²⁹⁹ Íbid., caso 12, pág. 17.

³⁰⁰ Íbid., caso 4, pág. 18.

³⁰¹ Íbid., caso 4, pág. 30.

³⁰² Íbid., caso 5, pág. 30.

³⁰³ Si bien es cierto que el árbitro se había negado a revelar este extremo. Íbid., caso 1, pág. 19. Cfr. Caso 12, pág. 24.

³⁰⁴ Íbid., caso 1, pág. 20.

³⁰⁵ Íbid., caso 2, pág. 20.

³⁰⁶ Íbid., caso 7, pág. 21. Cfr. Caso 16, pág. 24.

³⁰⁷ Íbid., caso 6, pág. 21.

³⁰⁸ Íbid., caso 2, pág. 21.

estos asuntos se entendió que los árbitros implicados no cumplían con el deber de independencia.

1.5.2. Independencia e imparcialidad en la Cámara de Comercio de Estocolmo

En cuanto a la práctica de la CCE, como ya se adelantó, se disponen de varios informes trianuales sobre su actividad. Dichos informes abarcan un curso temporal que va desde 2005 a 2015. En este lapso de tiempo, han visto la luz hasta tres reglamentos de arbitraje, siendo que ninguno de ellos sigue en vigencia actualmente. Se trata de los Reglamentos de 1999³⁰⁹, de 2007³¹⁰ y de 2010³¹¹. En los dos últimos, la redacción del artículo referente a las recusaciones es idéntica a la dada en el Reglamento de 2017³¹². Empero, el Reglamento de 1999, no comparte esta redacción, ni ningún otro estándar, guardando silencio al respecto.

En cuanto a las relaciones profesionales entre los árbitros y las partes del arbitraje, de los informes de dicha institución se desprende que la Junta de la CCE ha entendido que el árbitro a cuyo bufete se le han realizado hasta tres encargos en el año presente por una de las partes, sin importar la importancia económica que tengan dichos encargos, no es independiente³¹³; lo mismo se debe afirmar cuando el árbitro ha prestado asesoramiento técnico-jurídico a la parte nominadora en hasta tres ocasiones, mediando un tiempo de 3 años desde el último asesoramiento³¹⁴, incluso aunque la importancia económica para el bufete del árbitro sea nimia³¹⁵, o aunque el asesoramiento o defensa haya tenido lugar ante

³⁰⁹ Esta versión del Reglamento de 1999, en lengua inglesa, se encuentra disponible *online* en https://sccinstitute.com/media/56035/1999_web_a4_vanliga_2004_eng_rev_2005.pdf. Consultado el 1/X/2018.

³¹⁰ Esta versión del Reglamento de 2010, en lengua inglesa, se encuentra disponible *online* en https://sccinstitute.com/media/56030/2007_arbitration_rules_eng.pdf. Consultado el 1/X/2018.

³¹¹ Esta versión del Reglamento de 2007, en lengua inglesa, se encuentra disponible *online* en https://sccinstitute.com/media/40120/arbitrationrules_eng_webbversion.pdf. Consultado el 1/X/2018.

³¹² Se trata del artículo 15.1, en ambos casos, de los Reglamentos de 2007 y 2010.

³¹³ Caso SCC Arb V 53/2005, en JUNG, H.; «*SCC Practice: challenges to arbitrators. SCC Board decisions 2005-2007*»; Stockholm Chamber of Commerce, Estocolmo, 2007; págs. 5 y 6. Cfr. Caso SCC Arb V 46/2007, *Íbid.*, pág. 13.

³¹⁴ Caso SCC Arb V 086/2010 en LINDSTRÖM, N.; «*Challenges to arbitrators. Decisions by the SCC Board during 2008-2012*»; Stockholm Chamber of Commerce, Estocolmo, 2010; págs. 16-17. Cfr. Caso SCC Arb V 174/2011 en MUTIS TÉLLEZ, F.; «*Arbitrators' independence and impartiality: a review of SCC Board decisions on challenges to arbitrators (2010-2012)*»; Stockholm Chamber of Commerce, Estocolmo, 2012; págs. 11 y 12; y con el caso SCC Arb 2014/104 en HAVEDAL, A.; «*SCC Practice note. SCC Board decisions on challenges to arbitrators 2013-2015*»; Stockholm Chamber of Commerce, Estocolmo, 2015; pág. 7.

³¹⁵ Caso SCC Arb V 170/2011 en MUTIS TÉLLEZ, F.; «*Arbitrators' independence...*; op. cit.; págs. 10 y 11.

tribunales domésticos³¹⁶, o aunque el asunto anterior no estuviese relacionado con el presente³¹⁷.

Tampoco se entendió que fuese independiente un árbitro que había actuado como asesor jurídico de la parte actora en otro arbitraje inversor-estado anterior al presente, aun cuando las demandadas fuesen diferentes³¹⁸. Finalmente, si bien en un primer momento la Junta de la CCE entendió que el árbitro que ha desarrollado encargos profesionales ocasionales para la parte no nominadora, aun llegando a tener conocimiento del funcionamiento interno de la empresa-parte, era independiente³¹⁹, más recientemente ha entendido que la contratación esporádica de un árbitro por la parte nominadora desde hace varios años hasta el actual sí era un indicativo de la falta de independencia³²⁰.

En cuanto a las relaciones de los árbitros con los asesores jurídicos de las partes, la Junta ha dictaminado que es independiente el árbitro que ha trabajado hasta 12 años en la asesoría jurídica de una de las partes, si abandonó la firma hace ya siete años, y ello aunque hubiese recomendado los servicios de su antigua firma a uno de sus clientes hace tres años³²¹, lo mismo cabe decir del árbitro que se encuentra en la misma situación pero habiendo trabajado no 12 sino 30 años para la firma, habiéndola abandonado también hace siete años y no recordando haber tenido como cliente a la parte ni haber coincidido con los abogados que gestionan el litigio presente³²². Por otra parte, ha entendido la Junta de la CCE que deja de ser independiente aquél árbitro que forma parte del equipo jurídico que defiende los intereses de la parte que lo nombra en otro procedimiento ante el mismo demandante³²³.

En lo que hace a relaciones amistosas u hostiles entre el árbitro y las partes, la Junta de la CCE ha resuelto que no está acorde con el deber de independencia aquél árbitro que ha sido parte demandada ante los tribunales domésticos, compartiendo la parte actora del proceso doméstico y una de las partes del arbitraje CCE a los mismos asesores jurídicos, y ello aunque los objetos del proceso

³¹⁶ Caso SCC Arb V 177/2011 en MUTIS TÉLLEZ, F.; «*Arbitrators' independence and impartiality...*»; op. cit.; págs. 12 y 13.

³¹⁷ Caso SCC Arb V 81/2012 en MUTIS TÉLLEZ, F.; «*Arbitrators' independence and impartiality...*»; op. cit.; págs. 13 y 14.

³¹⁸ Caso SCC Arb 2014/169 en HAVEDAL, A.; «*SCC Practice note...*»; op. cit.; pág. 9.

³¹⁹ Caso SCC Arb V 019/2006 en JUNG, H.; «*SCC Practice: challenges to arbitrators...*»; op. cit.; págs. 11 y 12.

³²⁰ Caso SCC Arb 078/2012 en MUTIS TÉLLEZ, F.; «*Arbitrators' independence and impartiality...*»; op. cit.; págs. 145 y 15.

³²¹ Caso SCC Arb V 002/2006 en JUNG, H.; «*SCC Practice: challenges to arbitrators...*»; op. cit., págs. 8-11. Cfr. con el mismo asunto, la segunda recusación, en este caso de un árbitro que había prestado sus servicios por cuatro años en la firma de la otra parte.

³²² Caso SCC Arb 2013/134 en HAVEDAL, A.; «*SCC Practice note...*»; op. cit., pág. 6.

³²³ Caso SCC Arb 2015/64 en HAVEDAL, A.; «*SCC Practice note...*»; op. cit., pág. 9. Bien es cierto que en el presente caso concurría otra circunstancia: el árbitro recusado había sido nombrado árbitro por el mismo gabinete jurídico dos veces en tres años.

judicial y del procedimiento arbitral no estén relacionados³²⁴. A conclusiones contrarias ha llegado la Junta allí donde el árbitro recusado y los asesores jurídicos de una de las partes han representado a partes enfrentadas ante un tribunal doméstico³²⁵, incluso aunque los asesores jurídicos hubiesen impugnado los honorarios de las costas del presente árbitro en su calidad de abogado³²⁶. Por último, la Junta ha entendido que el hecho de que un árbitro pertenezca al mismo cuerpo de notarios que el de uno de los asesores jurídicos de las partes no conlleva una quiebra de la independencia³²⁷; la misma conclusión se ha de alcanzar allí donde se denuncie una conversación casual entre un árbitro y uno de los abogados de una de las partes en el descanso de una audiencia arbitral³²⁸.

La Junta de la CCE ha sido severa en aquellos casos en que se pone de manifiesto que el árbitro recusado ha tenido contacto previo con el asunto. Es el caso del empresario que es postulado para arbitrar un procedimiento entre empresas por incumplimiento de un contrato de suministro para el que había emitido presupuesto al momento de la generación del contrato³²⁹; y también es el caso del árbitro que actúa como abogado de la demandante en otro procedimiento en el que una de las partes es litisconsorte pasivo, teniendo previsto realizar, en ese otro procedimiento, un interrogatorio a los trabajadores de la parte del procedimiento actual³³⁰.

1.5.3. Independencia e imparcialidad en los arbitrajes *ad hoc* seguidos por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

Con carácter previo, es necesario mencionar que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI es un mecanismo recogido en una amplia mayoría de TBI y TMI y que, como se adelantó, es la segunda vía de arbitraje inversor-Estado más utilizada tras la del sistema CIADI. La gran diferencia frente al arbitraje ante el CIADI, la CCE o la CCI, es que el arbitraje CNUDMI no es una modalidad de arbitraje institucional, sino *ad hoc*, en la que no existe una institución que se encargue de coadyuvar a la administración del procedimiento.

El Reglamento de arbitraje de la CNUDMI no contiene una lista de situaciones que den lugar a la quiebra de la imparcialidad de los árbitros. Pero en su lugar,

³²⁴ Caso SCC Arb V 058/2008 en LINDSTRÖM, N.; «*Challenges to arbitrators...*»; op. cit., págs. 19 y 20.

³²⁵ Nótese que la diferencia con el caso anterior es que en este segundo supuesto, el árbitro recusado no es parte del proceso doméstico, sino asesor jurídico de una parte. Vid. Caso SCC Arb 2013/180 en HAVEDAL, A.; «*SCC Practice note...*»; op. cit., pág. 7. Cfr. Caso SCC 2015/093.

³²⁶ Caso SCC Arb 2015/041 en HAVEDAL, A.; «*SCC Practice note...*»; op. cit., pág. 8.

³²⁷ Caso SCC Arb 2012/148 en Íbid., pág. 6.

³²⁸ Caso SCC Arb 2012/002 en Íbid., pág. 5.

³²⁹ Caso SCC Arb V 190/2010 en MUTIS TÉLLEZ, F.; «*Arbitrators' independence and impartiality...*»; op. cit., págs. 7 y 8.

³³⁰ Caso SCC Arb 2013/139 en HAVEDAL, A.; «*SCC Practice note...*»; op. cit., pág. 8.

instituye un estándar de recusación, según el cual, «un árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia» (art. 12.1 Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, texto revisado de 2010)³³¹, dicción que ya figuraba en el art. 10.1 del Reglamento de arbitraje CNUDMI de 1976. Por tanto, de forma idéntica a lo que sucedía en el arbitraje institucional CCI y CCE, en el caso del arbitraje CNUDMI, el estudio de la jurisprudencia será de gran importancia.

Sin embargo, debe hacerse una prevención: no se puede hablar de un sistema de arbitraje CNUDMI, en el sentido de que los precedentes jurisprudenciales no son vinculantes. Esto también sucede, como se verá, en el sistema CIADI, sin embargo, hay una diferencia importante: en caso de desacuerdo entre los miembros no recusados del tribunal arbitral o en caso de una recusación a la mayoría de la formación arbitral, en el sistema CIADI existe una autoridad central que decide sobre las solicitudes de recusación: el Presidente del Consejo Administrativo. Es de esperar, entonces, que el propio Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI tenga en cuenta sus decisiones previas y que, si decide apartarse de ellas, deba justificarlo adecuadamente. Además, en comparación con el sistema CIADI aún existe una diferencia adicional: la posibilidad de instar la anulación del laudo, con base, entre otras causas, por la constitución incorrecta del tribunal o por corrupción de algún miembro del tribunal (art. 52.1 letras a y c del Convenio CIADI). Pues bien, dicho mecanismo de la anulación del laudo, que puede servir para verificar en segunda instancia el cumplimiento de los árbitros del deber de independencia, no viene previsto en el Reglamento CNUDMI. Por estas dos razones, el peso de las decisiones anteriores sobre las posteriores puede entenderse como aún menor que en el sistema CIADI.

A pesar de ello, aquí se propone revisar algunas decisiones que revierten cierta importancia, bien porque son citadas en otras decisiones emitidas por tribunales CIADI, bien porque resuelven de manera novedosa alguna situación particular. Además, hay que tener en cuenta que, en el caso del Reglamento CNUDMI, la autoridad nominadora es la encargada de decidir las recusaciones (artículo 13.4) y, en este sentido, puede haber ciertos organismos o agentes que, al actuar como autoridades nominadoras -y debido a su importancia dentro del sistema internacional- pueden provocar que sus decisiones, revistan cierto interés para la práctica del arbitraje de inversiones. Es el caso de la ya citada Junta de la CCE, del Presidente de la CPA o, incluso, del Secr. Gral. del CIADI, como se prevé en el art. 1124.1 del TLCAN.

³³¹ En el texto auténtico en inglés: «*Any arbitrator may be challenged if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence*». Asimismo, en la versión igualmente auténtica en francés, el artículo reza: «*Tout arbitre peut être récusé s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance*».

En cuanto a los asuntos que han sido objeto de examen por parte de los tribunales CNUDMI, se puede destacar, dentro de las relaciones profesionales del árbitro con las partes, el caso *SCC Arb U 045/2008*, en el que la autoridad nominadora fue la CCE. En este asunto, se recusó a un árbitro que había trabajado como asesor jurídico de altos funcionarios rusos, dándose la situación de que una de las partes demandadas era un organismo público ruso que ejercía sus funciones en la ciudad en la que también trabajaban dichos funcionarios, lo cuales a su vez habrían estado implicados en el negocio jurídico del cual surgía el arbitraje. En este caso la CCE desestimó la solicitud de recusación³³². Un supuesto más peculiar lo constituye el asunto *Vito G. Gallo c. Canadá*, surgido al amparo del TLCAN, en el que un nacional estadounidense demandó al Estado canadiense. Allí se recusó a un árbitro que estaba asesorando al Estado mexicano a través de un tercer bufete jurídico. El Secr. Gral. del CIADI, la autoridad nominadora en este caso, entendió que se corría un riesgo de que dicho árbitro llegara a quebrar eventualmente su deber de independencia si el Estado mexicano acababa optando por ejercer el derecho de intervención que se prevé en el artículo 1128 del TLCAN. La solución del Secr. Gral. fue emitir un fallo condicional: o el árbitro recusado se abstenía de continuar como árbitro en el presente asunto o dejaba de prestar sus servicios de asesoría jurídica al estado mexicano³³³.

En lo tocante a relaciones adversas, se puede destacar, en primer lugar, la recusación del asunto *National GRID PLC c. Argentina*, en donde las partes acordaron que resolviese la recusación la LCIA. En este asunto, se recusó a un árbitro que, durante el transcurso del interrogatorio a un perito, pareció dejar entrever que tenía una idea prefijada acerca de los hechos que aún estaban siendo objeto de debate; una idea que, además, perjudicaría los intereses de la demandada³³⁴. Para la división *ad hoc* de la LCIA, de los hechos denunciados por la recusante, parecían surgir dudas justificables acerca de la independencia del recusado. Sin embargo, dichas dudas se diluían cuando se analizaba la

³³² Caso Arb U 45/2008 en LINDSTRÖM, N.; «*Challenges to arbitrators...*»; op. cit., págs. 10-12.

³³³ *Decision on the challenge to Mr. J. Christopher Thomas. QC* en el arbitraje *Vito G. Gallo c. Gobierno de Canadá*, de 14/X/2009; pár. 39.

³³⁴ La transcripción de la conversación controvertida es la siguiente. Las palabras en cursiva constituyen el extracto sobre el cual Argentina basó su recusación:

«-ÁRBITRO KESSLER: Doctor Guglielmino: hay una norma en el conainterrogatorio de un experto en cuanto a poner una situación hipotética. *Para tratar de avanzar, ya queda claro que hay ciertos hechos que el testigo no conoce. Pero supongo que la base de su testimonio tiene que ver con la situación hipotética, y no es hipotética porque todos los que estamos aquí sabemos los hechos en general, de que hubo un daño importante o hubo un cambio muy importante en las expectativas de la inversión. No sé si podemos proceder. Si quiere hacerle preguntas, si hubiera un daño importante, entonces, ¿qué sería el resultado bajo el derecho argentino? Hay protección o no hay protección [sic]. La ley aplica o no aplica. Es solamente una sugerencia.*

-SR. GUGLIELMINO: ¿Usted dice que a esta altura del proceso ya sabemos que hubo daño?

-ÁRBITRO KESSLER: Solamente digo que estamos aquí porque hay alegato de daño, de un cambio en el contrato que resultó en problemas por el investor [sic]. Es que, como decíamos antes, no estamos hablando en el aire. No sé, estoy tratando de ayudar, pero a lo mejor no resulta de ayuda"».

conversación *in toto* y su contexto, teniendo presente que, a la pregunta del asesor jurídico de la demanda de si el recusado consideraba que los hechos controvertidos estaban claros, éste dio a entender que no había afirmado nada sobre los hechos, sino que había intentado ilustrar al perito acerca de la pretensión de la demandante³³⁵.

Otra relación adversa a una de las partes fue la denunciada en el asunto *Grand River et al. c. Estados Unidos*, al abrigo del TLCAN. En este caso, uno de los árbitros del litigio estaba también asesorando a particulares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ante el Comité de la ONU para la Eliminación de la Discriminación Racial, ante los cuales se estaba también evaluando el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de los Estados Unidos de América, aunque por otros hechos. El recusado, además, estaba dirigiendo un taller de consultoría sobre derechos de los pueblos indígenas en una facultad de Derecho estadounidense. La Secretaria General CIADI entendió que supervisar estudiantes como parte de un seminario de clínica jurídica no ponía en cuestión la independencia del árbitro, no así su participación en foros internacionales cuyas competencias eran similares a las del arbitraje³³⁶, en el sentido de que su objetivo era evaluar el cumplimiento de los EUA de sus compromisos internacionales.

La relación de adversidad pasó de ser potencial a actual en el asunto *ICS Inspection and Control Services Limited c. Argentina*. En este asunto, el árbitro propuesto por la demandante estaba representando a otra demandante contra Argentina en un procedimiento CIADI ya abierto, *Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi c. Argentina*. La autoridad nominadora, investida por el Secr. Gral. de la CPA, resolvió que la situación en que se hallaba incurrido el árbitro recusado hacía surgir dudas justificables sobre su independencia y estimó la recusación, por cuanto dicha situación ponía al recusado en un estado de adversidad contra Argentina y ello a pesar de que el arbitraje CIADI estuviese llegando a su fin en aquél momento³³⁷.

Un último asunto en el que una relación hostil entre un árbitro y el asesor jurídico de una parte fue la causa de recusación es *Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corporation c. Ecuador*. Aquí el árbitro nombrado por la demandante había publicado una editorial en una reconocida revista académica en la que calificaba de «fraude» las razones y los hechos argüidos por Nicaragua en el famoso Asunto relativo a actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c.

³³⁵ *Decision on the challenge to Mr. Judd L. Kessler* en *National Grid PLC c. Argentina*, de 3/XII/2007; párrafos 92-97.

³³⁶ El documento de que se dispone es un correo electrónico enviado al árbitro por parte de la Secretaria General del CIADI, Ana Palacio, de 28/XI/2007.

³³⁷ *Decision on challenge to an arbitrator* en *ICS Inspection and Control Services Limited c. Argentina*, de 17/XII/2009.

Estados Unidos)³³⁸, en el que el TIJ falló a favor de Nicaragua y del que, en aquél momento, se cumplían 25 años. El núcleo del problema era que, a raíz del aniversario, se había celebrado una conferencia conmemorativa en La Haya en la que participó uno de los asesores de Ecuador en el arbitraje, que había sido también asesor de Nicaragua en el asunto de las *Contras*. Tal conferencia fue también criticada por el recusado. Dicho asesor jurídico denunció entonces que la situación hacía surgir serias dudas acerca de la independencia del árbitro³³⁹. La autoridad nominadora, a la sazón, el Secr. Gral. de la CPA, resolvió que la mención en la polémica editorial al recusante no constituía un ataque personal –por cuanto lo que pretendió citar el recusado era un artículo de la autoría del recusante, la única persona que había escrito al respecto del aniversario de la decisión, pero no atacarle a él personalmente- y que la editorial, aunque indubitadamente crítica, no erigía dudas acerca de la imparcialidad e independencia del recusado.

También se han resuelto casos en que lo que se denunciaba era la existencia de un interés directo del recusado en el objeto del proceso. Uno muy conocido en el campo CIADI es el de *AWG Group Ltd. c. Argentina*, por cuanto se trata de un asunto acumulado a otros procesos ante el CIADI. Allí se denunciaba que la árbitra nombrada por los demandantes era directiva de un banco que recomendaba a sus inversores particulares destinar su capital a varias empresas del mismo sector que la demandante. La autoridad encargada de decidir a la luz del Reglamento CNUDMI fue la mayoría no recusada del tribunal arbitral, que entendió que la conexión entre la demandante y la recusada era muy tenue y que, para poder erigir dudas justificadas acerca de la imparcialidad e independencia de la recusada, era necesaria una conexión significativa y directa³⁴⁰.

Un asunto en el que también se alegó interés directo de un árbitro en el objeto del litigio y sí se admitió la recusación es el caso *SCC Arb U 207/2009* ante la CCE. En este caso, la demandante recusó al árbitro nombrado por la demandada por las siguientes razones: una, que dicho árbitro había sido elegido miembro de la junta directiva de una gran empresa cuyo mayor accionista era una de las demandadas; dos, que dicho árbitro había prestado servicios de asesoría jurídica

³³⁸ Se trata específicamente del artículo titulado «*Celebrating a Fraud on the Court*», publicado en *American Journal of International Law*, vol. 106, núm. 102, de 2012, cuyo autor es el juez Stephen SCHWEBEL.

³³⁹ Por las siguientes razones: 1) el título de la editorial hace referencia a un «fraude» hacia el TIJ por parte de Nicaragua, a pesar de que tal fraude no tuvo lugar, 2) en su segunda nota al pie, la editorial cita un artículo jurídico escrito por el asesor jurídico recusante, narrando su participación en el asunto Nicaragua c. EUA, una citación que insinuaría la participación del recusante en el supuesto fraude, 3) la editorial describe la conferencia como festiva –en inglés en original, *celebratory*-, en un intento de criticar y mostrar desdén hacia la conferencia y sus organizadores, incluido el recusante y 4) el tenor denigrante de la editorial transmite la visión negativa de su autor hacia el recusante. Vid. *Decision on challenge to arbitrator Judge Stephen M. Schwebel* en *Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corporation c. Ecuador*, de 12/IV/2012, pág. 57.

³⁴⁰ *Decision on a second proposal for the disqualification of a member of the arbitral tribunal* en *AWG Group Ltd. C. Argentina*, de 12/V/2008; pág. 24.

hasta en cuatro ocasiones a las demandadas y sus agencias; tres, que un socio de dicho árbitro figuraba como asesor jurídico oficial de hasta cuatro sucesivos directores de una de las demandadas y, cuatro, que el bufete del recusado había recibido beneficios materiales de una de las demandadas, consistentes en la cesión de una oficina en su sede central. Como ya se adelantó, en este asunto la recusación fue estimada³⁴¹.

De igual manera, el interés directo del árbitro en el resultado del asunto fue lo que motivó el fallo condicional en la recusación del asunto *Telekom Malaysia Berhad c. Ghana*, en el sentido de obligar al recusado a elegir entre mantenerse como árbitro en el presente litigio o como abogado en otro litigio. En este asunto, el árbitro nominado por la demandante era a la vez abogado de la demandante en otro arbitraje CNUDMI con un objeto muy similar, *RFCC c. Marruecos*. El problema residía en que, en este último caso, la demandante estaba buscando la revocación del laudo; un laudo cuya motivación jurídica estaba siendo utilizada en *Telekom Malaysia c. Ghana* como base para sostener la excepción alegada por la demandada. Si bien la autoridad nominadora, el Secretario de la CPA, rechazó aceptar la recusación, el fallo del juzgado de distrito de La Haya sí la aceptó, al entender que en *RFCC c. Marruecos* el recusado opondría, como abogado, todo tipo de alegaciones contra el laudo, lo cual era incompatible con su función de árbitro independiente e imparcial en *Telekom Malaysia*. El juzgado aplicó el test de la sospecha razonable -en el texto original en inglés, «*justifiable doubts*»- y entendió que, aunque, hipotéticamente, en realidad el recusado tuviese la capacidad de mantenerse separado de sus intereses en *RFCC c. Marruecos*, la situación en la que se hallaba inmerso era susceptible de crear en un tercero bien informado dudas justificables acerca de su imparcialidad³⁴².

Finalmente, un asunto en que la causa de recusación vino determinada por la existencia de un contacto previo con el asunto fue *CC/Devas c. India*. En este caso, se había recusado a dos miembros del tribunal: el presidente y el árbitro nombrado por la demandante, con base en que ambos habían participado en arbitrajes que habían interpretado que el principio -consuetudinario de Derecho internacional público- según el cual un Estado queda libre de responsabilidad internacional en casos de estado de necesidad no surtía efecto cuando se aplicaba la cláusula de modulación de responsabilidad por protección de «intereses de seguridad esenciales» presente en varios TBI. Concretamente, el árbitro nombrado por la demandante había presidido tres tribunales que habían emitido laudos en ese sentido; dos de los cuales, en opinión de sendos comités de anulación CIADI, interpretaban el Derecho de manera manifiestamente errónea. Además, dicho

³⁴¹ Vid. Caso SCC Arb U 207/2009 en LINDSTRÖM, N.; «*Challenges to arbitrators...*»; págs. 12-14.

³⁴² Decisión del juzgado de distrito de la Haya en la Recusación 13/2004; solicitud HA/RK 2004.667 de 18/X/2004, asunto *Ghana c. Telekom Malaysia* para la recusación del Prof. E. Gaillard.

árbitro había escrito un capítulo de libro en el que se oponía abiertamente a la interpretación de los comités de anulación. Por su parte, el presidente del tribunal había participado como co-árbitro en dos de los procedimientos citados. La autoridad nominadora en este asunto, el presidente del TIJ, entendió que la interpretación controvertida era de gran importancia en el procedimiento actual y que, si bien la expresión de visiones personales acerca del Derecho no constituyen *per se* fuentes de conflicto que conlleven la recusación de un árbitro, sí existía en ese caso una apariencia de prejuicio sobre un tema de especial importancia para la resolución del litigio. Por ello, en cuanto al árbitro nombrado por la demandante, el presidente del TIJ falló que su derecho a asumir una determinada interpretación del Derecho no debía prevalecer sobre el derecho de las partes a que los árbitros resuelvan sus litigios con apertura mental, de manera que se estimó la recusación de dicho árbitro. No sucedió lo mismo con el presidente de la formación arbitral, cuya recusación fue desestimada, al considerar que no se había posicionado de manera tan taxativa sobre la interpretación polémica y haber, además, declarado que consideraba que podía resolver el litigio con la independencia necesaria³⁴³.

2. Independencia e imparcialidad en el sistema CIADI

El artículo 57 del Convenio CIADI prescribe en castellano:

«Cualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión o Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la *carencia manifiesta* de las cualidades exigidas por el apartado 1 del Artículo 14. Las partes en el procedimiento de arbitraje podrán, así mismo, proponer la recusación por las causas establecidas en la Sección 2 del capítulo IV»³⁴⁴.

No se indica nada más, ni en el Convenio, ni en las Reglas de Arbitraje, acerca de los criterios de recusación de los árbitros CIADI. A pesar de lo cual, no se debe olvidar que en el ámbito del arbitraje con caracteres internacionales se encuentra bastante extendido el uso de instrumentos de *Soft law*³⁴⁵, muy en especial las

³⁴³ *Decision on the respondent's challenge to the Hon. Marc Lalonde as presiding arbitrator and Prof. Orrego Vicuña as co-arbitrator* en CC/Devas (Mauritius) Ltd et al. c. República de la India, de 30/IX/2013.

³⁴⁴ La expresión «carencia manifiesta» aparece en el texto auténtico del Convenio en inglés como «*manifest lack*» y en la también auténtica versión en francés como «*défaut manifeste*».

³⁴⁵ Una definición de *Soft law* es propuesta por DRUZIN: instrumentos cuasi-legales que no tienen fuerza jurídica, tales como resoluciones, declaraciones y directrices no vinculantes creadas por gobiernos y organizaciones privadas. Vid. DRUZIN, B.H.; «*Why does soft law have any power anyway?*» en *Asian Journal of International Law*, núm. 7, 2017; pág. 361. Sin embargo, MAZUELOS BELLIDO destaca el carácter polisémico del término, que podría aplicarse tanto a ciertas resoluciones no obligatorias de las organizaciones internacionales (como recomendaciones de ciertas OOI o resoluciones de la Asamblea General de la ONU), como instrumentos jurídicos de actores no estatales (sería el caso de las Directrices IBA), como acuerdos interestatales que no vinculan jurídicamente (como v. gr. el Acta Final de Helsinki de 1975, que sería el germen de la

Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional de 2014, que no serán estudiadas en este apartado, sino más adelante, dentro del deber de revelación, por cuanto que, como han recordado las mayorías de los tribunales de *Caratube* y *Total*: «las *Directrices IBA* versan, fundamentalmente, sobre estándares relativos al deber de declarar y no sobre los estándares aplicables a una solicitud de recusación»³⁴⁶.

2.1. Contenido de los deberes de independencia e imparcialidad en el sistema CIADI

La imparcialidad de los árbitros del sistema CIADI viene consagrada en el artículo 14.1 del Convenio, que en español reza:

«Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e *inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio*. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros»³⁴⁷.

Resulta interesante atender a la propia redacción del precepto, según la cual el árbitro debe «inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio». El verbo «inspirar» –en inglés, *rely upon*; en francés, *ouffrir*–, según el DRAE, significa «infundir o hacer nacer en el ánimo o la mente afectos, ideas, designios, etc.». Es decir, los redactores del Convenio concebían la imparcialidad y, según los textos auténticos del Convenio en inglés y francés, también la independencia, como una cualidad personal del árbitro, como una condición similar a «la amplia consideración moral» o a «la reconocida competencia en el campo del Derecho».

Esta concepción de la imparcialidad y la independencia ha llegado a influir la propia práctica del sistema CIADI³⁴⁸. Sea como fuere, se entiende que la

futura OSCE). Vid. MAZUELOS BELLIDO, A.; «*Soft Law: ¿mucho ruido y pocas nueces?*» en *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 8, 2004; págs. 1-40.

³⁴⁶ Decisiones sobre la recusación en *Caratube International Oil Company LLP et al. contra Kazajstán* (ARB/13/13), de 20/III/2014, párrafo 59 y *Total S.A. contra Argentina* (ARB/04/01), de 26/IX/2015, párrafo 98.

³⁴⁷ Esta disposición debe ser puesta en relación con el artículo 40.2 de dicho Convenio, que indica que «todo árbitro que no sea nombrado de la Lista de Árbitros deberá reunir las cualidades expresadas en el apartado 1 del artículo 14».

³⁴⁸ Así, v. gr., en *Decision on a second proposal for the disqualification of a member of the tribunal* en el asunto *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. contra la República Argentina* (Caso CIADI nº ARB/03/17), de 12/V/2008; pág. 38; donde se habla de que a la hora de nombrar a la recusada como directiva de UBS, se comprobó que esta fuera independiente de cualquier gestión societaria; resultando que la mayoría del tribunal acepta esta circunstancia como suficiente para declarar a la recusada independiente, obviando evaluar la independencia de dicha recusada en relación con el objeto del proceso, que era lo que denunciaban los recusantes. También es común encontrar expresiones como que un determinado árbitro es «incapaz» de ejercer un juicio independiente, lo cual se antoja desacertado, por cuanto la independencia, como se

concepción es fruto de una falta de entendimiento acerca del sustento teórico de ambos conceptos³⁴⁹.

Sin embargo, tanto en la concepción iusprivatista como iuspublicista de la independencia ésta se verifica externamente; lo mismo puede afirmarse de la imparcialidad, con más claridad en su vertiente iuspublicista, pero también iusprivatista –un árbitro puede acercarse a un asunto con intención de buscar la neutralidad y la objetividad y, sin embargo, no hacerlo en otro asunto. Es decir, independencia e imparcialidad no son cualidades de las personas, sino que dependen de las circunstancias del asunto particular –como de las relaciones que un árbitro mantiene con las personas implicadas en los hechos, o con el objeto del asunto. Dicho de otro modo, la imparcialidad y la independencia no son cualidades esenciales de un árbitro, sino circunstanciales.

A pesar de que la redacción en español del Convenio exige la imparcialidad de juicio, las versiones en lenguas inglesa y francesa, igualmente auténticas según el Convenio, no exigen a los árbitros imparcialidad, aunque sí independencia³⁵⁰. Este obstáculo es salvado de manera ecléctica por la práctica, que suele entender que, al ser ambos textos igualmente auténticos, los árbitros del sistema CIADI deben cumplir con las exigencias de la independencia y la imparcialidad a la vez³⁵¹.

Sin embargo, ni el Convenio ni las Reglas de Arbitraje del CIADI aportan una definición de la independencia y la imparcialidad. A esto se une el hecho de que, como se ha intentado mostrar hasta aquí, la caracterización de la independencia y la imparcialidad no son pacíficas. Puede decirse, según se ha explicado *supra*, que existen dos concepciones distintas de estas instituciones, de un lado, la que aquí se

dijo, no es una cualidad personal, sino una cualidad que se predica a partir de las relaciones de los árbitros con otras personas y con determinados hechos. Vid. *Decision on the claimant's proposal to disqualify a member of the tribunal* en el asunto *Electrabel, S.A. c. Hungría* (Caso CIADI n° ARB/07/19), pár. 37

³⁴⁹ Una pista para entender tan desafortunada redacción se puede encontrar en la propia historia del Convenio. Así, según SCHREUER explica que los primeros borradores del Convenio CIADI no hacían mención ni a la imparcialidad ni a la independencia, aunque sí a la alta estima moral y reconocida competencia en el campo del Derecho, el comercio, la industria o las finanzas de los árbitros. Es decir, el primer borrador del artículo 14 se centraba en las cualidades de los árbitros. A partir de ahí, a causa de la preocupación de los delegados por la independencia e imparcialidad, se modificó el propio artículo 14. Aunque quizás hubiese sido mejor incluirlo en otro artículo. Vid. SCHREUER, C.H.; MALINTOPPI, L.; REINISCH, A. y SINCLAIR, A.; *The ICSID Convention. A Commentary*; 2da edición; Cambridge University Press, Cambridge, 2017; págs. 48-49

³⁵⁰ Así, el texto en lengua inglesa exige que los árbitros «*may be relied upon to exercise independent judgment*»; mientras que el texto en francés exige que los árbitros deban «*offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions*».

³⁵¹ Así, v. gr., en la *Decisión sobre la Recusación de Francisco Orrego Vicuña y Claus von Wobeser* en el asunto *Repsol S.A. y Repsol Butano S.A. c. República de Argentina* (Caso CIADI n° ARB/01/08), de 13/XII/2013, pár. 70; *Decisión sobre la Recusación de la mayoría del* en el asunto *Blue Bank c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/12/20), de 12/XI/2013, pár. 58; en la *Decisión sobre Recusación de la mayoría del tribunal* en el asunto *Universal Compression et al. c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/10/09), de 20/V/2011, pár. 70.

ha denominado iusprivatista y, de otro, la que se ha optado por llamar iuspublicista. Según ésta, la independencia se debe predicar de un poder público frente a los restantes poderes públicos, mientras que la imparcialidad, se predica de quien juzga frente a las partes y el objeto del proceso. La concepción iusprivatista, en cambio, considera que la imparcialidad es un estado de ánimo según el cual quien juzga debe mantener una neutralidad ante las partes, mientras que la independencia hace referencia a una ausencia de relación entre quien juzga y las partes.

En cuanto a la independencia en concreto, el análisis de la práctica CIADI muestra que los árbitros han optado siempre por una concepción claramente iusprivatista. A pesar de lo cual, no se ha establecido un significado unívoco en lo referente a este concepto³⁵². De manera que se pueden enumerar dos construcciones diferentes de la independencia. La primera, más generalizada, entiende que la independencia alude a una falta de relaciones con las partes³⁵³; y la segunda, minoritaria, pero sostenida por el actual Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI entiende que la independencia hace referencia a la «ausencia de un control externo»³⁵⁴.

Aunque esta segunda concepción parece ser la que más se acerca al espíritu iuspublicista de la institución de la independencia, aquí se considera que la primera construcción –que hace referencia más bien al concepto iuspublicista de imparcialidad– es más garantista, por cuanto que ataja la gran mayoría de supuestos patológicos que pueden surgir a lo largo del proceso. En efecto, un control externo con el ánimo de intervenir, condicionando el sentido de la decisión es indeseable, pero el control también puede traducirse en la fiscalización o en la inspección del proceso por las partes y por la comunidad internacional, y en este sentido, el control, como mecanismo que refuerza las garantías procesales de las partes, es digno de protección.

Aparte de la enunciación de la imparcialidad en el artículo 14 del Convenio, éste prevé que dos situaciones inhabiliten para el ejercicio del arbitraje CIADI- Tales impedimentos se podrían concebir como garantías de la imparcialidad. Se

³⁵² Esta falta de precisión, que es extensa en la práctica procesal del sistema de arbitraje internacional, ha llevado a que algunas voces influyentes llegasen a sugerir que la diferencia entre independencia e imparcialidad es irrelevante, de manera que las instituciones y tribunales las utilizan de manera intercambiable. Vid. ROGERS, C.; *Ethics in International Arbitration*; Oxford University Press, Oxford, 2014, pág. 91.

³⁵³ Se puede encontrar, entre otras, en la *Decisión sobre Recusación del asunto Urbaser et al. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/26), de 12/VIII/2010, pág. 38; en la *Decisión sobre Recusación del litigio ConocoPhillips c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/17/30), de 27/II/2012, pág. 54; en la *Decisión sobre Recusación de Suez et al. c. Argentina* (Casos CIADI n° ARB/03/17 y n° ARB/03/19), de 22/X/2007, pág. 29 o en la *Decisión sobre Recusación de Tidewater Inc. et al. c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/10/05) de 23/XII/2010, pág. 37.

³⁵⁴ Vid. por todas, *Decisión sobre Recusación de la mayoría del tribunal en el asunto Repsol, S.A. y Repsol Butano, S.A. c. República de Argentina* (ARB/12/38) de 13/XII/2013, pág. 71.

trata de la prohibición recogida en el artículo 39 del Convenio y en la regla 1.3 de arbitraje, a saber,

«La mayoría de los árbitros no podrá tener la nacionalidad del Estado contratante parte en la diferencia, ni la del Estado a que pertenezca el nacional del otro Estado contratante. La limitación anterior no será aplicable cuando ambas partes, de común acuerdo, designen al árbitro único o cada uno de los miembros del tribunal».

Además, en la regla 1.4 de arbitraje, se estipula que «no podrá ser nombrada miembro del tribunal ninguna persona que haya actuado previamente como conciliador o árbitro en cualquier procedimiento para el arreglo de la diferencia». Por tanto, dos limitaciones: la nacionalidad y el haber desempeñado funciones de conciliación o arbitraje en el mismo asunto.

Con la primera previsión se busca evitar situaciones en que exista un interés directo de los árbitros en el asunto. Como explica SCHREUER, el precepto permite que las partes lleguen a un compromiso en dos situaciones posibles. La primera de ellas permite que las partes tengan libertad para nominar sendos árbitros de su nacionalidad, siempre y cuando dichos árbitros constituyan una minoría dentro del tribunal, es decir, en caso de formaciones arbitrales de cinco o más miembros – opción totalmente inédita en el sistema CIADI. La segunda consiste en que ambas partes lleguen a un acuerdo sobre la identidad de cada uno de los árbitros³⁵⁵. En todo caso, se trata, según este autor, de una regla que no prevalece sobre la libertad de las partes, allí donde exista un acuerdo pre-arbitral o un instrumento jurídico similar³⁵⁶ que excluya dicha regla. Con todo, la prohibición sí adquiere un carácter absoluto en dos situaciones: cuando los miembros del tribunal arbitral son nombrados por el Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI (art. 38 Convenio) y allí donde la formación a nominar sea un comité *ad hoc* para la anulación del laudo (art. 52.3 Convenio).

Con la segunda estipulación, es decir, la Regla 1.4, se persigue impedir una situación en la que el árbitro, al haber tenido contacto previo con el objeto del litigio, tendría prejuicio hacia el mismo. Según SCHREUER, se aplica sin importar quién haya nombrado a los conciliadores o árbitros, sin importar que la conciliación o el arbitraje hayan tenido lugar ante otras instituciones o siguiendo

³⁵⁵ Vid. SCHREUER, C.H. et al.; *The ICSID Convention...*; op. cit., pág. 499.

³⁵⁶ El artículo 1125 del TLCAN, sin excluir dicha regla, sí consigue asegurar libertad a los Estados para nominar árbitros de su nacionalidad. Y lo hace obligando a las partes a llegar a un acuerdo sobre la formación arbitral:

«Para los propósitos del Artículo 39 del Convenio del CIADI [...] y sin perjuicio de objetar a un árbitro de conformidad con el Artículo 1124(3) o sobre base distinta a la nacionalidad:

[...]

b) un inversionista contendiente [...] podrá someter una reclamación a arbitraje o continuar el procedimiento conforme al Convenio de CIADI o a las Reglas del Mecanismo Complementario, únicamente a condición de que manifieste su consentimiento por escrito sobre la designación de cada uno de los miembros del tribunal;

[...].».

otras reglas y sin importar que lo que esté por comenzar sea un arbitraje CIADI o una comisión *ad hoc* para la anulación del laudo; aunque para poder ser aplicado, es necesario que la conciliación o el arbitraje hayan tenido lugar efectivamente³⁵⁷, en el sentido de que no bastaría con el simple nombramiento si, antes de iniciar el procedimiento las partes desisten.

2.2. El estándar de independencia e imparcialidad en el sistema CIADI

El Convenio no establece ni se remite a una lista de situaciones en las que la imparcialidad se quebraría, que es, como ya se ha visto, el modelo seguido por la tradición jurídica continental. Tan sólo se erige la dicción del artículo 57 del Convenio, que, interpretada *a contrario sensu*, dispone que deben ser recusados todos aquellos árbitros sobre quienes se repute que carecen *manifiestamente* de independencia e imparcialidad. Por lo tanto, la cuestión queda abierta a la interpretación casuística, una interpretación en la que el significado atribuido a la expresión «carencia manifiesta» jugará un papel basilar³⁵⁸.

Una investigación académica exhaustiva y rigurosa sobre la evolución en el criterio empleado por los tribunales CIADI y por los sucesivos presidentes del Cons. Adtvo., así como sobre los hitos de dicho itinerario la ofrece CLEIS³⁵⁹. Esta autora distingue entre el estándar seguido en la primera decisión sobre una propuesta de recusación, en el asunto *Amco Asia* y aquél estándar de las decisiones sobre recusación del comité *ad hoc* de *Vivendi*, desarrollado por la decisión homóloga en *SGS c. Pakistán*³⁶⁰.

³⁵⁷ Vid. SCHREUER, C.H. et al.; *The ICSID Convention...*; op. cit., pág. 514.

³⁵⁸ El conflicto que gira en torno a cómo interpretar los requisitos de independencia e imparcialidad ha sido descrito por EL-KOSHERI y YOUSSEF como dividido entre dos tendencias: el puritanismo y el pragmatismo. Según estos autores, el estándar predominante en las jurisdicciones domésticas de tradición continental y anglosajona es la de que la mera apariencia de imparcialidad es suficiente para la recusación, aunque esta perspectiva ha sido denunciada como dogmática y de culto a la apariencia. En todo caso, para los autores, las consideraciones de tipo pragmático no pueden ser un pretexto para tolerar dudas acerca de la independencia de los árbitros. Vid. EL-KOSHERI, A.S.; YOUSSEF, K.Y.; «*The independence...*»; op. cit., pág. 45.

Cita LUTRELL una conferencia impartida por el profesor James CRAWFORD en octubre de 2013, en que éste sostuvo que «algunos tribunales han considerado pertinente preguntarse si la prueba sobre la falta de imparcialidad es manifiesta, en el sentido de que es clara. Otros han considerado que el meollo residía en discernir si el grado falta de imparcialidad es manifiesta, en el sentido de grave». [Trad. Propia]. Vid. LUTRELL, S.; «*Testing the ICSID Framework for Arbitrator Challenges*» en *ICSID Review*, vol. 31, núm. 3, 2016; págs. 597-621 (la cita proviene de las págs. 600 y 601).

³⁵⁹ CLEIS, M.N.; *The independence and Impartiality of ICSID Arbitrators*; Brill Nijhoff, Leiden, 2017; págs. 32-53.

³⁶⁰ En el mismo sentido, vid. LUTRELL, S.; «*Testing the ICSID...*»; op. cit., págs. 601-603.

Por una parte, en *Amco Asia*, en 1982, la mayoría del tribunal exigió que la recusante probase la existencia de una parcialidad real³⁶¹. Como explica CLEIS:

«Los árbitros no recusados desestimaron la recusación por falta de prueba estricta acerca de una parcialidad real –en original en inglés, *actual bias*. Requirieron no sólo que se probasen los hechos que indicarían una falta de independencia, sino también aquéllos que probarían una ausencia de independencia real, que tenía que ser “manifiesta” o “altamente probable”, no sólo posible o casi segura. Las dudas justificadas no fueron consideradas suficientes»^{362 363}.

Este umbral contrasta con el del comité *ad hoc* de *Vivendi*, en 2001. En esta decisión de recusación, el comité comienza por criticar el estándar de *Amco*, en los siguientes términos:

«El término “manifiesta” podría implicar que podría haber circunstancias que, aunque puedan aparecer a un observador razonable como creando una duda acerca de la independencia o imparcialidad, no lo hacen de modo manifiesto. En tales casos, el árbitro podría decir en su defensa que aunque quizá no sea imparcial, no carece manifiestamente de imparcialidad y que, por lo tanto continuaría [sic] sirviendo como árbitro [...] No creemos que esta sería [sic] una interpretación correcta»³⁶⁴.

Así, para el comité *ad hoc* de *Vivendi*, se debía interpretar la dicción del artículo 57 como: 1) la exclusión como fundamentos para sustentar la recusación de suposiciones especulativas, 2) allí donde los hechos no son controvertidos, se debe atender a si la circunstancia denunciada por el recusante «puede aprehender un riesgo verdadero de carencia de imparcialidad». En palabras del propio comité: «Si los hechos llevarían [sic] al planteamiento de alguna duda razonable en cuanto a la imparcialidad del árbitro [...] la apariencia de seguridad para las partes desaparecería y una recusación [...] tendría que sostenerse»³⁶⁵.

³⁶¹ Una postura que, según SHEPPARD, ha estado influida por la interpretación estricta de SCHREUER, quien, en la primera edición de *ICSID Convention: A Commentary*, expresaba que el Convenio, en materia de recusación, exigía que se demostrase la existencia de una parcialidad manifiesta. SHEPPARD, A.; «*Arbitrator independence in ICSID arbitration*» en BINDER, C.; KRIEBAUM, U.; REINISCH, A.; WITTICH, S. (Eds.); *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*; Oxford University Press, Oxford, 2009; págs. 131-156 (vid. En concreto la pág. 155). Sin embargo, en la segunda edición de dicha obra, de 2009, ha desaparecido tal afirmación.

³⁶² CLEIS, M.N.; *The independence ...*; op. cit., pág. 32. En el mismo sentido, vid. HORN, P.; «*A Matter of Appearances: Arbitrator Independence and Impartiality in ICSID Arbitration*» en *New York -University Journal of Law and Business*, vol. 11, núm. 2, 2014; págs. 357-363.

³⁶³ Esta interpretación de las implicaciones del término «carencia manifiesta» son deudoras sin duda, de SCHREUER. El influyente autor declara en *The ICSID Convention. A Commentary* que «el requisito de que la falta de cualidades debe ser “manifiesta” impone una carga de la prueba relativamente pesada para la parte que solicita la recusación» [Trad. Propia]; hasta en *Vivendi* se cita este pasaje (párrafo 24). Vid. SCHREUER, C.H.; *The ICSID Convention...*; op. cit., pág. 1202.

³⁶⁴ *Decisión de Recusación del Presidente del Comité ad hoc para la anulación del laudo* en el asunto *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Vivendi Universal contra Argentina (ARB/97/3)*, de 3/X/2001; pág. 20.

³⁶⁵ *Ibid.*, pág. 25.

Como explica CLEIS, la decisión de *SGS c. Pakistán* es aún más clara en este respecto, al afirmar que una inferencia en el sentido de que se produce una parcialidad manifiesta es base suficiente para recusar, siempre y cuando dicha inferencia se encuentre anclada a hechos establecidos por la parte recusante³⁶⁶. Así, según esta postura, no se hace necesario probar que exista una ausencia real de parcialidad, sino un temor razonable de que existan es suficiente³⁶⁷.

A partir de *Amco*, por una parte, y *Vivendi* y *SGS*, por otra, CLEIS califica la evolución posterior como «inconsistente». Lo cierto es que, pese a que en numerosas resoluciones se adopta con cierta claridad bien el estándar de *Amco*³⁶⁸, bien el estándar *Vivendi-SGS*³⁶⁹, aunque pueda variar la terminología empleada, no son pocas las decisiones que mezclan ambos estándares³⁷⁰. Incluso, en alguna

³⁶⁶ CLEIS, M.N.; *The independence ...*; op. cit., pág. 34.

³⁶⁷ *Ibid.*

³⁶⁸ Para CLEIS, sería el caso de *Decision on a second proposal for the disqualification of a member of the tribunal* en el asunto Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. contra la República Argentina (ARB/03/17), de 12/V/2008; *Decisión sobre la propuesta de recusación* en PIP Sàrl contra Gabón (ARB/08/17), de 12/XI/2009; *Decisión sobre la recusación de la profesora Brigitte Stern* en el asunto Tidewater et al. contra Venezuela (ARB/10/05), de 23 de diciembre de 2010; *Decisión sobre recusación* en el asunto OPIC Karimum Corp. contra Venezuela (ARB/10/14), de 5 de mayo de 2011; *Decisión sobre la recusación de la mayoría del tribunal* en el asunto Universal Compression, SLU contra la República Bolivariana de Venezuela (ARB/10/9), de 20 de mayo de 2011; (IV) *Decisión sobre la recusación*, en el asunto ConocoPhillips et al. contra Venezuela (ARB/07/30), de 15 de diciembre de 2015 y (V) *Decisión sobre la recusación*, en el asunto ConocoPhillips et al. contra Venezuela (ARB/07/30), de 15/III/2016; pág. 35

³⁶⁹ Según la misma autora, *Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz* en el asunto Alpha Projektholding GmbH contra Ucrania (ARB/07/16), de 19 de marzo de 2010; *Decisión sobre Recusación del asunto Urbaser et al. c. Argentina* (ARB/07/26), de 12 de agosto de 2010; *Decisión sobre la recusación de la mayoría del tribunal* en el asunto Blue Bank International y Trust (Barbados) contra la República Bolivariana de Venezuela (ARB/12/20), de 12/X/2013; *Decisión sobre la propuesta de recusación a la mayoría del tribunal*, asunto REPSOL S.A. y REPSOL Butano S.A. contra Argentina (ARB/12/38), de 13/XII/2013; *Decisión sobre la propuesta de recusación del profesor Francisco Orrego Vicuña* en Burlington Resources, Inc. contra Ecuador (ARB/05/5), de 13/XII/2013; *Decision on the proposal for disqualification of Mr Bruno Boesch* en el asunto Caratube International Oil Company LLP & Mr. Devincci Salah Hourani contra la República de Kazajstán (ARB/13/13), de 20/III/2104; (II) *Decisión sobre la propuesta de recusación a la mayoría del tribunal* en el asunto ConocoPhillips et al. contra Venezuela (ARB/07/30), de 5/V/2014; (III) *Decisión sobre la recusación*, en el asunto ConocoPhillips et al. contra Venezuela (ARB/07/30), de 1/VII/2015 y *Decision on claimant's proposal to disqualify professor Phillipe Sands* en İçkale İnşaat Limited Şirketi contra Turkmenistán (ARB/10/24); de 11/VII/2014.

³⁷⁰ Así, por ejemplo, según la autora, sería el caso de *Decision on the claimant's proposal to disqualify a member of the tribunal* en Electrabel contra Hungría (ARB/07/9), de 25 de febrero de 2008; *Decisión sobre la propuesta de recusación del Dr. Stanimir Alexandrov*, en el asunto Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc. y Jaime Jurado contra Panamá (ARB/06/19), de 7/IX/2011; *Decisión sobre Recusación del Presidente Pierre Tercier y del Árbitro Albert Jan van den Berg*; en el asunto Abaclat y otros contra Argentina (ARB/07/05), de 15/IX/de 2011; *Décision sur la demande en récusation de monsieur Bernardo M. Cremades, Arbitre* en Getma International, NCT Necotrans, Getma International Investissements & NCT Infrastructure & Logistique (ARB/11/29), de 28/VI/2012; *Decisión sobre la propuesta de la demandante de recusar al Sr. Gabriel Bottini del Tribunal en virtud del Artículo 57 del Convenio CIADI* en el asunto Saint-Gobain Performance Plastics Europe c. República Bolivariana de Venezuela (ARB/12/13), de 27/II/2013; *Decisión sobre la propuesta de recusación a la mayoría del tribunal* en el asunto Abaclat y otros c. República Argentina

decisión, se llega a afirmar que los enfoques de ambos estándares son sustancialmente similares³⁷¹.

Esta postura contrasta con la de autores como HORN y LUTRELL³⁷², quienes defienden que, tras la decisión de *Urbaser c. Argentina*, pero, especialmente, de *Blue Bank c. Venezuela*, la tendencia parece ser la de haber superado los criterios de parcialidad manifiesta –en el sentido de obvia y evidente– y de las dudas razonables, en aras a un criterio que el autor califica como de «apariencias»³⁷³. Por su parte, DIMITROPOULOS considera que el de las apariencias es un criterio hacia el que se encaminan los diferentes sistemas y modalidades de arbitraje de inversiones y comercial³⁷⁴. Frente a los criterios seguidos en *Amco Asia c. Indonesia* y en *Vivendi c. Argentina*, el criterio de las apariencias entiende que la mera apariencia de imparcialidad o independencia es razón suficiente para sostener la recusación de un árbitro³⁷⁵. Se entiende que, en este punto, HORN es sin duda acertado.

Sea como fuere, la influencia del *Common Law* a la hora de establecer los umbrales de recusación es obvia. Por una parte, el test de *Amco Asia*, que exige demostrar que existe una parcialidad real y efectiva en la persona recusada, no es más que el *real danger test* o *real likelihood test* estudiando *supra*, que obliga a rechazar todas las solicitudes de recusación que no tengan como fundamento una comprobación de la concurrencia real y efectiva de prejuicios en la persona recusada. Por su parte, el test de *Vivendi* y *SGS c. Pakistán*, según el cual se debe aceptar una propuesta de recusación si surgen dudas justificadas acerca de la

(ARB/07/5), de 4/II/2014; *Decisión de Recusación del comité de anulación* de Total, S.A. contra Argentina (ARB/04/01), de 26/VIII/2015 y (VI) *Decisión sobre recusación* en el asunto ConocoPhillips et al. contra Venezuela (ARB707/30), de 26/VII/2016.

³⁷¹ Así, v. gr. en *Decision on a second proposal for the disqualification of a member of the tribunal* en el asunto Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. contra la República Argentina (ARB/03/17), de 12/V/2008, pág. 29.

³⁷² En el mismo sentido, vid. LUTRELL, S.; «*Testing the ICSID...*»; op. cit., pág. 606. Para este autor, el impacto que la decisión de *Blue Bank* tuvo sobre las decisiones sobre recusación siguientes se debe en parte a la autoridad encargada de emitir tal Decisión: el Pdte. del Cons. Adtvo. del CIADI.

³⁷³ Con acierto, clasifica HORN las diferentes tendencias en lo que hace a los criterios seguidos a la hora de evaluar la independencia e imparcialidad de los árbitros en tres. El primero, sostendría que sólo es recusable el árbitro que sea manifiestamente –en el sentido de obvio, evidente o altamente probable– parcial o dependiente. Este criterio se puede encontrar en *Amco Asia c. Indonesia*, pero también en *Suez c. Argentina*, *Participaciones Portuarias c. Gabón*, *Universal Compression c. Venezuela* y *Alphaprojektholding c. Ucrania*. El segundo criterio entendería que basta para sostener la recusación de un árbitro que se pueda demostrar objetivamente la existencia de dudas razonables en cuanto a su independencia e imparcialidad; este criterio, según el autor, habría sido seguido en *Vivendi c. Argentina*, *SGS c. Pakistán* y *EDF c. Argentina*. Finalmente, el tercer criterio, mucho más amplio, entiende que un árbitro debe ser recusado cuando exista la apariencia de que no es independiente o imparcial, sin que sea necesario indagar si realmente lo es o no. Este último criterio habría prevalecido en *Urbaser c. Argentina*, *Blue Bank c. Venezuela*, *Burlington Resources c. Ecuador* y *Caratube c. Kazajstán*. Vid. HORN, P.; «*A Matter of Appearances...*»; op. cit., págs. 349-395.

³⁷⁴ Vid. DIMITROPOULOS, G.; «*Constructing the independence...*»; op. cit., págs. 380-385 y 433.

³⁷⁵ Vid. HORN, P.; «*A Matter of Appearances...*»; op. cit., págs. 349-395.

parcialidad del recusado, es deudor del *reasonable apprehension test* o *reasonable suspicion test*, cuya finalidad es proteger la imagen de imparcialidad de la administración de justicia, sin exigir un esclarecimiento acerca de la existencia real de prejuicios por parte del recusado, siendo así bastantes para estimar la recusación las apariencias de parcialidad.

Lo cierto es que la dicción literal del artículo 57 del Convenio parece establecer sin lugar a dudas el estándar de la parcialidad real. No obstante, dicho estándar es minoritario en la propia tradición del *Common Law*, como se ha tenido oportunidad de ver. Como se acaba de ver, cierta práctica ha intentado limitar una interpretación excesivamente literal del precepto, para evitar situaciones que se consideran injustas. Para cierta doctrina, sin embargo, se hace necesario desterrar lo que se considera una disposición extraña³⁷⁶. Con todo, se ha de tener en cuenta que es realmente complicado modificar el artículo 57 del Convenio, ya que se trata de un tratado internacional. Quizás la manera más sencilla de corregir esta deficiencia sea a través de la promulgación de unas directrices que abordasen de manera clara los motivos de recusación.

2.3. Consecuencias prácticas de la aplicación del test

Todo análisis jurisprudencial de las resoluciones del sistema CIADI debe ir precedido de la advertencia de que la aplicación de los precedentes jurisprudenciales es problemática. Por un lado, ni el Convenio ni las Reglas de Arbitraje recogen una regla de *stare decisis*, situación que se podría explicar con base a un cierto número de factores: la ausencia de una estructura jerárquica entre tribunales arbitrales³⁷⁷, el hecho de que el Derecho sustantivo que aplican los tribunales arbitrales esté regulado en una gran cantidad de tratados diferentes, los TBI³⁷⁸ o la confidencialidad que recae sobre muchos litigios particulares, que impide que un gran número de resoluciones estén disponibles al público³⁷⁹. Por otro lado, la práctica más común en Derecho internacional público suele ser la de otorgar un papel secundario a la jurisprudencia actúe como fuente del Derecho³⁸⁰.

³⁷⁶ Vid. SHEPPARD, A.; «*Arbitrator independence...*»; op. cit., págs. 131-156.

³⁷⁷ Vid. *Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción* del caso SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Filipinas (ARB/02/6) de 29/I/2004, p r. 97. En el mismo sentido, vid. CHENG, T.H.; «*Precedent and control in investment treaty arbitration*» en *Fordham International Law Journal*, vol. 30, 2007; págs. 1023-1024.

³⁷⁸ *Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción* del caso SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Filipinas (ARB/02/6) de 29/I/2004, p r. 97.

³⁷⁹ Vid. REINISCH, A.; «*The Role of the Precedent in ICSID Arbitration*» en *Austrian Arbitration Yearbook*, MANZ Verlag Wien, St pfl Verlag, C.H.Beck, Viena, 2008; pág. 495.

³⁸⁰ Así se desprende de una interpretación *a contrario sensu* del artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual indica que «la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido».

Sin embargo, en la actualidad, los tribunales arbitrales tienden a tomar en cuenta la jurisprudencia anterior, aunque en una relación siempre problemática. Como explica REINISCH,

«A la vez que los tribunales rechazan sistemáticamente la noción de precedente jurídicamente vinculante en la forma de *stare decisis*, tratan de adherirse a decisiones previas emitidas por tribunales CIADI y otros tribunales arbitrales de inversiones, desarrollando así una jurisprudencia *de facto*. Aun cuando se abstienen de abordar explícitamente la cuestión del precedente, los tribunales CIADI confían en decisiones previas, dando así forma a un cuerpo más elaborado de Derecho de inversiones»³⁸¹.

Teniendo en cuenta esta puntualización, se procede ahora a analizar una serie de resoluciones en que los tribunales de arbitraje CIADI han tenido que resolver si los supuestos fácticos a los que se enfrentaban implicaban o no una quiebra de las exigencias de independencia e imparcialidad establecidas en las distintas redacciones auténticas del Convenio. Con el objeto de estructurar esta labor, se ha optado por clasificar los supuestos fácticos en tres categorías, tomadas de la tradición de Derecho continental en torno a la institución de la imparcialidad, abordando así, en primer lugar, los supuestos en que las relaciones con las partes ponen en tela de juicio la imparcialidad de los árbitros, en segundo lugar, las situaciones en que los miembros de los tribunales arbitrales presentan un interés directo en el objeto del litigio y, en tercer lugar, aquéllos supuestos en que un contacto previo con dicho objeto puede originar prejuicios en los árbitros.

2.3.1. Relaciones entre los árbitros y las partes

En lo que hace a la relación con las partes, estas pueden nacer de vínculos profesionales, entre los que cabría discutir el vínculo que nace de la reiterada nominación de un mismo árbitro por una parte o por su asesor jurídico, los vínculos familiares, así como las relaciones de amistad o enemistad. Sin lugar a dudas, dentro de esta categoría de relaciones con las partes, son las relaciones profesionales las que se presentan más problemáticas en la práctica del sistema CIADI.

2.3.1.1. Relaciones profesionales entre los árbitros y las partes

³⁸¹ REINISCH, A.; «*The Role of the Precedent in ICSID...*»; op. cit., pág. 508. En un sentido similar, se ha pronunciado CHENG, para quien «aunque los árbitros de inversiones no están formalmente vinculados por el precedente en la misma manera que los jueces del *common law*, existe un sistema informal pero poderosos de precedente que constriñe a los árbitros a tomar en cuenta laudos previos en aras a a estabilizar el Derecho internacional de las inversiones». Vid. CHENG, T.H.; «*Precedent and control...*»; op. cit., págs. 1014-1049 (la cita es de la pág. 1016).

Ya en una fecha tan temprana como 1982, se planteó en *Amco Asia Corporation et al. c. Indonesia* (ARB/81/1)³⁸² si el hecho de que, durante el arbitraje, uno de los árbitros del tribunal prestase asesoramiento tributario a la persona que integraba la capacidad procesal de la demandante, quebraba la independencia de aquél, a lo que se añadía que tanto el árbitro como el asesor jurídico de los demandantes hubiesen compartido oficina hasta unos pocos meses antes de dar inicio el arbitraje. El resto de la formación del tribunal, aplicando el test de la parcialidad real, desestimó la solicitud de recusación, indicando que los árbitros designados por las partes, aun cuando deban cumplir con los mismos estándares de imparcialidad e independencia que el resto de árbitros, pueden tener algún tipo de relación con quienes los designan y que, además, la relación profesional de asesoramiento tributario en este caso particular era *de minimis*³⁸³, que no tenía fuerza suficiente para quebrar efectivamente la imparcialidad del recusado.

Esta decisión ha sido criticada por TUPMAN, quien consideraba que las variadas relaciones entre el árbitro, las partes y sus asesores jurídicos erigían dudas acerca de la parcialidad del árbitro³⁸⁴, y también por MATHEUS LÓPEZ por dos razones. La primera es que, aun no sobrepasando el límite *de minimis*, la relación profesional era actual, y por ello el árbitro debió ser recusado, por cuanto que tenía «un interés financiero en que el resultado de la causa no perjudicase sus ingresos presentes o futuros a causa de una decisión adversa a dicha parte»³⁸⁵. La segunda crítica del autor peruano apunta a la intensidad de la relación entre el árbitro y los abogados de la parte, que el tribunal considera que «no es capaz de crear ningún riesgo psicológico de parcialidad», pero que, en su opinión, tamaña afirmación requeriría ulteriores investigaciones, ya que «si la relación implica ingresos compartidos, una efectiva asociación o una cercana participación económica en los

³⁸² No fue posible encontrar la Decisión de Recusación del presente asunto, pues no es pública. Sin embargo, MATHEUS LÓPEZ ha tenido acceso a la misma y la estudia en MATHEUS LÓPEZ, C. A.; *La independencia e imparcialidad del árbitro en el sistema CIADI*; Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2013; págs. 23-27. También se han encontrado referencias a esta decisión en TUPMAN, W.M.; «*Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration*» en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, 1989. Una sucinta referencia al incidente procesal es recogido en el laudo sobre jurisdicción que el tribunal emitió en dicho asunto. Vid. *Award on Jurisdiction* en *Amco Asia Corp. et al. c. República de Indonesia* (Caso CIADI nº ARB/81/1), de 25/IX/1983, pár. 2.

³⁸³ Por cuanto se había tratado de un asesoramiento puntual por una cantidad de 450 dólares canadienses de la época. Téngase en cuenta que el salario mínimo en Canadá por aquel entonces, según la regulación federal, rondaba los 670 dólares mensuales. Los datos oficiales se pueden consultar en el siguiente enlace <http://srv116.services.gc.ca/dimt-wid/sm-mw/rpt2.aspx>. Consultado el 1/X/2018.

³⁸⁴ TUPMAN, W.M.; «*Challenge and...*»; op. cit., pág. 51.

³⁸⁵ MATHEUS LÓPEZ, C.A.; *La independencia...*; op. cit., págs. 25-26.

asuntos de otro»³⁸⁶, entonces la recusación, según este autor, debería haber prosperado.

Dentro de la jurisprudencia del sistema CIADI, la decisión del caso *Amco Asia Corp.* también fue posteriormente objeto de crítica. Así, en el asunto *Compañía de Aguas del Aconquija c. Argentina*, el tribunal declaró, *obiter dictum*, que la actualidad de la relación profesional debería haber bastado para justificar la recusación, a menos que la relación fuese «verdaderamente menor y enteramente aislada»³⁸⁷, es decir, *de minimis*. Esta observación es importante, por cuanto en este segundo asunto el supuesto de hecho era prácticamente idéntico: el presidente del comité *ad hoc* era socio en un bufete del cual algunos de sus asociados habían prestado asesoramiento tributario a una empresa filial de la demandante. No obstante, en este asunto, el tribunal también desestimó la solicitud de recusación, estimando que la relación sí era *de minimis*, y expuso una lista de las razones por las que lo consideró así:

«(a) que la relación de que se trata fue inmediatamente y completamente declarada y que información adicional sobre la misma se hizo disponible al solicitarse, manteniendo de este modo completa transparencia; (b) que el Sr. Fortier en su capacidad personal no tiene ni ha tenido ninguna relación de abogado a cliente con las demandantes o sus filiales; (c) que el trabajo efectuado por su colega no tiene nada que ver con el presente caso; (d) que el trabajo implicado no consiste en dar asesoría legal o estratégica de carácter general a las demandantes sino que involucra una transacción específica, en la cual Ogilvy Renault no es la firma principal; y (e) que la relación jurídica luego llegará a su fin con el cierre de la transacción respectiva»³⁸⁸.

Se puede deducir, por lo tanto, que, para apreciar como *de minimis* una determinada relación, es necesario 1) completa transparencia por parte del árbitro afectado, que se evidenciaría en un correcto cumplimiento del deber de revelación; 2) ausencia de relaciones profesionales directas entre el abogado y la parte; 3) ausencia de relación entre el objeto del litigio y los servicios profesionales prestados; 4) que la relación sea puntual y no permanente. Desde este trabajo se considera que este el test del caso *Aguas del Aconquija* es razonablemente garantista, si bien es deseable que los requisitos enumerados se den cumulativamente y no de forma aislada.

2.3.1.2. Relaciones profesionales entre los árbitros y los asesores jurídicos de las partes

Otro caso en el que se debió dirimir si una relación de tipo profesional rompía con la exigencia de imparcialidad fue el procedimiento de anulación del

³⁸⁶ *Ibid.*; págs. 26-27.

³⁸⁷ *Decisión de Recusación del Presidente del Comité ad hoc para la anulación del laudo* en el asunto *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Vivendi Universal contra República Argentina* (Caso CIADI n° ARB/97/3), de 3/X/2001; pár. 22.

³⁸⁸ *Ibid.*; pár. 26.

asunto *Nations Energy c. Panamá*. Aquí la relación profesional controvertida no era entre el árbitro y una parte, sino entre el árbitro y el abogado de una de las partes. Más específicamente, el abogado de la demandante había trabajado durante siete años para la misma firma que el presidente del tribunal, llegando a actuar bajo las órdenes de éste en procedimientos ante el CIADI. En la *Decisión* se evita indicar cuánto tiempo había transcurrido desde que el abogado había abandonado el despacho hasta el momento de iniciarse el arbitraje, pero la información es pública³⁸⁹, de tal manera que habían transcurrido diecinueve meses en total.

Con ironía, los miembros del tribunal encargados de resolver la solicitud de recusación expresaron que los árbitros mantienen, «como otros profesionales que viven y trabajan en este mundo»³⁹⁰, relaciones personales y profesionales; a lo que añadieron que una relación cualquiera debe ser suficientemente significativa para sembrar dudas acerca de la imparcialidad de un árbitro³⁹¹, lo que, a su entender, no había sido probado por los solicitantes de la recusación. Consecuentemente, el tribunal rechazó la solicitud de recusación.

Un problema semejante se planteó en el asunto *Universal Compression c. Venezuela*, donde el Secr. Gral. del CIADI tuvo que decidir si el árbitro designado por la demandante, que había trabajado para el bufete jurídico que asesoraba a la misma en tres asuntos CIADI, ofrecía garantías suficientes de independencia e imparcialidad. En este caso particular, de los tres asuntos, uno había llegado a ser contemporáneo a *Universal Compression*, si bien la participación del árbitro recusado había sido limitada en él a una sola audiencia. La demandada había alegado que esta anterior colaboración otorgaba a la demandante una ventaja injusta, ya que le permitía conocer la postura del árbitro recusado en torno a varios aspectos de relevancia jurídica, lo que venía a romper el principio del debido proceso –en el texto original en inglés, *procedural fairness*³⁹². El Secr. Gral. resolvió que, habiendo tenido lugar la última colaboración cinco meses antes del inicio del arbitraje no se daba en aquel momento una relación profesional entre el bufete de la demandante³⁹³ y el árbitro y que, además, no quedaba demostrado

³⁸⁹ Así se desprende del propio *currículum vitae* presentado por el abogado de la demandante, disponible online en <https://www.linkedin.com/in/patricio-gran%C3%A9-labat-516a554/>. Consultado el 01/X/2018.

³⁹⁰ *Decisión sobre la propuesta de recusación del Dr. Stanimir Alexandrov*, en el asunto *Nations Energy Corporation et al. c. República de Panamá* (Caso CIADI nº ARB/06/19), de 7/IX/2011; pár. 66.

³⁹¹ *Ibid.*; pár. 67.

³⁹² Según MACDONALD, «el concepto de *procedural fairness* o *due process* [...] comprende dos características complementarias de cualquier proceso de toma de decisiones, cuales son: 1) la calidad de la participación que se debe garantizar a las partes afectadas por la decisión y 2) los motivos que se ofrecen para dar soporte a la decisión que se adopta». Vid. MACDONALD, R.A.; «*Theory of procedural fairness*» en *Windsor Yearbook of Access to Justice*; núm. 1, 1981; pág. 5 [Trad. propia].

³⁹³ *Decisión sobre la recusación de la mayoría del tribunal* en el asunto *Universal Compression, SLU contra la República Bolivariana de Venezuela* (ARB/10/9), de 20 de mayo de 2011; pár. 101.

que en *Universal Compression* los árbitros tuvieran que abordar cuestiones jurídicas similares a aquéllas que habían sido abordadas en los asuntos en que hubo una colaboración entre el árbitro recusado y los abogados de la actual demandante³⁹⁴³⁹⁵. En definitiva, la propuesta de recusación fue rechazada.

Dos años más tarde, la decisión del siguiente Secr. Gral. del CIADI fue diferente en *Blue Bank c. Venezuela*. En este asunto, la demandada solicitó la recusación del árbitro designado por la demandante, un abogado de nacionalidad española que era socio de un importante bufete multinacional. Dicho bufete prestaba a la vez servicios profesionales a otra empresa demandante en un arbitraje CIADI también contra Venezuela y coetáneo con el presente³⁹⁶. Aquí, el Secr. Gral. Kim, en su *Decisión* entendió que el hecho de que el árbitro recusado formase parte del Comité Directivo de Arbitraje del bufete y que sus ingresos dependiesen principalmente, pero no exclusivamente de los resultados financieros de la oficina madrileña, ya que lo hacían también de los resultados generales de la matriz, implicaban una conexión general entre el bufete y el árbitro³⁹⁷. A ello, debía añadirse la similitud de objetos procesales entre el asunto de autos y el otro en el que coincidía demandada y asesores jurídicos de la demandante –a la sazón, *Longreef c. Venezuela*³⁹⁸–, lo cual podría haber dado pábulo a que el árbitro del cual se solicitaba la recusación pudiese decidir sobre ciertos particulares que podrían

³⁹⁴ *Íbid.*; párr. 102.

³⁹⁵ A lo anterior se añadía la circunstancia de que una de las abogadas asociadas que representaban a la demandante en este procedimiento, había trabajado bajo las órdenes del árbitro recusado durante más de tres años, relación profesional que se había extinguido cinco años atrás, pero que, en la opinión de la demandada, incrementaba la proximidad de la relación. En este caso, para el Secr. Gral. Zoellick, un lapso temporal de 5 años impedía entender que se ponía en duda la independencia del árbitro recusado. *Vid. Íbid.*; párr. 106.

³⁹⁶ El árbitro recusado y la demandante echaron mano de dos alegaciones, a saber: que las oficinas del bufete jurídico implicado eran económica y profesionalmente independientes entre sí y que el árbitro recusado, socio de la oficina madrileña, no estaba vinculado de ninguna manera con los servicios jurídicos que asesoraban a la demandante en el otro procedimiento; servicios que estaban conformados por agentes de las oficinas neoyorquina y caraqueña del bufete.

También en *Aguas del Aconquija* (comité *ad hoc*), la árbitra de la que se solicitaba la recusación esgrimió el argumento de que trabajar en distintas oficinas de un bufete internacional impediría apreciar la posibilidad de una relación profesional entre agentes de las mismas. A pesar de la distinta resolución de la solicitud de recusación en aquél caso y *Blue Bank*, lo cierto es que el tribunal desestimó tal argumento. Esto contrasta con la práctica habitual en arbitrajes estado-inversor de las empresas multinacionales en los arbitrajes inversor-Estado, que se suelen valer de la circunstancia de poseer establecimientos y oficinas en Estados diferentes para poder así iniciar un arbitraje de inversiones, en lo que se ha denunciado como fraude. Un ejemplo hartamente conocido es el caso *Long Pine Resources c. Canadá* (UNCT/15/2), iniciado al abrigo del TLCAN y celebrado en el CIADI, pero también de *Philip Morris Asia c. Australia*, dirimido ante la CPA.

³⁹⁷ *Decisión sobre la recusación de la mayoría del tribunal* en el asunto *Blue Bank International y Trust (Barbados) contra la República Bolivariana de Venezuela* (ARB/12/20), de 12 de octubre de 2013; párr. 67.

³⁹⁸ Bien es cierto que, según los datos del CIADI, ambos procedimientos versaban sobre sectores económicos distintos. *Longreef* sobre sector alimenticio, *Blue Banks* sobre concesiones en materia turística, si bien el arbitraje de *Longreef* fue completamente confidencial y sus decisiones no son públicas. Con todo, parece que la decisión del Secr. Gral. fue prudente.

tener relevancia en ese otro proceso, buscando fraudulentamente el beneficio para su bufete³⁹⁹. Todo lo cual justificaba la aceptación de la recusación.

En otro litigio, *Hrvatska Elektroprivreda c. Eslovenia*, se planteó un caso limítrofe con el anterior. Si bien aquí, la parte perjudicada por la supuesta falta de parcialidad decidió solicitar al Tribunal que excluyera al nuevo asesor jurídico de la demandada en vez de recusar al árbitro. La razón para elegir esta vía en lugar de la recusación se puede calificar como de economía procesal, ya que se buscaba evitar los inconvenientes de romper con el principio de inmutabilidad de los tribunales arbitrales del artículo 56.1 del Convenio CIADI⁴⁰⁰, debiendo nombrar a un nuevo árbitro en sustitución del anterior⁴⁰¹. El caso también tiene una particularidad más: la relación controvertida se basaba en que las dos personas implicadas eran miembros de una misma Cámara de abogados –en inglés, *Chamber of Barristers*⁴⁰².

El conflicto en *Hrvatska Elektroprivreda* se concretaba en que, tras dos años de haberse constituido el tribunal, la demandada contrató los servicios profesionales de un compañero del presidente del tribunal como asesor jurídico

³⁹⁹ *Ibid.*; pág. 68.

⁴⁰⁰ La dicción de dicho artículo es la siguiente: «tan pronto como quede constituida una Comisión o un Tribunal y se inicie el procedimiento, su composición permanecerá invariable. La vacante por muerte, incapacidad o renuncia de un conciliador o árbitro será cubierta en la forma prescrita...».

⁴⁰¹ *Tribunal's ruling regarding the participation of David Milton QC in further stages of the proceedings* dictado en el asunto *Hrvatska Elektroprivreda*, dd contra Eslovenia (ARB/05/24), de 6 de mayo de 2008; pág. 32.

⁴⁰² Estas cámaras de abogados no son homologables ni a los Colegios de abogados, ni a los bufetes jurídicos. Son instituciones privadas sui generis propias del sistema jurídico británico, en las cuales varios profesionales liberales se unen manteniendo su autonomía, para trabajar individualmente, aunque eventualmente pueden llegar a colaborar en algunos asuntos. Así explica BERGER el funcionamiento y la composición de las *Barristers' chambers*: «Los barristers llevan a cabo su labor profesional dentro de las *chambers*, que son el punto focal de los barristers en activo. La mayoría de las *barristers' chambers* están localizadas en Londres en alguno de los cuatro *Inns of Court* [una institución semejante a un Colegio profesional]. La *chamber* media tiene 14 miembros. Consecuentemente con su nombre, las *chambers* son oficinas, pero también definen relaciones entre los barristers. Un barrister es conocido no sólo por su trabajo individual, sino también por su relación con una serie de *chambers*, dado que varias *chambers* están especializadas en algún campo específico del Derecho sustantivo. Las *chambers* también suelen contar con bibliotecas compartidas y asistencia técnica y secretaría. Sin embargo, el trabajo y los honorarios no son compartidos, ya que la asociación está restringida por los estatutos profesionales. Los barristers deben trabajar solos». Vid. BERGER, M.; «*A comparative study of British barristers and American legal practice and education*» en *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 5, núm. 540, 1983; págs. 546-547 [Trad. Propia].

En cuanto a la problemática que surge en el plano de la independencia e imparcialidad cuando coinciden en un mismo arbitraje como árbitro y como asesor técnico dos miembros de la misma *Chamber*, explican POLKINGHORNE y GONIN que a pesar de que en Derecho inglés este tipo de situaciones no han sido concebidas como vulneradoras de los requisitos de imparcialidad e independencia, sí se han visto como tales en numerosos arbitrajes internacionales, ya que en estos casos, los tribunales arbitrales suelen ser más estrictos a la hora de garantizar tales requisitos. Vid. POLKING HORNE, M; GONIN, E.; «*Barristers from the Same Chambers Appearing as Counsel and Arbitrator: Independence Revisited*» en *Dispute Resolution International*, vol. 5, núm. 2, 2011; págs. 163-176.

para el presente arbitraje. Para el tribunal, si bien «la demandada era libre para escoger su equipo asesor como creyese mejor antes de la constitución del tribunal arbitral, no estaba ésta legitimada para enmendar la composición de su equipo asesor de manera que comprometiera con ello el estatus o la legitimidad del tribunal arbitral»⁴⁰³. Y aunque las *barristers' chambers* no implicaban *per se* una relación profesional entre sus miembros, su funcionamiento habitual no era conocido universalmente, de manera que las dudas en cuanto a la imparcialidad relativa entre sus miembros eran comprensibles. Consecuentemente, el tribunal ordenó que el asesor jurídico cuya participación en el procedimiento se había problematizado se retirase del procedimiento. Y lo hizo tras interpretar que el artículo 44 del Convenio lo habilitaba para ello⁴⁰⁴.

Una modalidad diferente de relación profesional es la que debió encarar el tribunal en los asuntos *Fábrica de Vidrios los Andes c. Venezuela y ConocoPhillips c. Venezuela*⁴⁰⁵; siendo además que en ambos se recusó al mismo árbitro y por los mismos motivos. Allí, en la primera decisión sobre recusación en 2012 se puso de manifiesto que, el árbitro nombrado por las demandantes ofrecía sus servicios profesionales en un bufete jurídico que acababa de iniciar negociaciones para fusionarse con otro bufete que había sido durante años, y en palabras de la demandada, «el bufete más adverso a Venezuela en todo el mundo»⁴⁰⁶. Además, concurría la circunstancia de que, en aquel momento, dicho bufete asesoraba a una serie de actores que litigaban contra la demanda y contra la mayor empresa estatal de Venezuela. Por su parte, el árbitro recusado alegó no tener ningún conocimiento acerca de los procesos que el bufete con el que se iba a fusionar el suyo tenía abiertos contra la demandante, ni haber llevado a cabo ningún tipo de actividad

⁴⁰³ *Tribunal's ruling regarding the participation of David Milton QC in further stages of the proceedings* dictado en el asunto *Hrvatska Elektroprivreda, dd c. República de Eslovenia* (ARB/05/24), de 6/V/2008; pág. 26.

⁴⁰⁴ La parte final de dicho artículo establece que «cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal». Como explica WEBSTER, se trata de una facultad residual del tribunal, que ha sido utilizada en casos muy excepcionales, como cuando en *Abaclat Argentina* planteó la duda de si un litigio en el que se ejercía una acción colectiva podría ventilarse siguiendo las Reglas CIADI. El tribunal así lo entendió en aplicación del art. 44. Vid. WEBSTER, T.H.; *Handbook of Investment Arbitration*; Sweet & Maxwell, Corydon, 2012; págs. 171 y 172.

⁴⁰⁵ En el asunto *ConocoPhillips contra Venezuela* se presentaron hasta seis solicitudes de recusación contra el árbitro Yves Fortier. Todas ellas relacionadas con los mismos hechos, si bien con distinta causa de pedir: en algunos casos se alegaba la hostilidad del árbitro a los intereses de la demandada, en otros, se hacía alusión a la relación profesional entre dicho árbitro y la asesora jurídica del demandante de otro litigio contra Venezuela.

⁴⁰⁶ *I Decisión sobre recusación*, en el asunto *ConocoPhillips et al. contra Venezuela* (ARB/07/30), de 27 de febrero de 2012; pág. 25. En sus observaciones finales, la demandada explicaba que «una gran porción de los negocios de la oficina de Caracas de MacLeod-Dixon es la representación de clientes, incluyendo compañías petroquímicas, tanto en asuntos judiciales como prejudiciales, contra el Gobierno, PDVSA o sus filiales».

concerniente a dichos procesos⁴⁰⁷, argumentos que fueron asumidos por el tribunal que acabó por rechazar la propuesta de recusación.

Sin embargo, es de resaltar que el tribunal, en *ConocoPhillips* no tuvo en cuenta una circunstancia que fue crucial en *Blue Bank*, a saber, la actualidad o contemporaneidad de la circunstancia justificativa de la solicitud de recusación. A la luz de aquél caso, más reciente en el tiempo, la recusación de *ConocoPhillips* debería haber tenido un resultado diferente. Siendo la resolución de *Blue Banks* posterior, cabría entender que, a partir del 2013, la actualidad de las relaciones profesionales entre un árbitro y su bufete, cuando este último pueda tener intereses en un procedimiento ajeno, debiera dar pie a la efectiva recusación del árbitro.

El objeto de la primera recusación de *Conoco* fue retomado en la primera propuesta de recusación de *Fábrica de Vidrios*, en 2015, en la que la demandada alegó cuatro circunstancias que, a su juicio, venían a reforzar la idea según la cual entre el árbitro recusado y el bufete «más adverso» a la demandada, subsistían relaciones de tipo profesional. Dichas circunstancias se referían a la cercanía de las oficinas del recusado con las del bufete, la ostentación del cargo de Presidente emérito del bufete por parte de dicho árbitro, la existencia de una cuenta de correo en el servidor del bufete y, finalmente, el respaldo público del árbitro recusado a la candidatura política de una abogada del bufete en conflicto⁴⁰⁸.

Dicha propuesta fue rechazada por extemporánea, a pesar de lo cual, la demandada -siempre dentro del asunto *Fábrica de Vidrios*- volvió a recusar a dicho árbitro meses más tarde, tomando como base la existencia de vínculos entre el recusado y su anterior bufete. Cabría esperar que dada la extemporaneidad de la primera solicitud de recusación, la decisión del tribunal en esta segunda fuese la de inadmitir dicha recusación, ya que la extemporaneidad vendría a significar la renuncia de la parte a su derecho a plantear una recusación⁴⁰⁹. A pesar de ello, la segunda propuesta de recusación fue aceptada a trámite, con un objeto prácticamente idéntico: la existencia, o subsistencia si se prefiere, de vínculos entre el recusado y su anterior bufete.

En esta segunda decisión sobre recusación en *Fábrica de Vidrios*, la mayoría del tribunal se centró en el concepto de «vínculo». En esa línea, la mayoría del tribunal afirmó que lo determinante a la hora de apreciar la falta de imparcialidad no es que el árbitro mantenga un vínculo con las partes o sus representantes, sino que ese vínculo sea tal que «podría ser interpretado por un tercero razonable

⁴⁰⁷ *Ibid.*; pág. 64.

⁴⁰⁸ *I Decisión sobre la propuesta de recusación a la mayoría del tribunal en el asunto Fábrica de Vidrios los Andes, C.A. y Owen-Illinois de Venezuela, C.A. contra Venezuela (ARB/12/21), de fecha 16 de junio de 2015, pág. 26.*

⁴⁰⁹ Así lo entiende SCHREUER en SCHREUER, C.H.; *The ICSID Convention...*; op. cit., pág. 1200.

como capaz de ejercer una influencia en el juicio del árbitro»⁴¹⁰. Bajo esta premisa, el tribunal entendió que no superaban dicho umbral los vínculos consistentes en amistades personales con algunos de los anteriores compañeros de trabajo de un bufete adverso a los intereses de una parte, ni que se tuviese el domicilio laboral en el mismo edificio que dicho bufete. Sí superaría dicho umbral un vínculo por el cual el recusado continuara recibiendo una participación en los beneficios de dicho bufete⁴¹¹.

Meses después de aquella decisión sobre la recusación, los dos miembros restantes del tribunal del asunto *ConocoPhillips* tuvieron ocasión de pronunciarse, en las decisiones sobre las recusaciones tercera, cuarta, quinta y sexta sobre las relaciones que el árbitro recusado mantenía con su anterior bufete. A estas alturas, era un hecho incontrovertido que el árbitro recusado había dejado de trabajar para su anterior bufete, habiéndose establecido por su cuenta como árbitro⁴¹² tan sólo unos meses después de haber aceptado su nombramiento como árbitro en el presente caso. Sin embargo, se descubrió que una serie de personas vinculadas al bufete resultante de la fusión referida *supra* habían participado en varios arbitrajes como asistentes del tribunal al calor del árbitro recusado, mientras que otras igualmente vinculadas con el recusado estaban prestando servicios profesionales como personal administrativo en su despacho profesional. Se trataba, en los dos primeros supuestos, del asistente del tribunal del asunto *Yukos c. Rusia* y de las asistentas del asunto *Bernhard Pezold c. Zimbabue*.

En cuanto al asistente del conocido caso *Yukos*, en la tercera recusación –en este caso, contra la mayoría del tribunal–, la demandada alegó que dicho asistente se había excedido en sus funciones, lo que el Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI, Jim Yong Kim, había rechazado por infundado, si bien había expresado *óbiters dicta* que la implicación de dicho asistente en los arbitrajes *Yukos* era irrelevante para determinar la independencia e imparcialidad del árbitro recusado en el caso *Conoco Phillips*⁴¹³. La demandada también había puesto de relieve la proximidad física de la oficina del árbitro recusado con las oficinas del bufete mencionado, lo cual fue considerado como irrelevante a la hora de determinar la independencia e imparcialidad del árbitro recusado⁴¹⁴⁴¹⁵.

⁴¹⁰ *Decisión razonada sobre la propuesta de recusación de L. Yves Fortier, QC, Árbitro en el asunto Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. (ARB/12/21), de 28 de marzo de 2016; pág. 46.*

⁴¹¹ *Íbid.*

⁴¹² (VI) *Decisión sobre recusación en el asunto ConocoPhillips et al. contra Venezuela (ARB707/30), de 26 de julio de 2016; pág. 5.*

⁴¹³ (III) *Decisión sobre la recusación, en el asunto ConocoPhillips et al. contra Venezuela (ARB/07/30), de 1 de julio de 2015; párrafos 92, 94 y 95.*

⁴¹⁴ Posteriormente, había salido a la luz un peritaje lingüístico presentado ante tribunales domésticos, según el cual, el referido asistente habría redactado una parte sustancial del laudo. Al conocer esta circunstancia, la demandada recusó otra vez al mismo árbitro, alegando que i) éste no

Más adelante, siempre dentro de las recusaciones contra el mismo árbitro, la demandada volvió a denunciar la falta de imparcialidad de dicho árbitro por el hecho de que en el asunto *Bernhard von Pezold c. Zimbabwe* la asistente del tribunal había sido sustituida por otra persona, la cual también trabajaba para el anterior bufete del árbitro recusado. Este segundo nombramiento, al parecer, se habría realizado con posterioridad a la fecha en que el árbitro recusado declaraba haber cesado todos sus vínculos profesionales con su anterior bufete. En su explicación, el árbitro recusado alegó que, en realidad, aunque el nombramiento formal se había producido con posterioridad a la existencia de los citados vínculos profesionales, la decisión para sustituir a una asistente por otra había sido tomada semanas antes, mientras subsistían dichos vínculos, con lo cual no habría contradicciones ni ocultaciones maliciosas en la declaración del recusado. Esta explicación fue acogida por los dos miembros restantes, que rechazaron la propuesta de recusación, a la vez que expresaban que no podían «comprender cómo los hechos relacionados con dicho nombramiento apoyarían la proposición de que el vínculo limitado con [el bufete que defendía posiciones adversas a la demandada] llevaría a una tercera persona razonable con conocimiento de los hechos a la conclusión de que el [recusado] carece manifiestamente de la habilidad para actuar imparcialmente»⁴¹⁶. Es decir, los restantes miembros del tribunal volvían a desechar la tesis de la demandada según la cual dicho vínculo entre el árbitro y su anterior bufete podría afectar a la imparcialidad de aquél.

A pesar de lo anterior, la demandada volvió a plantear la recusación del mismo árbitro con ocasión del descubrimiento, por su parte, de que las dos secretarías del despacho del recusado prestaban sus servicios profesionales en el ámbito de una subcontratación entre el despacho profesional del árbitro y una filial del bufete que defendía posiciones adversas a la demandada. Por su parte, los dos miembros restantes del tribunal rechazaron la propuesta al entender que se trataba meramente de un vínculo «indirecto y puramente administrativo»⁴¹⁷ que no comprometía la imparcialidad e independencia del árbitro recusado.

La misma alegación se reprodujo en 2006, en el coetáneo arbitraje de *Fábrica de Vidrios*. Concretamente, en su tercera propuesta de recusación. Allí, el problema se complicaba, por cuanto que una de las secretarías del despacho había publicado

había explicado convincentemente la participación del asistente en la redacción del laudo y ii) las revelaciones hechas por el árbitro recusado habían sido incompletas, imprecisas y engañosas –en original en inglés, *incomplete, inaccurate and misleading*. La pretensión fue rechazada en ambos sentidos. *Íbid.*; párrafos 92 y 96; nótese la identidad de alegación en *Fábrica de Vidrios (supra)*.

⁴¹⁵ *IV Decisión sobre la recusación*, en el asunto ConocoPhilips et al. contra Venezuela (ARB/07/30), de 15 de diciembre de 2015; pág. 33.

⁴¹⁶ *V Decisión sobre la recusación*, en el asunto ConocoPhilips et al. contra Venezuela (ARB/07/30), de 15 de marzo de 2016; pág. 35 [Trad. Propia].

⁴¹⁷ *VI Decisión sobre la recusación*, en el asunto ConocoPhilips et al. contra Venezuela (ARB/07/30), de 26 de julio de 2016; pág. 16 [Trad. Propia].

en una conocida red social que trabajaba como «Asistente Jurídica en arbitraje internacional» para el bufete polémico, que además dicha «secretaria» había accedido a la carpeta que contenía la documentación del arbitraje de *Fábrica de Vidrios* y, lo más grave, que el bufete polémico estaba asesorando a una empresa venezolana «en el juicio de expropiación en el que se encuentra litigando en contra de diversas medidas que se impugnan en este arbitraje –en particular, una medida cautelar y un edicto dictados en Venezuela»⁴¹⁸. Es decir, el bufete estaba participando directamente en un juicio doméstico respecto «de las mismas medidas que son objeto del arbitraje internacional»⁴¹⁹, de manera que cualquier decisión que el árbitro recusado tomase respecto de las reclamaciones de las demandantes relativos al procedimiento de expropiación tendría un impacto directo sobre los intereses del bufete polémico. La mayoría del tribunal se apoyó en las declaraciones del árbitro recusado, que alegó que la información publicada por su secretaria en la red social estaba errada y que ésta trabajaba para el árbitro recusado. La propuesta resultó, así, rechazada⁴²⁰.

La que es quizás la relación profesional más compleja de cuantas han conocido hasta el momento los tribunales del CIADI es la del asunto *Azurix c. Argentina*. Siendo que el árbitro presidente de este caso era también abogado en otro caso contemporáneo de éste, *Duke Energy c. Perú* y resultando a la vez que uno de los árbitros de *Duke* era también abogado en *Azurix*. En otras palabras, en *Duke* y *Azurix* participaban dos juristas, siendo el primero árbitro en *Azurix* y abogado en *Duke*, mientras que el segundo era abogado en *Azurix* y árbitro en *Duke*, de manera que ejercían funciones cruzadas. El problema relevante a efectos de imparcialidad surgía con fuerza por el hecho de que el árbitro presidente del

⁴¹⁸ III Decisión sobre la propuesta de recusación de L. Yves Fortier, QC, Árbitro en el asunto *Fábrica de Vidrio los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. contra la República Bolivariana de Venezuela* (ARB/12/21), de 12 de septiembre de 2016; nota al pie 9.

⁴¹⁹ *Ibid.*, pág. 32.

⁴²⁰ Tres meses más tarde, la demandada volvió a plantear la recusación del mismo árbitro, aportando dictámenes periciales que buscaban desacreditar la declaración realizada por dicho árbitro en la anterior propuesta de recusación y que había sido dada por verdadera por parte de la mayoría del tribunal, llevando así a la desestimación de la pretensión de la demandada. En este caso, se trataba de un dictamen realizado por investigadores privados, que relacionaban a la secretaria del recusado con el bufete polémico y, también, un dictamen por parte de un experto en Derecho laboral canadiense –la nacionalidad del recusado, su secretaria y el bufete polémico–, según el cual, de ser ciertas las declaraciones del recusado en el sentido de que existía un acuerdo entre el bufete y el despacho del árbitro recusado para que las empleadas de una filial de aquél trabajasen en éste, implicarían un ilícito según la legislación canadiense. En esta IV Decisión sobre recusación en *Fábrica de vidrios*, el tribunal entró a rebatir las conclusiones extraídas por la demandada a partir de los dictámenes periciales y rechazó la propuesta, estableciendo, *óbiter dicta* que: «en los procedimientos de recusación, los individuos o las instituciones que resuelven la recusación deben asumir que las declaraciones emitidas por los árbitros recusados son realizadas en buena fe y son exactas excepto y hasta que se presenten pruebas convincentes que socaven dicha presunción» [Trad. Propia]. Vid. (IV) *Decision on the proposal to Disqualify L. Yves Fortier, QC, Arbitrator* en el asunto *Fábrica de Vidrio los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. contra la República Bolivariana de Venezuela* (ARB/12/21), de 5 de mayo de 2017.

tribunal de *Azurix*, es decir, el árbitro recusado, había trabajado para un bufete que era el que había propuesto al abogado de la demandante en *Azurix* como árbitro en *Duke*. Pero es que además, ese mismo bufete había prestado servicios jurídicos a la demandante, *Azurix*, y a su matriz, *Enron*, incluso una vez iniciado el procedimiento⁴²¹.

El tribunal entendió⁴²² que la recusación era extemporánea, por haberse planteado meses después de la primera noticia que se tuvo de este hecho, pero aun así aventura una posible resolución sobre el fondo, explicando que, hasta el momento, no considera que este hecho hubiese mermado la independencia del árbitro recusado o del resto de la formación arbitral, y que no existía riesgo de que ello sucediera⁴²³. Con todo, la demandada volvió a plantear el problema durante la fase de anulación.

El argumento de la demandada en la fase de anulación fue la incorrecta constitución del tribunal, en contravención del artículo 52 del Convenio, ya que uno de sus miembros no ofrecía garantías suficientes de que fuese a ejercer un juicio independiente⁴²⁴. Sin embargo, en esa fase, el comité de anulación entendió que el tribunal sí había sido constituido adecuadamente, por cuanto que éste, al haber dado el curso previsto al proceso de recusación, según lo dispuesto en el Convenio y las Reglas de arbitraje, cumplió con el estándar del artículo 52 del Convenio⁴²⁵. Además, recordó que, si el comité entrase a dirimir si la decisión sobre la recusación había sido correcta, estaría dando curso a una apelación, lo cual está vetado en el propio Convenio⁴²⁶.

En todo caso, el tribunal rechazó la solicitud de recusación. Dicha decisión ha sido criticada por parte de la doctrina, que entiende, como MATHEUS LÓPEZ, en

⁴²¹ *Decisión sobre la solicitud de Anulación de la República Argentina* en el asunto *Azurix Corp. contra Argentina* (ARB/01/02), de 1 de septiembre de 2009; pág. 251.

⁴²² Se trata de la *Decisión de Recusación* del 25/II/2005. No obstante, dicho documento no está disponible públicamente. Sin embargo, se alude a él tanto en la *Decisión sobre la Solicitud de Anulación* como en MATHEUS LÓPEZ, C.; *La independencia...*; op. cit., págs. 62-70.

⁴²³ *Decisión sobre la solicitud de Anulación de la República Argentina* en el asunto *Azurix Corp. contra Argentina* (ARB/01/02); pág. 270.

⁴²⁴ Según Argentina, por siete razones: 1) los roles cruzados del árbitro recusado y el abogado de la demandante en *Azurix* y *Duke*; 2) el ocultamiento por parte del árbitro recusado de su participación en el caso *Duke* hasta un momento posterior al planteamiento de la recusación por la demandada; 3) el hecho de que el árbitro recusado aportase información engañosa acerca del conocimiento que tenía sobre la designación del abogado de la demandante como árbitro en el caso *Duke*; 4) las relaciones abogado-cliente entre el bufete para el que trabaja el árbitro recusado y la demandante y entre aquél y la filial de esta; 5) la omisión del árbitro recusado de investigar la relación del numeral 4), a petición de la demandada; 6) la renuncia del árbitro recusado a su antiguo bufete y 7) el rechazo de la prueba solicitada por Argentina en las resoluciones procesales nº 2 a 6 del Tribunal. Vid. *Decisión sobre la solicitud de Anulación de la República Argentina* en el asunto *Azurix Corp. contra Argentina* (ARB/01/02); pág. 252

⁴²⁵ *Decisión sobre la solicitud de Anulación de la República Argentina* en el asunto *Azurix Corp. contra Argentina* (ARB/01/02); párrafos 279-281 y 286-288.

⁴²⁶ *Ibid.*, pág. 282.

primer lugar, que el causal de anulación contenido en la letra a del artículo 52.1 del Convenio fue diseñado para abarcar impedimentos relacionados con los árbitros, y particularmente la ausencia de calificaciones que deben poseer los árbitros⁴²⁷ y, en segundo lugar, que al ser la imparcialidad y la independencia cualidades que los árbitros deben mantener a lo largo de todo el proceso, el Convenio ha habilitado diversos mecanismos para denunciar su ausencia, uno de los cuales sería la recusación, que tendría una proyección *intra causam*, otro, diferente, sería la anulación, que tendría una proyección *post causam* y se dirige no contra el árbitro, sino contra el laudo arbitral, centrándose solamente en errores procesales y no sustantivos⁴²⁸.

Un último asunto, más reciente, en que se evaluó la imparcialidad e independencia de una árbitra que había prestado servicios profesionales a una de las partes, es el caso *Total c. Argentina*, donde el comité de anulación tuvo que abordar si el haz de relaciones que mantenía una árbitra con una de las firmas encargadas de representar a la demandante⁴²⁹ desvirtuaba o no la imparcialidad e independencia de aquélla. Dichas relaciones consistían en, primero, un servicio profesional consistente en un asesoramiento verbal a una sociedad china cliente del bufete que asesoraba en *Total* a la demandante; servicio que había tenido lugar a instancia de esta última una vez se había iniciado el procedimiento de anulación⁴³⁰; segundo, la circunstancia de ser la madre de un joven que había realizado prácticas profesionales en la oficina parisina del bufete y; tercero, el haber sido letrada de dicho bufete en un asunto judicial en Hong Kong.

El tribunal entendió que, en realidad, los servicios no habían sido prestados por la recusada a la firma de la demandante, sino a otra empresa que había contratado a la vez con dicha firma. Este evento se desarrolló en Hong Kong, cuya tradición jurídica es de inspiración eminentemente anglosajona, de manera que allí

⁴²⁷ MATHEUS LÓPEZ, C.; *La independencia...*; op. cit., págs. 86-87.

⁴²⁸ *Ibid.*, pág. 87.

⁴²⁹ En un documento ulterior, los servicios jurídicos de la demandada aclaran que, en realidad, la conexión que, según ellos, hacía peligrar la independencia de la árbitra no era la relación de ésta con la empresa que prestaba servicios jurídicos de la demandante por este mismo hecho, sino por el hecho de que esta empresa prestaba servicios jurídicos a otras demandantes que, en otros procedimientos, litigaban contra la demandada. Se trata de un supuesto de hecho muy similar a un caso anterior *Fábrica de Vidrios de los Andes c. Venezuela* (ARB/12/21), en que un árbitro se había abstenido de seguir conociendo del asunto; vid. *Observaciones adicionales de la República Argentina sobre la propuesta de recusación de la Sra. Cheng* en el asunto *Total, S.A. c. República Argentina* (ARB/04/01); párrafos 26-28.

⁴³⁰ En cuanto a la primera circunstancia, es necesario indicar que ésta no era ajena a la casuística del CIADI. Ya en 2013, en el asunto *Repsol, S.A. y Repsol Butano, S.A. contra Argentina* (ARB/12/38), un árbitro había sido recusado por haber participado como co-asesor de una demandante en un asunto ante la CCI. Según alegó el recusado, se trató de una participación limitada como experto en Derecho mexicano, lo que hizo concluir al Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI, Jim Yong Kim, que no se producía por ello una quiebra de la imparcialidad. Vid. *Decisión sobre la propuesta de recusación a la mayoría del tribunal*, asunto *Repsol S.A. y Repsol Butano S.A. contra Argentina* (ARB/12/38); párrafos 85-86.

coexisten dos profesiones jurídicas distintas, cuales son la de *solicitor* y la de *barrister*, aquella encargada de dar consejos o dictámenes legales generales, así como de la representación y asesoramiento en procesos ante tribunales de instancia y de la preparación de asuntos para los *barristers*⁴³¹, que están especializados en los procedimientos ante tribunales superiores, así como en el asesoramiento legal especializado⁴³².

En este escenario, la árbitra recusada había actuado como *barrister*, prestando un servicio de asesoramiento jurídico a una sociedad mercantil que fue la encargada de pagar sus honorarios, si bien en realidad éstos fueron tramitados por la firma. La relación, además, había sido puntual, sin que se hubiese acreditado ningún tipo de dependencia entre la árbitra y la firma, siempre según el parecer del tribunal⁴³³. El hecho de que la sociedad mercantil hubiese contactado con la árbitra bajo la referencia de los *solicitors* de la firma implicada no fue suficiente para desmontar la presunción de independencia e imparcialidad⁴³⁴. El tribunal remata explicando que:

«El análisis objetivo de la totalidad de los hechos y circunstancias que aparecen acreditados en este caso, incluyendo el beneficiario del servicio, la duración del mismo, el monto involucrado, la no intervención de ninguno de los abogados que actúan en este caso o actuaron en el arbitraje, y la inexistencia de vínculo entre el servicio y las Partes o los asuntos tratados en este caso, llevan a la mayoría del Comité a concluir, respecto de la gestión realizada por la Señora Cheng para la Sociedad China, que no aparece acreditada en forma alguna la relación contractual que alega Argentina, ni una circunstancia que tenga la entidad suficiente para considerar que, respecto de la Señora Cheng, hay una ausencia manifiesta de las calidades exigidas por el artículo 14(1)»⁴³⁵.

⁴³¹ Vid. *English Oxford Living Dictionaries (Dictionary)*, consultado online en <https://en.oxforddictionaries.com/definition/solicitor>. Consultado el 01/X/2018.

⁴³² Vid. *English Oxford Living Dictionaries (Dictionary)*, consultado online en <https://en.oxforddictionaries.com/definition/barrister>. Consultado el 01/X/2018. A pesar de las distinciones, PARTINGTON afirma que la tendencia es a la confluencia de ambas profesiones, puesto que las fronteras entre las funciones de *barristers* y *solicitors* son cada vez más borrosas, lo que se ha puesto de manifiesto con la reciente abrogación del principio según el cual el la defensa técnica de las partes ante los altos tribunales –la *High Court* y las *appeal courts*– estaba reservada a los miembros del *Bar*. El autor incluso pone sobre la mesa la posibilidad de una fusión entre ambas profesiones en el medio plazo, lo que se ha intentado conseguir con la promulgación de la Access to Justice Act de 1999; si bien es cierto que ANDREWS considera que el cambio legislativo introducido por dicha ley es un fracaso, a la vez que recoge una serie de razones que abogan en contra de la abrogación de dicho principio. Vid. PARTINGTON, M.; *Introduction to the English Legal System*; Oxford University Press, Oxford, 2010; págs. 243-244 y ANDREWS, N.; *English Civil Procedure*; Oxford University Press; Oxford, 2010; págs. 47 y 417.

⁴³³ *Decisión de Recusación del comité de anulación de Total, S.A. contra Argentina (ARB/04/01)*, de 26/VIII/2015; pár. 112.

⁴³⁴ *Ibid.*; pár. 116. Sin embargo, para la Procuraduría de la Nación argentina, el problema no es tanto que hubiese sido la firma quien hubiese puesto en contacto a la árbitra con la sociedad mercantil, sino que en el procedimiento anterior la árbitra había trabajado bajo instrucciones de la firma de servicios jurídicos. Vid. *Observaciones adicionales de la República argentina...*, pár. 25.

⁴³⁵ *Ibid.*; pár. 117.

Como se aprecia, el tribunal adopta un test mucho menos restringido que en *Compañía de Aguas del Aconquija* (comité *ad hoc*) para evaluar si una determinada circunstancia debe ser valorada como *de minimis*. El resultado es una eliminación de la necesidad de transparencia que se requería en el test de *Compañía de Aguas del Aconquija*, y la conclusión de que la existencia de relaciones profesionales directas entre el árbitro recusado y un agente de la parte no es homologable a la existencia de relaciones profesionales directas entre árbitro recusado y parte. No debe olvidarse, bien es cierto, que se trata de una recusación en la que la relación controvertida del árbitro no es con la parte, sino con la asesora jurídica de la parte⁴³⁶. Mas, en todo caso, esta circunstancia no modifica la gravedad de los hechos si se atiende al principio, extendido, según el cual la imparcialidad no sólo se ve comprometida por las relaciones entre quien juzga y las partes, sino también entre aquél y los representantes técnicos de éstas. Por otro lado, sorprende que el tribunal no se pronunciara acerca de la actualidad de la relación profesional. En este sentido, se debe entender que la actualidad de la relación controvertida aumenta la gravedad de ésta, según expresa MATHEUS LÓPEZ, referido *supra*, ya que la intensidad de la relación alcanza, lógicamente, su culmen temporal en el momento en que se perfecciona y, por ello, las garantías deberían ser mayores en estos supuestos.

Por lo que hace a la tercera circunstancia, a la sazón el haber trabajado como letrada para dicha firma en un litigio dirimido ante los tribunales de Hong Kong, el tribunal expresa que se trata de un servicio puntual, acontecido siete años antes del litigio y que, por ello, no permite que prospere la solicitud de recusación. En cuanto al resto de motivos alegados –esto es, que el hijo de la recusada haya participado en un programa de prácticas (en el texto original en inglés, *internship*) en un despacho del bufete, así como la participación de aquélla en un arbitraje en que estaba implicado el bufete de la demandante-, estos conforman, según el tribunal, «hechos aislados, ocurridos a lo largo de muchos años, que ninguna conexión tienen entre sí»⁴³⁷.

⁴³⁶ Bien es cierto que se trata del bufete de abogados que participa en más arbitrajes CIADI a nivel mundial, *Freshfields Bruckhaus Deringer*, con 71 casos en 2011, 39 por encima de la siguiente. Es, según EBERHARDT y OLIVET, de lejos el bufete de arbitraje de inversiones dominante durante la década pasada. Vid. EBERHARDT, P.; OLIVET, C.; *Profiting from injustice. How law firms arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*; Corporate Europe Observatory y Transnational Institute; Bruselas/Amsterdam, 2012; pág. 20.

Este dato es relevante porque ayuda a comprender un matiz de gran trascendencia a la hora de analizar las relaciones profesionales dentro del sistema CIADI: al tratarse el mercado del asesoramiento jurídico en arbitraje de inversiones de un mercado oligopólico, es común ver que los nombres de los árbitros, así como de los bufetes se repiten, casi tanto, como los de los Estados demandados. Si esta circunstancia, que indudablemente ha levantado suspicacias acerca de su justicia, debería relajar los criterios de independencia e imparcialidad es una pregunta abierta cuya respuesta se antoja, desde este trabajo, negativa.

⁴³⁷ *Ibid.*; pág. 127.

2.3.1.3. Árbitros habitualmente designados por la misma parte o asesoría jurídica

Una relación muy común, pero de difícil clasificación es la que se produce cuando una parte designa en reiteradas ocasiones al mismo árbitro en diferentes procedimientos a lo largo del tiempo. Se considera que resulta de difícil clasificación, porque se sitúa en la frontera entre la relación profesional y la personal, sembrando así dudas acerca de la imparcialidad del árbitro en sentido iusprivatista. Lo cierto es que una analogía judicial sería impensable, pues el principio del juez predeterminado por la ley, que es garantía de la independencia judicial en la jurisdicción ordinaria, impide cualquier posibilidad de elección del juez por las partes, lo que se consigue a través de mecanismos como las normas de reparto.

Sea como fuere, el tema ha sido recurrente en las solicitudes de recusación del sistema CIADI. Un primer asunto en que se planteó esta cuestión fue *Electrabel c. Hungría*, donde la árbitra designada por la demandada lo había sido también en otro caso, *AES c. Hungría*, en el que concurrían una serie de factores que, según la opinión de la demandante, podrían comprometer la imparcialidad de la árbitra. Tales factores eran los siguientes: que ambos procedimientos versaban sobre contratos de compra de energía en los que la demandada era Hungría, que ambos habían surgido a causa del mismo decreto gubernamental, que en ambos la norma jurídica material aplicable en el arbitraje era la misma –a la sazón, el TCE- y que incluso se habían iniciado el mismo día⁴³⁸. De todos estos factores, el tribunal sólo consideró relevante el hecho de que ambos procedimientos versasen sobre la producción energética en Hungría⁴³⁹, si bien entendió que en aquel momento, aún era demasiado temprano como para saber si, efectivamente, se produciría un solapamiento entre ambos procedimientos, con lo cual venía a aceptar que, a lo largo del procedimiento, se debería prestar atención a este extremo⁴⁴⁰, aunque la decisión final fue desestimatoria⁴⁴¹.

Entre otros asuntos en que un tribunal del sistema CIADI tuvo que dilucidar si las designaciones repetidas de árbitros por una misma parte o equipo jurídico implicaba una quiebra de la independencia y la imparcialidad, destacan el caso *Tidewater c. Venezuela* y *OPIC Karimum c. Venezuela*. En ambos, los tribunales

⁴³⁸ *Decision on the claimant's proposal to disqualify a member of the tribunal* en *Electrabel contra Hungría* (ARB/07/9), de 25/II/2009; pág. 34. El Gobierno húngaro contestó que ambos procesos no cumplían con los requisitos de la noción clásica de casos relacionados, es decir, aquellos que involucran un mismo contrato, o contratos que son dependientes entre sí, o que versan sobre la misma inversiones o tratan acerca de las mismas infraestructuras u operaciones o que implican a las mismas partes. Vid. pág. 24.

⁴³⁹ *Ibid.*; pág. 40.

⁴⁴⁰ *Ibid.*; pág. 44.

⁴⁴¹ *Ibid.*; pág. 46.

rechazaron las propuestas de recusación planteadas, sin embargo, la argumentación jurídica fue modificándose a lo largo del tiempo.

En el asunto *Tidewater*, en 2010, el tribunal entendió que la circunstancia de que un mismo árbitro fuese designado en múltiples ocasiones por la misma parte era «neutral», ya que «en cada caso el árbitro [ejercía] la misma función arbitral independiente»⁴⁴². A la vez que discurría que las razones que se esconden tras unas designaciones repetidas pueden resultar tanto de la acreditada independencia e imparcialidad de los árbitros, como de la ausencia de dichas independencia e imparcialidad. De manera que, para el tribunal, en este tipo de situaciones solamente pueden surgir dudas justificadas, bien cuando existe una dependencia financiera entre el árbitro y quien le designa, bien cuando, a causa de haber participado en otros arbitrajes, el árbitro se ve influido por factores al margen del caso⁴⁴³.

Por otro lado, los fundamentos jurídicos que el tribunal de *OPIC Karimum* ofreció en 2011 son frontalmente opuestos⁴⁴⁴. Este tribunal partió de la idea de que las designaciones múltiples de un mismo árbitro por una misma parte pueden poner en peligro la confianza de inversores y Estados en el sistema CIADI, al crear la percepción de que dichas designaciones múltiples surgen a causa de relaciones de familiaridad entre los sujetos implicados, de suerte que

«Desde nuestro punto de vista, los múltiples nombramientos de un árbitro son un indicativo objetivo de la expectativa de las partes y sus asesores de que el resultado del litigio tiene más probabilidades de éxito con dicho árbitro como miembro del tribunal de las que tendría en caso contrario»⁴⁴⁵.

Para sostener su argumentación, el tribunal recurrió a las Directrices IBA, las cuales, en su listado naranja, recogen dos situaciones que tienen incidencia en este tipo de recusaciones: la primera, cuando «dentro de los tres años anteriores el árbitro ha sido designado como árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes o por una afiliada de éstas»⁴⁴⁶ y, la segunda, «cuando el árbitro desempeña en la actualidad funciones de árbitro, o lo ha hecho dentro de los tres años anteriores, en otro arbitraje con tema relacionado en el que estaba involucrada una de las partes o una afiliada de una de las partes»⁴⁴⁷. A pesar de que dichas

⁴⁴² *Decisión sobre la recusación de la profesora Brigitte Stern* en el asunto *Tidewater et al. contra Venezuela* (ARB/10/05), de 23/XII/2010; pág. 60. [Trad. Propia].

El supuesto de hecho en *Tidewater* era que la árbitra recusada había sido nombrada el mismo año, por la misma parte y la misma asesoría jurídica en otro caso, *Universal Compression*.

⁴⁴³ *Ibid.*; pág. 62.

⁴⁴⁴ El rechazo a la tesis mantenida en *Tidewater* es frontal, como se pone de manifiesto en el artículo 47 de la propia *Decisión sobre recusación*.

⁴⁴⁵ *Decisión sobre recusación* en el asunto *OPIC Karimum Corp. contra Venezuela* (ARB/10/14), de 5/V/2011; pág. 47 [Trad. Propia].

⁴⁴⁶ Directrices IBA sobre conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional de 2014; situación 3.1.3 (listado naranja).

⁴⁴⁷ *Ibid.*; situación 3.1.5 (listado naranja).

Directrices IBA no tienen carácter vinculante, como lo reconoce el propio tribunal, sí ponen sobre la mesa la idea de que las designaciones múltiples pueden poner en duda la independencia e imparcialidad de un árbitro; idea que, como ya se ha puesto de relieve, el tribunal acogió.

A pesar de lo anterior, finalmente, el tribunal de *OPIC Karimum* rechazó la propuesta de recusación por dos razones. La primera, que los nombramientos del árbitro recusado por parte de la misma asesoría jurídica se habían producido en casos en que la demandada no era Venezuela, sino Turkmenistán, lo cual no podría ser considerado como múltiples nombramientos, al tratarse de partes diferentes⁴⁴⁸. Así que los miembros restantes del tribunal acabaron por centrarse en la relación entre el árbitro recusado y la asesoría jurídica, para lo cual aplicaron un test muy parecido al de *Tidewater*, al centrarse en la eventual dependencia financiera entre el árbitro recusado y la parte que lo había designado, llegando a la conclusión de que tal dependencia financiera era inexistente y que, por ende, el árbitro recusado seguía reuniendo las cualidades del artículo 14 del Convenio CIADI⁴⁴⁹.

Tan sólo quince días después de la Decisión de la Recusación en *OPIC Karimum*, el Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI, Robert Zoellick, se desvió del criterio de dicho tribunal en este caso, con ocasión de la Decisión sobre la Recusación de la mayoría del tribunal en el caso *Universal Compression c. Venezuela*. Allí, Zoellick recordó el papel meramente indicativo y no vinculante de las Directrices de la IBA⁴⁵⁰, y retomó el test de *Tidewater*, enfocándose en el doble hecho de si la árbitra recusada tenía vínculos financieros con el bufete o la parte que la designa⁴⁵¹ y de si la naturaleza y el objeto de los arbitrajes en que se había desempeñado con anterioridad eran susceptibles de crear prejuicios favorables a la posición de la parte que la había designado⁴⁵², a la sazón, la demandada.

Esta perspectiva fue también acogida por el siguiente Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI, Jim Yong Kim, en el asunto *Repsol c. Argentina* en 2013⁴⁵³, en el que la demandada, Argentina, recusó a dos de los árbitros del tribunal. En este asunto, uno de los árbitros también había sido nombrado por la parte actora en otro asunto CIADI, *CIT Group c. Argentina* (ARB/04/9), a lo que se debe añadir que ya en aquél momento la recusante-demandada se había opuesto a su nombramiento,

⁴⁴⁸ Decisión sobre recusación en el asunto *OPIC Karimum Corp. contra Venezuela* (ARB/10/14), de 5/V/2011; pár. 53.

⁴⁴⁹ *Ibid.*; pár. 55.

⁴⁵⁰ Decisión sobre la recusación de la mayoría del tribunal en el asunto *Universal Compression, SLU contra la República Bolivariana de Venezuela* (ARB/10/9), de 20/V/2011; pár. 76.

⁴⁵¹ *Ibid.*; párrafos 77 y 87.

⁴⁵² *Ibid.*; párrafos 80 a 83.

⁴⁵³ Decisión sobre la propuesta de recusación de la mayoría del tribunal en el asunto *Repsol, S.A. contra Argentina* (ARB/12/38), de 13/XII/2013; pár. 84.

si bien sin expresar los motivos⁴⁵⁴. En todo caso, esta sola circunstancia no era base suficiente para considerar que el árbitro recusado actuaría sin imparcialidad, a los ojos del Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI.

El otro recusado en *Repsol c. Argentina*, lo había sido, entre otras cosas, por un nombramiento como árbitro en un asunto anterior, *Teco Guatemala c. Guatemala* (ARB/10/23), siendo que dicho nombramiento había sido realizado a instancia de la misma asesora jurídica de la demandante. En lo relativo a este particular, el Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI concluyó que

«un único nombramiento por una parte diferente en un caso sin relación alguna, aun cuando estuviese representada por la misma firma, no constituye evidencia de la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el artículo 14.1 del Convenio del CIADI»⁴⁵⁵.

Tres años después de la decisión sobre la recusación en *OPIC Karimum*, otro tribunal tuvo la oportunidad de confrontar ésta decisión con la homónima de *Tidewater*. Se trata del asunto *Caratube International c. Kazajstán*. En este caso, el árbitro nombrado por la demandada había sido también designado por la misma en un caso CNUDMI cuyo objeto era muy similar: *Ruby Roz Agricol c. Kazajstán*. Además, tanto en *Caratube* como en *Ruby Roz*, la asesora jurídica de la demandada era la misma. Por tanto, había identidad de demandada y asesora y similitud de objeto procesal. A esto se une la circunstancia de que el árbitro recusado también había sido nombrado por la misma asesoría jurídica en otros arbitrajes de inversiones ante el CIADI y la CCI. En este caso, los dos miembros restantes del tribunal prefirieron el criterio de *Tidewater* sobre el de *OPIC Karimum*, acerca del cual razonaron que «lo que es decisivo no es la expectativa de la parte o de su asesor de que el árbitro nombrado por ellos decidirá en su favor, sino la habilidad del árbitro para ejercer un juicio independiente»⁴⁵⁶. De manera que, aplicando el criterio establecido en *Tidewater*, concluyeron que no se había demostrado dependencia financiera del árbitro con la parte o su asesoría jurídica⁴⁵⁷. Sin embargo, la recusación fue estimada por otras razones que son objeto de análisis *infra*.

2.3.1.4. Relaciones amistosas u hostiles: opiniones adversas, falta de motivación y falta de trato desigual

Dentro de esta categoría de relaciones amistosas u hostiles se englobarían situaciones en que la amistad o enemistad nace de relaciones interpersonales, así

⁴⁵⁴ *Ibid.*, párrafos 50 y 52.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, párrafos 85 y 86.

⁴⁵⁶ *Decision on the proposal for disqualification of Mr Bruno Boesch* en el asunto *Caratube International Oil Company LLP & Mr. Devincci Salah Hourani* contra la República de Kazajstán (ARB/13/13), de 20/III/2104; pár. 107.

⁴⁵⁷ *Ibid.*; pár. 104 y 106.

como aquéllas en que una predisposición favorable o desfavorable se puede inferir a través de actos externos de los árbitros recusados, como pueden ser la emisión de resoluciones procesales adversas a la parte o la emisión de opiniones que directa o indirectamente reflejen tales actitudes. Se comenzará aquí analizando las recusaciones que, dentro del sistema CIADI, se han planteado a causa de las opiniones vertidas por los árbitros.

En este sentido, un caso muy peculiar, desde el punto de vista procesal, lo constituye la Decisión sobre la Recusación del caso *Perenco c. Ecuador*. Se afirma que es peculiar porque, debido a un acuerdo entre las partes, la autoridad que emitió la decisión sobre recusación no fue el tribunal arbitral ni el Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI, sino el Secr. Gral. de la CPA. Pero es también peculiar porque la norma jurídico-procesal a la luz de la cual se debía decidir la recusación no era el Convenio CIADI, sino las Directrices IBA⁴⁵⁸.

La recusación de *Perenco* tenía por causa unas afirmaciones que el árbitro designado por la demandante había proferido en una entrevista que se había publicado en una revista estadounidense. Allí, el recusado, respondiendo a una pregunta del editor de la revista, expresaba que el problema más acuciante –en el texto original en inglés, «*most pressing issues*»- en torno al arbitraje internacional de inversiones era el problema de la aceptación y la disponibilidad de Bolivia y Ecuador de participar en él, destacando la negativa expresa que entonces manifestaba Ecuador a ejecutar las órdenes sobre medidas provisionales emitidas por sendos tribunales CIADI. El árbitro recusado terminaba añadiendo que

«cuando los Estados anfitriones *recalcitrantes* descubren que los demandantes van a actuar como aquéllos que fueron expropiados en Libia, aumentando los litigios sobre hidrocarburos [...], las políticas (públicas) pueden cambiar. Después de cierto punto nadie invertirá sin tener algo en lo que confiar»⁴⁵⁹.

En el análisis del caso, el Secr. Gral. de la CPA, asumiendo una postura garantista, empezó por establecer que el criterio que consagran las Directrices de la IBA es el de la sospecha razonable de imparcialidad –en el texto original en inglés, «*appearance of bias*»-, no siendo exigible demostrar que el recusado sea efectivamente parcial –en el texto original en inglés, «*actually biased*»-, es decir, no debiendo aplicarse el test de riesgo real de imparcialidad⁴⁶⁰.

De manera que, aplicando el test de la sospecha razonable de parcialidad, el Secr. Gral. razonó que el árbitro recusado ofrecía dudas acerca de su imparcialidad, lo que se ponía de relieve, por un lado, al haber utilizado contra el demandado un término peyorativo, como lo es «recalcitrante» -en inglés, en original,

⁴⁵⁸ Decisión sobre recusación en el asunto *Perenco Ecuador Ltd. contra Ecuador (ARB/08/6)*, de 8/XII/2008; pág. 9.

⁴⁵⁹ *Ibid.*; pág. 27 [Trad. Propia].

⁴⁶⁰ *Ibid.*; pág. 44.

«*recalcitrant*»⁴⁶¹; y, por otro lado, al haber comparado la situación de Ecuador con lo sucedido en la década de 1970 en Libia⁴⁶² y, por tanto, insinuando que se había producido una expropiación injusta y que los demandantes, al igual que en aquella ocasión, deberían recurrir a otras vías para ejecutar los laudos, al negarse Ecuador a someterse al arbitraje internacional⁴⁶³. Consecuentemente, la recusación fue aceptada, razonando el Secr. Gral. de la CPA que las declaraciones del árbitro recusado

«No permiten concluir que el Juez Brower haya, *en realidad*, prejuzgado el tema de la expropiación. Sin embargo, desde la perspectiva de una tercera persona razonable, los comentarios dan lugar a una *apariencia* de que el Juez Brower ha prejuzgado el asunto»⁴⁶⁴.

También en el caso *Burlington Resources c. Ecuador*, el Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI, Jim Yong Kim, debió dilucidar si las opiniones del árbitro recusado sembraban dudas acerca de su imparcialidad, llegando a la misma conclusión que en *Perenco*. En *Burlington*, la demandada había recusado al árbitro por lo que consideraba una conducta no equitativa por su parte en la conducción del arbitraje. El causal fue rechazado, según se verá brevemente, pero el árbitro decidió ejercer la facultad establecida en la Regla de Arbitraje 9, según la cual «el árbitro a quien se refiera la propuesta podrá sin dilación ofrecer explicaciones al Tribunal o al Presidente, según fuere el caso». En dichas explicaciones, el recusado manifestó:

«Dechert [un conocido bufete jurídico internacional] ha censurado a este árbitro por razones éticas [...] Pero la verdadera cuestión ética debería ser el manejo de información confidencial por parte de Dechert. Según el mejor conocimiento de este árbitro, la correspondencia relativa a la revelación de otros temas en *Pan American c. Bolivia* forma parte del registro confidencial de dicho caso. Dechert tiene conocimiento de esa correspondencia como asesor jurídico de Bolivia, pero no parece apropiado ni éticamente justificado que dicha información sea utilizada para ventaja de un cliente diferente de Dechert»⁴⁶⁵.

El Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI entendió sagazmente que tales comentarios no tenían como objetivo la simple refutación de la propuesta de recusación, y que,

⁴⁶¹ *Íbid.*, pág. 50.

⁴⁶² El árbitro recusado se refería a las nacionalizaciones llevadas a cabo tras el golpe de estado de 1969 en Libia por parte del Movimiento de los Oficiales Libres. Dichas nacionalizaciones, que afectaron a conocidas empresas petroleras occidentales dieron pie a la creación de la *National Oil Corporation* en 1970. Vid. VVAA; *Libya Mining Laws and Regulations Handbook* (vol. 1); International Business Publications; Washington DC, 2016; págs. 62-66.

⁴⁶³ *Decisión sobre recusación* en el asunto *Perenco Ecuador Ltd. contra Ecuador* (ARB/08/6), de fecha 8 de diciembre de 2008, pág. 51.

⁴⁶⁴ *Íbid.*, pág. 58.

⁴⁶⁵ *Decisión sobre la propuesta de recusación del profesor Francisco Orrego Vicuña* en *Burlington Resources, Inc. contra Ecuador* (ARB/05/5), de 13/XII/2013; pág. 79. [Trad. Propia].

además, la dicción de dicho párrafo evidenciaba una apariencia de falta de imparcialidad por parte del recusado⁴⁶⁶.

Más tarde, en 2014, las opiniones adversas vertidas por un árbitro en el asunto *RSM Production c. Santa Lucía* dieron pie a una recusación. Si bien el objeto de la opinión desfavorable no fue en este caso una parte, sino los conocidos como «terceros financiadores» –en original, en inglés, «*third party funders*»⁴⁶⁷. En este litigio, el tribunal arbitral decidió aceptar la solicitud de fianza para las futuras costas procesales realizada por el Estado demandado y el árbitro nombrado por dicho Estado presentó un voto particular concordante en el que justificaba la adopción de dicha medida cautelar, a la vez que criticaba el rol de los terceros financiadores con las siguientes palabras:

«Es cada vez más común en las demandas iniciadas al abrigo de TBIs sean financiadas por un tercero financiador identificado o no identificado (como es el caso aquí) [...] que emprende la iniciativa empresarial de adelantar dinero para financiar la pretensión de la demandante [...] pero, si no se adopta una medida cautelar de fianza para eventuales costas, el tercero financiador no se arriesga más que a perder los gastos ya realizados en el caso de que su parte sea condenada en costas.

Semejante plan de negocios es, para un inversor, como abrazar el Nirvana de los *apostadores*: si sale cara, gano; si sale cruz, no pierdo.

Los redactores del Convenio no habrían podido prever de ninguna manera la emergencia de una nueva industria de *aventureros mercantiles* como los financiadores profesionales de demandas al amparo de los TBIs [...] Como ajenos a la legitimación según los TBIs, dichos inversores deberían correr con el mismo nivel de riesgo que el demandante nominal»⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ *Íbid.*, pág. 80.

⁴⁶⁷ Según SAHANI «Los terceros financiadores son entidades que invierten en pleitos judiciales y arbitrales en busca de beneficios financieros. Normalmente se trata de inversores financieros pasivos, si bien en algún caso pueden adoptar roles más activos, es decir, aconsejan y dan ideas sobre cómo proteger sus propias inversiones y conseguir que la empresa resulte exitosa». Vid. SAHANI V.S.; «*Reshaping third-party funding*» en *Tulane Law Review*, vol. 91, núm. 3, 2017; pág. 407. En el ámbito español, FERNÁNDEZ MASIÁ ha abordado el estudio de esta figura, que ha definido como «aquel método de financiación que se articula a través de un contrato en virtud del cual un tercero, que suele ser una empresa especializada en estas cuestiones, facilita a una parte que pretende iniciar un litigio los fondos necesarios para afrontar los costes legales de ese litigio a cambio de una retribución»; para este autor, esta figura cumpliría una finalidad muy similar a la del pacto de *cuota litis* o los seguros de defensa jurídica *before-the-event* y *after-the-event*. Vid. FERNÁNDEZ MASIÁ, F.; «*La financiación por terceros en el arbitraje internacional*» en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 2, 2016; páginas 204-220. Sobre este fenómeno, resulta interesante el abordaje de ROGERS quien destaca la gran cantidad de críticas de que ha sido objeto, si bien se ha ido aceptando dicha práctica en numerosos foros, principalmente debido a que el costo de litigar «se ha vuelto prohibitivo en algunos sistemas»; destacando que es una práctica expresamente autorizada en países como el Reino Unido o Australia, estando sólo prohibida en Grecia y Portugal, dentro del ámbito del sistema continental de Derecho en Europa. Vid. ROGERS, C.A.; *Ethics in international arbitration*; Oxford University Press, 2014; págs. 177-182.

⁴⁶⁸ *Decisión sobre la propuesta del demandante para la recusación del Dr. Gavan Griffith QC* en *RSM Production Corporation contra Santa Lucía* (ARB/12/10); pág. 41 [Trad. Propia; énf. añadido].

Para la demandante, la descripción de los terceros financiadores como «aventureros mercantiles» y la asociación con los «apostadores» eran radicales en el tono y negativos y prejuzgaban la cuestión de si un demandante financiado externamente debería ser sometido a una medida cautelar civil de fianza sobre las costas procesales⁴⁶⁹. Para los dos miembros restantes del tribunal, si bien las expresiones utilizadas por el recusado eran «metáforas fuertes y figurativas», la finalidad de las mismas era «clarificar y enfatizar el argumento que sostenía dicho árbitro», de manera que no cabía entender que el recusado se estuviese guiando en su enjuiciamiento por otros factores ajenos al fondo del asunto⁴⁷⁰.

Otro motivo de recusación que puede ser enmarcado dentro de la categoría de relaciones amistosas u hostiles entre los árbitros y las partes son los casos en que los tribunales emiten resoluciones procesales adversas a las partes. Éstas han servido para recusar en los asuntos *Abaclat*, *Burlington Resources*, *BSG Resources*, *ConocoPhillips*, *Participaciones Inversiones Portuarias* y *Suez*. El primero de ellos, *Abaclat c. Argentina* es conocido por ser resultado de la mayor acción colectiva dentro del arbitraje CIADI –con más de 60.000 obligacionistas que actuaron en calidad de litisconsortes activos⁴⁷¹. En este asunto se plantearon dos recusaciones en momentos diferentes. En la primera recusación, la autoridad encargada de decidir fue el Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI⁴⁷², si bien, a petición de la demandada, el Secr. Gral. de la CPA emitió un informe acerca de la concurrencia de la imparcialidad y la independencia en el árbitro recusado a la luz del Convenio CIADI.

En *Abaclat*, el conflicto nacía del hecho de que, con ocasión de un pronunciamiento urgente sobre medidas provisionales solicitado por la demandada, dos miembros del tribunal, el presidente y el árbitro designado por los demandantes, habían emitido la decisión sin esperar por la publicación de la opinión disidente del tercer árbitro y, según argumentaba la demandada, sin tener

⁴⁶⁹ *Ibid.*, pág. 42.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, pág. 84.

⁴⁷¹ En *Abaclat*, el tribunal tuvo que enfrentar una multitud de problemas prácticos, a menudo farragosos, v. gr., en cuanto al alcance de la jurisdicción del tribunal, la validez del consentimiento del demandante o la autonomía de los demandantes que actuaban como miembros de una organización que agrupaba a una parte de los mismos. Un análisis de este caso puede encontrarse en AGGARWAL, M; MAYNARD, S; «*Investment Treaty Arbitration Post-Abaclat towards a Taxonomy of Mass Claims*» en *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2014; vol. 3; págs. 825-852.

⁴⁷² Así lo hizo, de hecho en la Decisión de 21 de diciembre de 2011, en donde el Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI, Robert Zoellick, se remitió *in toto* al informe del Secr. Gral. de la CPA, sin añadir más fundamentaciones jurídicas. Aunque se trata de una circunstancia hartamente inusual, ello no debería ser óbice para criticar una actitud que, por desdichosa, parece tener la virtud de erosionar la necesaria profesionalidad que deben ostentar los agentes que actúan en el seno de organizaciones internacionales.

en cuenta la prueba propuesta por ésta y sin motivar tal Pronunciamento Urgente⁴⁷³.

Las circunstancias que venían a sostener la falta de imparcialidad eran el rechazo a la solicitud planteada por la demandada, las supuestas limitaciones a su derecho de defensa, el prejuzgamiento que, supuestamente, se desprendía de la decisión y la emisión de la decisión sin esperar por la emisión del voto particular del tercer árbitro. En lo que hace a la primera de las circunstancias, la demandada argumentaba que la falta de imparcialidad se colegía del

«Rechazo por parte de la mayoría del Tribunal de la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales de manera abrupta, sin expresar sus motivos, sin considerar la nueva evidencia que se estaba presentando respecto de la existencia de fraude y error esencial, y al prejuzgar sobre la validez del consentimiento de los Demandantes»⁴⁷⁴.

De todas las causas enumeradas, quizá este sea la más interesante desde un punto de vista teórico. El Secr. Gral. de la CPA, razonó que una resolución desestimatoria por sí sola no es suficiente para sembrar dudas acerca de la imparcialidad de quien la emite. Aunque aclaró que si «el tribunal estuviera influido por una cosa distinta más allá de su análisis de los argumentos de las partes»⁴⁷⁵, sí se hubiera puesto de manifiesto una falta de imparcialidad.

Sin embargo, no se escapa que el Secr. Gral. de la CPA elude tratar el tema de la falta de motivación de la resolución; circunstancia que había sido puesta de relieve por la demandada⁴⁷⁶, y que, según se sostiene, sí parece tener la fuerza de generar dudas acerca de la imparcialidad de los árbitros. No se olvide la función que el deber de motivación juega en aras a despejar o cuanto menos minimizar la posibilidad de dictar una resolución arbitraria⁴⁷⁷. En lo que toca al resto de

⁴⁷³ A la sazón, lo que se venía a solicitar en el Pronunciamento era que el tribunal tomase medidas para esclarecer las consecuencias de las falsificaciones de los consentimientos que se habían otorgado a la empresa demandante para actuar en juicio en nombre de algunos de los obligacionistas; hecho que se había puesto de relieve poco antes, con motivo de la iniciación de un proceso penal en Italia -estado del que provenían todos los obligacionistas- a causa de dichas falsificaciones. Vid. *Solicitud de recusación del Presidente Pierre Tercier y del Árbitro Albert Jan van den Berg*; en el asunto Abaclat y otros contra Argentina (ARB/07/05), de 15/IX/de 2011; párrafos 5-10.

⁴⁷⁴ *Solicitud de recusación del Presidente Pierre Tercier y del Árbitro Albert Jan van den Berg* en el asunto Abaclat y otros contra Argentina (ARB/07/05), de 15/IX/2011, p. 12.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 80.

⁴⁷⁶ Así se hace en los párrafos 13 y 14 de la Solicitud de Recusación presentado por Argentina el 15 de septiembre de 2001. Sin embargo, en esa Solicitud, se hace referencia a los párrafos 500 y 501 de la *Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad* de 4/VII/2011, sino al párrafo 466 y anteriores de dicha Decisión, en donde la mayoría del Tribunal, tras un análisis sucinto, dictamina que, al no parecer que el otorgamiento de consentimiento y poder se haya realizado mediante sistemático fraude y coerción, el otorgamiento del consentimiento es válido. Si bien escapa al tema de este trabajo, no puede dejarse escapar la ocasión de criticar lo desatinado de una decisión tan poco garantista para la demanda, pero también para los demandantes.

⁴⁷⁷ Así se expresa, por ejemplo, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.; *Derecho procesal civil*, tomo 1; 3ra edición; Editorial Andavira; Santiago de Compostela, 2012; págs. 373-374.

circunstancias, el informe zanja el conflicto, alegando que Argentina no aporta pruebas que sostengan su tesis de que la mayoría del tribunal actuó sin imparcialidad e independencia al tomar la decisión, recalcando que, a su parecer, dicha falta de imparcialidad es una mera especulación⁴⁷⁸.

Años más tarde, en 2014, la demandada en *Abaclat* volvió a plantear otra recusación. En esta segunda ocasión, la recusante se quejaba de que las decisiones relativas al calendario de presentaciones demostraban «una falta absoluta de igualdad de trato entre las partes en claro detrimento del derecho de defensa de la República Argentina»⁴⁷⁹. Más concretamente, la recusante alegaba que, en una determinada fase del arbitraje, el tribunal había otorgado 314 días a los demandantes para preparar su memorial de réplica, mientras que a la demandante le había otorgado 75 días para redactar su Memorial de Dúplica⁴⁸⁰. Es importante resaltar que la recusante ya había mostrado su disconformidad con el calendario del tribunal anteriormente. Esta situación que se veía agravada por el hecho de que la mayoría del tribunal «[hubiese ignorado] los numerosos plazos y audiencias que Argentina [tenía] en otros arbitrajes al momento de fijar y confirmar [el] cronograma»⁴⁸¹. En este caso, el encargado de resolver la recusación fue, como en la decisión anterior, el Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI, Jim Yong Kim, si bien, a diferencia de lo ocurrido en la primera recusación, aquí no se solicitó informes de terceros.

El Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI observó que en *Abaclat c. Argentina* el tribunal había emitido un amplio número de resoluciones procesales, otorgando en algunas las solicitudes de las partes y denegándolas en otras⁴⁸², siendo que en el caso particular que había dado pie a la recusación, el tribunal arbitral había razonado su resolución tras haber permitido a las partes argumentar y tras haber deliberado⁴⁸³. Así, el Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI concluyó que

«la mera existencia de resoluciones adversas resulta insuficiente para probar una falta manifiesta de imparcialidad o independencia [...] de lo contrario, los procedimientos podrían ser interrumpidos constantemente por la parte cuya pretensión no ha sido concedida, prolongando así el proceso arbitral»⁴⁸⁴.

Será esta una idea –la de que *las resoluciones adversas no prueban una falta de imparcialidad*– recurrente en sucesivas decisiones sobre recusación en el sistema

⁴⁷⁸ Así en los párrafos 102, 129, 153 y, con carácter general, 157 de la *Decisión sobre Recusación del Presidente Pierre Tercier y del Árbitro Albert Jan van den Berg*; en el asunto *Abaclat* y otros contra Argentina (ARB/07/05), de 15 de septiembre de 2011.

⁴⁷⁹ *Decisión sobre la propuesta de recusación a la mayoría del tribunal* en el asunto *Abaclat* y otros c. República Argentina (ARB/07/5), de 4 de febrero de 2014; pág. 48.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, pág. 49.

⁴⁸¹ *Ibid.*, pág. 51.

⁴⁸² *Ibid.*, pág. 79.

⁴⁸³ *Ibid.*, pág. 81.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, pág. 80.

CIADI. Así sucedió, v. gr., en la segunda y la tercera recusaciones en el asunto *ConocoPhillips*. Se quejaba la demandada en la segunda recusación, en 2014, de que el tribunal arbitral se había negado a reconsiderar su Decisión sobre Jurisdicción y Fondo aun cuando la demandada había puesto de manifiesto errores de procedimiento por parte del Tribunal, el cual, además, no habría emitido una decisión congruente. La solución del Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI fue tajante: el proceso adoptado por la mayoría del tribunal parecía razonable, a pesar de haberse negado a celebrar una audiencia oral sobre la solicitud de reconsideración, de manera que la insatisfacción de la demandada no daba pie a entender que la mayoría recusada carecía de imparcialidad⁴⁸⁵.

Fue *ConocoPhillips* un litigio tortuoso en el que se habían puesto de manifiesto numerosas diferencias entre la demandada y el árbitro nombrado por la demandante, pero también entre el árbitro nombrado por la demandada y el resto de la formación arbitral. Estas diferencias serán las que den lugar a la tercera. En concreto, tras haber anunciado su intención de renunciar por problemas personales, pero advirtiendo que sólo lo haría tras emitir un voto particular discordante con la Decisión sobre Jurisdicción y Fondo, el árbitro propuesto por la demandada renunció. El problema que se planteó fue que la renuncia se produjo un par de meses después de lo anunciado por dicho árbitro y siete semanas antes de la fecha señalada para la celebración de la audiencia sobre la cuantía. Además, en ese momento pendía una solicitud de recusación contra otro miembro del Tribunal. Lo que, desde el punto de vista de la demandada, ponía de relieve la falta de imparcialidad de la formación arbitral era que tanto el presidente del tribunal como el árbitro propuesto por la demandante no habían dado su consentimiento a la renuncia⁴⁸⁶ del árbitro propuesto por la demandante, aun cuando de su comportamiento anterior se podía haber deducido un compromiso en tal sentido.

El Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI, Jim Yong Kim, no abordó el problema de si esas siete semanas constituían un plazo tan corto como para causar perjuicios a la marcha del arbitraje, y terminó rechazando la solicitud de recusación sobre la misma base que en *Abaclat*, declarando que:

«La demandada y los árbitros recusados difieren en cuáles son el procedimiento apropiado y las circunstancias que justificarían una denegación del consentimiento a la

⁴⁸⁵ (II) *Decisión sobre la propuesta de recusación a la mayoría del tribunal* en el asunto *ConocoPhillips et al. contra Venezuela (ARB/07/30)*, de 5/V/2014; párrafos 54 y 55.

⁴⁸⁶ La Regla 8.2 de las Reglas de Arbitraje establece que, cuando se trate de la renuncia de los árbitros nombrados por las partes, el resto del tribunal debe aceptar dicha renuncia. Si la acepta, el procedimiento para llenar la vacante es el establecido en la Regla 11.1, esto es, la parte volverá a proponer a otro árbitro siguiendo el mismo procedimiento que al comienzo del arbitraje. Si, por el contrario, el resto del tribunal no acepta la renuncia, se aplica la Regla 11.2 de las Reglas de Arbitraje, según la cual, el Pdte. Cons. Adtvo. CIADI nombra a un árbitro de entre quienes figuren en la Lista de Árbitros. De ahí que en el presente caso se ocasionase un perjuicio a la demandada, que, sin el consentimiento del resto del tribunal a la renuncia del árbitro, perdía su derecho a nombrar un árbitro para el tribunal.

renuncia del Profesor Abi-Saab bajo el artículo de 56.3 del Convenio del CIADI y la Regla de Arbitraje del CIADI 8. Sin embargo, esta diferencia de opinión no demuestra que exista una predisposición real o aparente por parte del juez Keith o del Sr. Fortier [contra la demandada]»⁴⁸⁷.

De igual manera fue resuelta la propuesta de recusación de todos los miembros del tribunal en el asunto *BSG Resources c. República de Guinea*. El problema que había surgido aquí era que, en un primer momento, el tribunal había ordenado a la demandada la producción⁴⁸⁸ de cierta prueba documental consistente en correos electrónicos que contenían deliberaciones acerca del procedimiento y que estaban en posesión de la demandada. Según la demandante se trataban de documentos clave relacionados con las cuestiones centrales del litigio⁴⁸⁹. Tal producción de prueba no había llegado a tener lugar. A pesar de ello, en un momento posterior, el tribunal arbitral informó a las partes de que ya no deseaba recibir más solicitudes de producción de prueba documental por las partes. Tras esto, los demandantes recusaron sobre la base de que el tribunal había prejuzgado una cuestión central del arbitraje y que además habían infringido las condiciones del debido proceso, violando los derechos de los demandantes.

El Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI, Jim Yong Kim, puso de manifiesto que el tribunal había motivado su decisión de no recibir más solicitudes de producción de documentos y que además había expresado que las partes podrían denunciar el incumplimiento de lo dispuesto en anteriores órdenes procesales en el momento de presentar sus alegaciones escritas en la audiencia. Tras lo cual, el Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI se mantuvo fiel a su anterior jurisprudencia y reiteró que la mera existencia de una decisión adversa a una parte es insuficiente para probar la falta de imparcialidad⁴⁹⁰.

Una situación a medio camino entre la emisión de decisiones procesales adversas a una parte y la enemistad manifiesta parecería ser aquélla en la que se

⁴⁸⁷ *Decisión sobre la propuesta de recusación a la mayoría del tribunal* en el asunto *ConocoPhillips Petrozuata et al. contra la República Bolivariana de Venezuela (ARB/07/30)*, de 1/VII/2015; pár. 90.

⁴⁸⁸ Se utiliza aquí el término «producción» por ser el que recoge la Regla de Arbitraje 34.2 del CIADI. En realidad, la utilización de dicho vocablo proviene de la práctica anglosajona, donde existe la institución de la *document production*, que se refiere normalmente a la obligación de naturaleza procesal previa al comienzo del juicio que recae sobre eventuales demandados de revelar a los eventuales demandantes documentos que tienen bajo su posesión, tras la petición de *discovery* hecha por éstos ante el tribunal competente. Se trataría así de una figura similar a las Diligencias Preliminares del artículo 256 y siguientes de la LEC española. Sin embargo, como apunta ANDREWS, la *discovery* es una forma de *disclosure*, siendo que existen otras modalidades de *disclosure* que pueden referirse a momentos posteriores al inicio del proceso. Esta acepción encaja más con la intención de las Reglas de Arbitraje CIADI, ya que allí la producción de documentos tiene lugar una vez iniciado el proceso. Sobre la institución anglosajona de la *disclosure* se puede consultar ANDREWS, N.; *English civil procedure...*; op. cit., págs. 595 y ss.

⁴⁸⁹ *Decision on the proposal to disqualify all members of the arbitral tribunal* en el caso *BSG Resources Ltd. Et al. contra República de Guinea (ARB/14/22)*; pár. 22.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, párrafos 64-68.

recusa a un árbitro por el hecho de haber emitido un laudo contrario a los intereses de la parte en un procedimiento anterior. Es el caso de la Decisión de recusación de *Suez c. Argentina* en 2007 y de *Participaciones Inversiones Portuarias c. Gabón*, de 2009. El asunto *Suez* se había iniciado en 2003, siendo que la árbitra nombrada por la demandante también ejercía de tal en otro asunto que tenía igualmente como demandada a Argentina, *Aguas del Aconquija*. El laudo de *Aguas del Aconquija* fue emitido en 2007 y su parte dispositiva condenaba a Argentina, cuyos servicios jurídicos consideraban que el laudo estaba «tan errado, particularmente en los hechos probados y en la evaluación de la prueba, que revelaba *prima facie* una falta de imparcialidad por parte de la recusada»⁴⁹¹. A pesar de haber desestimado la recusación por extemporánea, los restantes miembros del tribunal entraron a discutir el fondo del asunto, declarando que en *Suez* el comportamiento de la árbitra recusada había sido intachable y que el laudo de *Aguas del Aconquija*, a pesar de las objeciones que Argentina planteaba al mismo, había sido emitido unánimemente, siendo que una «diferencia de opinión sobre la interpretación de una serie de hechos no evidencia por sí misma una falta de imparcialidad»⁴⁹².

Muy semejante fue el problema planteado en *Participaciones Inversiones Portuarias*. Aquí Gabón, la demandada, propuso la recusación de un árbitro que había sido miembro de otro tribunal CIADI, el de *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais c. Gabón*. Dicho arbitraje había culminado con un laudo que había suscitado una viva oposición por parte de la demandada, la cual había instado su anulación. En este caso, el tribunal se acogió a la doctrina planteada en *Suez* por la mayoría del tribunal y añadió que «el hecho de que el árbitro haya participado en calidad de presidente (del tribunal) no modifica la conclusión (a la que se llegó en *Suez*)»⁴⁹³.

Un caso en que se alegó la supuesta enemistad manifiesta hacia una parte fue el asunto *Repsol c. Argentina*. Allí, uno de los árbitros había participado en otros tres arbitrajes contra la demandada, resultando que los laudos habían sido anulados con posterioridad por sendos comités de anulación del artículo 52 del Convenio CIADI. A ello, se añadía el hecho de que el mismo árbitro había ejercido altos cargos en la Administración del dictador chileno Augusto Pinochet, en un momento en que, además, las relaciones habían sido especialmente tensas entre Argentina y Chile⁴⁹⁴, añadiéndose el hecho de que, años después, había emitido una

⁴⁹¹ *Decision on the proposal for the disqualification of a member of the arbitral tribunal* en el asunto *Suez et al. contra Argentina* (ARB/03/19), de 22/X/2007; pág. 13.

⁴⁹² *Ibid.*; pág. 35.

⁴⁹³ *Decisión sobre la propuesta de recusación* en *PIP Sàrl contra Gabón* (ARB/08/17); pág. 30 [Trad. Propia].

⁴⁹⁴ Se refiere al episodio conocido como la «controversia por el Canal del Beagle», un conflicto fronterizo entre Chile y Argentina que alcanzó su punto más crítico en diciembre de 1978, cuando Argentina ordenó la ocupación militar de territorio chileno (la conocida como *Operación*

opinión jurídica en la que se oponía a la extradición del dictador que había solicitado al gobierno británico la jurisdicción española. El Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI, Jim Yong Kim, rechazó la propuesta, razonando que, en primer lugar, al basarse los tres laudos anulados en un conjunto de hechos diferentes, refiriéndose a diferentes disposiciones legales y habiendo surgido en épocas diferentes, no se evidenciaba la falta de imparcialidad del recusado en *Repsol*⁴⁹⁵. En segundo lugar, declaró que tampoco existía relación entre el pasado político del recusado bajo el gobierno de Pinochet y el asunto *Repsol*⁴⁹⁶. Por esa falta de conexión entre las causas alegadas y el litigio pendiente, el Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI entendió que no existía apariencia de parcialidad.

La situación es totalmente diferente cuando la circunstancia que sirve de base a la recusación es la antigua relación de compañeros de la misma Facultad de Derecho del árbitro recusado y el asesor de una parte. Tal es el escenario que se planteó en el litigio *Alpha Projektholding c. Ucrania*. Allí la demandante descubrió que el árbitro propuesto por la contraparte y el asesor jurídico de ésta encargado de proponer a dicho árbitro habían coincidido en la Universidad en un curso de maestría⁴⁹⁷ y, posteriormente, en un curso de doctorado⁴⁹⁸ alrededor de 20 años atrás. Al resolver la recusación, el tribunal destacó que no existían casos anteriores ni doctrina académica donde se estableciera que encuentros -en inglés, en original, «*encounters*»; quizás también se pueda traducir por «coincidencias»- hace largo tiempo en instituciones educativas aportaban razones objetivas para justificar una falta de imparcialidad por parte de las personas implicadas⁴⁹⁹. La mayoría del tribunal añadió, además, que sería necesario indicar relaciones concretas, sin que fuese posible realizar inferencias a partir de otros hechos, regla que no había sido respetada por la parte recusante en el presente caso⁵⁰⁰. La recusación fue, por tanto, rechazada.

Dentro de esta modalidad de causal de recusación, destaca el asunto *Zhinvali c. Georgia* (Caso CIADI n° ARB/00/1), que ha sido muy comentado por la

Soberanía), a causa de su descontento con el laudo arbitral de 1977 emitido por el gobierno británico, el cual otorgaba la soberanía de las islas del referido canal a Chile. En el último momento, el Vaticano se ofreció a mediar en el conflicto, mediación que fue aceptada por ambas partes y que, tras años de negociaciones, llevó a la firma por parte de ambos gobiernos de un Acuerdo de Paz el 18 de octubre de 1984. El historiador BRICEÑO MONZÓN analiza este episodio en BRICEÑO MONZÓN, C.A.; «*La frontera chilena-argentina: la controversia por el canal del Beagle*» en *Tiempo y Espacio*, núm. 52, 2014; págs. 221-261.

⁴⁹⁵ *Decisión sobre la propuesta de recusación a la mayoría del tribunal en el asunto Repsol SA contra República Argentina (ARB/12/38)*, de 13/XII/ 2013; párrafos 77-79.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, pár.81.

⁴⁹⁷ En inglés en original, *LLM*, es decir, *Master of Laws*.

⁴⁹⁸ En inglés en original, *SJD*, es decir, *Scientiae Juridicae Doctor*.

⁴⁹⁹ *Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz en el asunto Alpha Projektholding GmbH contra Ucrania (ARB/07/16)*, de 19/III/2010; pár. 42.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, pár. 43.

doctrina⁵⁰¹ y práctica, si bien los documentos que proponen y resuelven la propuesta de recusación del mismo se mantienen confidenciales. Baste recordar aquí la referencia que realiza el Comité *ad hoc* de Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi en su decisión acerca de la recusación del presidente del Comité:

«[En *Zhinvali*] la recusación se basó en la existencia de contactos ocasionales y puramente sociales entre el árbitro en cuestión y un ejecutivo que fue clave en la inversión de la parte demandante. Los otros dos árbitros remarcaron la ausencia de cualquier relación profesional o de negocios entre el árbitro y la persona involucrada, y concluyó que el sugerir que un contacto meramente ocasional y personal pudiera afectar manifiestamente el juicio de un árbitro, en la ausencia de hechos adicionales, era puramente especulativo. En consecuencia, desestimaron la recusación»⁵⁰².

2.3.1.5. Cuestiones críticas

En cuanto a las relaciones profesionales entre los árbitros y los asesores jurídicos de las partes, se puede afirmar que el haz de situaciones que se pueden englobar en esta categoría incluye las causas más comunes de recusaciones dentro de los arbitrajes inversionista-Estado en general y del sistema CIADI en particular.

2.3.1.5.1. Período de Gracia

Un primer tema conflictivo que debió ser debatido tanto en *Nations Energy* como en *Universal Compression* es el del lapso temporal que debe mediar entre que el árbitro recusado deja de prestar servicios profesionales en el bufete jurídico de alguna de las partes y ejerce como árbitro en un asunto en que dicho bufete participa.

En *Nations Energy*, el presidente del tribunal había trabajado para el bufete de la demandante hasta tan sólo cinco meses antes del inicio del arbitraje, mientras que en *Universal Compression*, el árbitro designado por la demandante había llegado a asesorar a otra demandante de Venezuela en un litigio contemporáneo. Se puede afirmar sin temor que dichos lapsos de tiempo son ínfimos en comparación con los lapsos aceptados por la CCI, de cuatro años⁵⁰³, y por la CCE, de siete años⁵⁰⁴. Y no parece que el sistema CIADI deba garantizar un período sustancialmente menor en este particular⁵⁰⁵.

⁵⁰¹ Vid. Por todos, SCHREUER, C.; *The ICSID Convention...*; op. cit., pág. 1204.

⁵⁰² *Decisión acerca de la recusación del Presidente del Comité* en el asunto Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal contra República Argentina (ARB/97/3); de 3/X/ 2001; pár. 23.

⁵⁰³ Vid. casos 2 y 5 de la página 15 del informe de WHITESELL.

⁵⁰⁴ Vid. casos SCC Arb V 002/2006 y Arb 2013/164.

⁵⁰⁵ Por lo demás, la necesidad de establecer un período de gracia ha sido puesta de relieve por el equipo de expertos del bufete Baker & MacKenzie; Vid. VVAA; «*Submissions to the ICSID Secretariat*

2.3.1.5.2. Macrobufetes y Barristers' Chambers

Un segundo tema conflictivo es el de la relación entre los bufetes multinacionales y sus agentes. Estos bufetes normalmente tienen decenas o incluso cientos de asociados trabajando en áreas especializadas del Derecho a lo largo y ancho del planeta. Una situación polémica es la que surge cuando un árbitro y un abogado de una de las partes que prestan sus servicios en alguno de estos macrobufetes coinciden en un arbitraje. Por un lado, es más que probable que dichas personas no mantengan una relación estrecha o, incluso, que no hayan coincidido personalmente. Pero, por otro lado, tal vinculación siempre será sospechosa para la parte recusante. A esto se une, además, la comunión de intereses profesionales y financieros, que es incuestionable. A esta situación ya se enfrentó la CCI⁵⁰⁶, llegando la Corte a la conclusión de que dicha situación de hecho quebraba las exigencias de independencia e imparcialidad del recusado.

Se trata del mismo supuesto de hecho de *Blue Bank*, donde el Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI, Jim Yong Kim, dio un golpe de timón con respecto a decisiones anteriores, al adoptar un test de independencia e imparcialidad que se pregunta por la apariencia de parcialidad del árbitro, en vez de por la efectiva concurrencia de parcialidad del mismo. El resultado del mismo fue el de aceptar la solicitud de recusación, como se estudió previamente. Se defiende aquí que esta decisión fue apropiada y que dicho estándar de recusación es preferible, por cuanto su utilización redundaría en el refuerzo de la legitimidad de todo el sistema CIADI.

Muy relacionado con la problemática de los macrobufetes está el problema de las *barristers' chambers*, propias del Derecho británico. El núcleo del problema ya se esbozó con anterioridad: en las *chambers* se agrupan un cierto número de *barristers* no con la intención de actuar conjuntamente bajo una misma organización y jerarquía, sino para compartir servicios necesarios para la especialización profesional, como bibliotecas y asistencia técnica. Fue en el asunto *Hvratska Elektroprivreda* donde se planteó la cuestión de si dos miembros de una misma *chamber*, actuando cada uno como árbitro y como abogado en un mismo asunto vulneraban las exigencias de la independencia e imparcialidad. Sin llegar a confirmar que, en efecto, se quebraban la imparcialidad y la independencia, la mayoría del tribunal sí comprendió que dicha situación tenía la virtualidad de hacer surgir dudas justificables acerca de la imparcialidad del árbitro implicado, especialmente en aquellas personas ajenas al ámbito jurídico anglosajón. La cultura jurídica desde la que se escribe este trabajo impide discernir a ciencia cierta si la relación entre miembros de una misma *chamber* es lo suficientemente tenue como

on revisions to the ICSID Rules and Regulations»; Baker and MacKenzie; 2017; pág. 7 (Code of Conduct 1.32.a).

⁵⁰⁶ Vid. caso 2, de la página 27 del informe de WHITESELL.

para evitar quebrar la independencia e imparcialidad de sus miembros cuando están desarrollando sus funciones en un tribunal arbitral. Aunque, en principio parece que sería una situación a evitar⁵⁰⁷. En todo caso, la decisión de la mayoría del tribunal no se puede calificar de otra manera que acertada.

2.3.1.5.3. Confusión de roles o *Double hatting*

Un tercer aspecto a analizar es más general que el anterior. En la doctrina anglófona es conocido como el problema de «*double-hatting*», «*revolving doors*»⁵⁰⁸ o «*role confusion*»⁵⁰⁹, es decir, la confusión de roles o papeles. Esta confusión de roles se da en aquellos casos en que una misma persona compatibiliza la función arbitral con la de asesoría jurídica en el sistema CIADI. Para calibrar la magnitud de este problema resulta útil acudir al trabajo de LANGFORD, BEHN y LIE⁵¹⁰ en el que se lleva a cabo un examen estadístico riguroso de este fenómeno. En dicho trabajo, los autores recogieron la actividad de todos los árbitros y asesores jurídicos que han desempeñado sus funciones en el sistema CIADI y cruzaron esos datos. El resultado fue que cuatro⁵¹¹ personas habían asumido ambos roles a lo largo de más de quince años. Mientras que veintiuna personas restantes lo habían hecho a lo largo de diez años o más⁵¹². Por lo demás, los resultados arrojaban que la confusión de roles era una práctica que se ha mantenido desde la proliferación de arbitrajes CIADI, sin que fuera posible afirmar que estuviese decreciendo en la actualidad y que, si bien ciertos árbitros habían dejado de desempeñar funciones de abogacía, esto se podía explicar ya porque se acercaban a la edad de jubilación, ya porque la carga de trabajo les impulsaría a abandonar la abogacía o bien porque han sido nombrados jueces del TIJ, cuyo Estatuto prohíbe expresamente a sus miembros ejercer la abogacía.

La confusión de roles es, por lo tanto, una práctica viva y muy común en el sistema CIADI. Las críticas a este fenómeno se han centrado en alertar, por un lado,

⁵⁰⁷ Dicha situación, por ejemplo, queda recogida en la lista naranja de las Directrices IBA, en cuyo apartado 3.3.2 se dice «El árbitro y otro árbitro o un abogado de una de las partes son miembros del mismo 'chambers'».

⁵⁰⁸ LANGFORD, M.; BEHN, D. y LIE, R.H.; «*The Revolving Door in international Investment Arbitration*» en *Journal of International Economic Law*; Oxford University Press, 2017; págs. 301-331.

⁵⁰⁹ SCHACHERER, S.; «*Independence and Impartiality of Arbitrators. A Rule of Law Analysis*»; Conferencia en el Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung; Viena, enero de 2018. Disponible online en https://eur-int-comp-law.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Reinisch/Internetpublikationen/Schacherer.pdf. Consultado el 01/X/2018.

⁵¹⁰ LANGFORD, M.; BEHN, D. y LIE, R.H.; «*The Revolving Door...*»; op. cit., págs. 301-331.

⁵¹¹ Para evaluar los datos, dieron una puntuación de 2 a cada árbitro que, en el mismo año, actuase como asesor jurídico de una parte. Si la persona sólo ejercía una de dichas funciones, entonces la puntuación era de 0. Las cuatro personas a las que se hace referencia sobrepasaron la puntuación de 30. Íbid., pág. 325.

⁵¹² Íbid.

de la dificultad de que quien aúna ambas funciones pueda administrar justicia como árbitro sin verse contaminado por las posiciones que defiende como abogado⁵¹³ y, por otro lado, en prevenir acerca del riesgo que se corre cuando quien arbitra se ve tentado de decidir el caso no en el sentido más ajustado a Derecho, sino en el sentido que mejor pudiera convenir a su labor de abogado, v. gr., intentando crear una suerte de precedente jurisprudencial que más tarde pudiera alegar como abogado ante otro tribunal⁵¹⁴. En este trabajo la segunda crítica se comparte en su totalidad, si bien la primera crítica parece matizable. Así, parece que se podrían evitar problemas estableciendo dos prevenciones: una, exigir que transcurra un período de gracia entre que el árbitro abandona sus funciones de abogado y ejerce las de árbitro y dos, exigir que el árbitro, con carácter previo, interrumpa terminantemente el ejercicio profesional de la abogacía. Es decir, cuando, dentro del sistema CIADI, los árbitros no ejercen a la vez como árbitros y como abogados.

Ya en 2004, el juzgado de distrito de La Haya tuvo que lidiar con un conocido asunto CNUDMI, *Telkom Malaysia Berhad c. Ghana*, analizado *supra*, en el que dicho juzgado entendió que el árbitro que actuaba como abogado en un asunto similar podría verse impedido para decidir en calidad de árbitro sin levantar dudas justificadas acerca de su independencia e imparcialidad. Un supuesto de hecho derivado de la confusión de roles, pero de gravedad indudablemente mayor, es el que se da cuando los árbitros nominados por las partes han sido asesores jurídicos de éstas o contra éstas. En las recusaciones ante la CCI y la CCE, todas las alegaciones que han tenido por base este tipo de situaciones han sido interpretadas como situaciones que ponían en entredicho la independencia e imparcialidad de los recusados⁵¹⁵, y también la jurisprudencia estatal falla en el mismo sentido, como muestra el expediente SchH 03/02 resuelto por el OLG de Hamburgo.

Porque este es el sentido de las decisiones en los sistemas estudiados, resulta extraña la decisión de la mayoría del tribunal en el asunto *Universal Compression*

⁵¹³ BUERGENTHAL, T.; «*The Proliferation of Disputes, Dispute Settlement Procedures and the Rule of Law*» en *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 21, Núm. 1, 2006; pág. 129. En un sentido muy parecido se expresa GAILLARD, al enunciar que «el término *rol* connota la actividad social consistente en defender ciertos valores o creencias. En el arbitraje de inversiones, que es el subcampo más polarizado del arbitraje internacional, un determinado actor puede percibir su rol como el de defender a los Estados o defender los intereses de los inversores extranjeros. Dicho rol será ejercido en todas las actividades de tal actor, desde sus escritos académicos hasta en calidad de árbitro nombrado por las partes o como presidente de un tribunal arbitral», en GAILLARD, E.; «*Sociology of international arbitration*» en *Arbitration international*; Oxford University Press, 2015; núm. 31; pág. 67 [Trad. Propia].

⁵¹⁴ SANDS, P.; «*Conflict and Conflicts in Investment Treaty Arbitration: Ethical Standards for Counsel*» en ROVINE, A.; *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*; Brill, Nueva York, 2012, pág. 31.

⁵¹⁵ Vid. casos 2, pág. 20 y 11, pág. 24 del informe de WHITESELL y casos SCC Arb V 086/2010, Arb 2013/139, Arb 2014/169 y Arb 2015/64.

en 2011, que el Secr. Gral. del CIADI justificó por el hecho de que en los asuntos en que, anteriormente, el recusado había actuado como abogado, no se habían planteado cuestiones jurídicas similares a las de *Universal Compression*. Por tanto, más allá de un eventual interés del recusado, de emitir una decisión que pudiera de alguna manera influir en los asuntos en que actuaba como abogado, sí subsistía el temor, enunciado por SANDS⁵¹⁶, de que quien actuaba como abogado pudiera también actuar como árbitro con la debida imparcialidad e independencia, cuando dichas funciones fuesen coetáneas.

Se podría argumentar que es el mismo escenario de *Saint-Gobain*. Aunque en *Saint-Gobain* se daba una diferencia importante: el árbitro recusado no había asesorado a la parte que lo había nominado, sino a otro Estado. Pero aún hay más: en *Saint-Gobain*, el ejercicio por el árbitro recusado de funciones de asesoría jurídica había cesado de manera terminante al inicio del arbitraje, por cuanto que el recusado había abandonado su puesto de funcionario del Estado argentino con la intención de dedicarse profesionalmente al sector académico. Se puede afirmar, entonces, que el ejercicio de ambas funciones en este asunto no planteaba mayores problemas.

2.3.1.5.4. Relación entre bufetes

La relación entre bufetes diferentes fue objetada en *Total*, *Azuriz* y también en las recusaciones de *Fábrica de Vidrios* y *ConocoPhillips*. En *Azurix*, la relación se vislumbraba por el hecho de que el árbitro recusado actuaba como abogado en otro procedimiento en que era árbitro el asesor de la demandante de *Azurix*, siendo que, además, dicho árbitro había sido nombrado a propuesta de un bufete para el que había trabajado el recusado en *Azurix*. En *ConocoPhillips* y en *Fábrica de Vidrios*, lo que se denunciaba era que un árbitro mantenía relaciones cercanas con otro bufete, lo que se materializaba en el nombramiento de trabajadores de dicho bufete como asistentes de los tribunales arbitrales en que participaba como árbitro el recusado quien, además, disfrutaba de los servicios profesionales de otros miembros del bufete en su propia oficina. El problema surgía por el hecho de que el bufete con el que mantenía relaciones el recusado solía representar a demandantes que litigaban contra la demandada. En ambos casos, las solicitudes de recusación fueron rechazadas.

En el caso de *ConocoPhillips* y *Fábrica de Vidrios*, la relación entre el bufete y el árbitro eran patentes, pero no parece que la relación entre el bufete y la demandada fuese en principio tan negativa como para hacer surgir dudas justificables acerca de la imparcialidad del árbitro, ya que el bufete problemático no participaba en ninguno de los dos asuntos. Aunque sí es cierto que en la tercera recusación la demandada denunció que el bufete con el que estaba relacionado el

⁵¹⁶ Vid. SANDS, P.; «*Conflict and Conflicts...*»; op. cit., pág. 32.

recusado estaba asesorando a una empresa venezolana en un litigio doméstico en el que se impugnaban diversas medidas que estaban siendo objeto del arbitraje de *Fábrica de Vidrios*. Dadas así las cosas, no cabría más que haber aceptado la recusación en este último asunto, habida cuenta del riesgo de que el recusado pudiese verse tentado a emitir una decisión con el objetivo de beneficiar al bufete en el litigio doméstico. Con todo, esta situación denunciada fue objetada como inexistente por las demandantes, en cuyo caso, el rechazo a la solicitud de recusación, como se argumentó antes, sí estaría bien fundado⁵¹⁷.

En *Azurix* el conflicto era mucho más meridiano. En el relato fáctico de las decisiones estudiadas, se pone de manifiesto que en los arbitrajes coetáneos de *Duke* y *Azurix* participaban como árbitros y abogados personas que prefiguraban una relación que se pudiera calificar como simbiótica. En tales circunstancias, hubiese sido deseable que en la decisión se hubiesen pedido más explicaciones a los implicados sobre este extremo, por cuanto que parece razonable inferir que dicha relación haría surgir dudas justificadas en una tercera persona. En todo caso, lo cierto es que, con mayor o menor acierto, la solicitud fue rechazada por haberse presentado tardíamente, aunque no debe olvidarse que el tribunal entró en el fondo del asunto, para llegar a la conclusión de que no había lugar a la aceptación de la recusación.

Por último, cabe referirse a la solicitud de recusación de *Total*. Allí, la árbitra nombrada por la demandante fue recusada sobre la base de las vinculaciones que ésta mantenía con el bufete de la demandante. De lo recogido en la Decisión sobre la recusación, tan sólo se puede saber que el servicio prestado directamente al bufete de la demandante por la recusada había sido seis años antes del inicio del arbitraje y que la pasantía del hijo de la demandante había tenido lugar tres años antes de dicho comienzo. Así las cosas, no parece que se tratase de una relación lo suficientemente estrecha como para hacer surgir dudas acerca de la imparcialidad de la recusada: el lapso de seis años que media entre la prestación de un servicio puntual al bufete y el de tres años desde que su hijo realiza prácticas en él, parecen indicar que las relaciones entre la árbitra y el bufete no eran lo suficientemente intensas como para comprometer la imparcialidad de aquélla. En todo caso, aquí también sería pertinente retomar el debate acerca de la necesidad de establecer un período de gracia.

2.3.1.5.5. Nombramientos reiterados

⁵¹⁷ Sea como fuere, se ha indicado que las recusaciones de *ConocoPhillips* y *Fábrica de Vidrios* respondían a un ánimo dilatorio de la recusante, con el objetivo de ganar tiempo para preparar el pleito.

Dentro de los ordenamientos procesales, no es un problema que un juez se encargue de varios asuntos que incumban a una misma persona, ni que se encargue de la ejecución de la sentencia definitiva ni de su eventual revisión⁵¹⁸. No se debe olvidar, sin embargo, que en dichos casos las partes no estarían eligiendo al juez que conocerá de sus casos, pues lo prohíbe el principio del juez legal. Pero esta se trata de una situación que inevitablemente sí se da en el arbitraje. De esta manera, surgirá la pregunta de si un mismo árbitro que es nombrado en repetidas ocasiones por una misma parte puede ser independiente e imparcial hacia esa misma parte.

En este sentido hay jurisprudencia menor francesa⁵¹⁹, inglesa⁵²⁰ e incluso de la CCI⁵²¹ que apunta a que los nombramientos múltiples quiebran la apariencia de independencia e imparcialidad de los árbitros. En este trabajo ya se han analizado varias decisiones sobre recusaciones, como *Electrabel*, *Tidewater*, *OPIC Karimum*, *Universal Compression*, *Repsol* o *Caratube* en los que las partes recusantes habían alegado la concurrencia de nombramientos del mismo árbitro tanto por demandados y demandantes como por las mismas asesorías jurídicas. En todos estos asuntos, el debate giró en torno a dos ejes: si, por un lado, los nombramientos múltiples erigen *per se* dudas justificables en torno a la independencia e imparcialidad de un árbitro y, por otro lado, partiendo de que dichos nombramientos múltiples sí tienen la virtualidad de poner en duda la independencia y la imparcialidad, si lo hacen automáticamente o si se debería atender a la intensidad de la relación entre el árbitro y su nominador.

Así, en un primer momento, en 2009, el tribunal de *Electrabel* entendió que los nombramientos repetidos no comprometían en ningún caso la independencia e imparcialidad de los árbitros. A una conclusión contraria llegó el tribunal de *OPIC Karimum*, en 2011, que entendió que tal situación, si bien no comprometía siempre y en todo caso la independencia e imparcialidad de los árbitros, sí podría llegar a hacerlo cuando dicha relación supusiese una dependencia financiera del árbitro frente a quien lo nombra. En cualquier caso, ninguna de las recusaciones planteadas con base a esta circunstancia llegó a prosperar en el sistema CIADI.

A pesar de este resultado, existen opiniones, como la del juez BROWER, según las cuales no se deberían aceptar nombramientos de árbitros que han sido nombrados en otro asunto por la misma parte o la misma asesoría jurídica en los

⁵¹⁸ Tal y como han declarado las SSTEDH *Steulet c. Suiza*, *Gillow c. Reino Unido* y *Thonmann c. Suiza* respectivamente, estudiadas *supra*.

⁵¹⁹ Así por ejemplo, *Setec Bâtiment v. Société Industrielle et Commerciale des Charbonnages*, TGI Paris, 13/1/1986, citado en GAILLARD, E. y SAVAGE, J. (Eds.); *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*; Kluwer Law International, Alphen aan der Rijn, 1999, pág. 567.

⁵²⁰ Así en *Cofely Ltd. v. A. Bingham & Knowles Ltd.*, [2016] EWHC 240 (Comm); párrafos 86-93 y 103-116.

⁵²¹ Vid. WHITESELL, A.M.; «*Independence in ICC Arbitration...*»; Caso 1, op. cit., pág. 19.

tres años precedentes⁵²². Aunque, subraya WILSON KOH, que establecer un límite cuantitativo sería harto complicado por cuanto dicho límite chocaría frontalmente con el estándar de recusación de las «dudas justificables», establecido en la gran mayoría de sistemas de arbitraje institucional. Según este autor, el estándar de dudas justificables actúa *ex post*, haciendo recaer en quien juzga la decisión sobre las solicitudes de recusación. Sin embargo, el establecimiento de un límite cuantitativo, implicaría una regla que actuaría *ex ante*, lo que sería indeseable, por cuanto, según dicho autor, las exigencias de imparcialidad e independencia de los árbitros varían entre culturas jurídicas e incluso a lo largo del proceso, resultando que una regla *ex post* serviría mejor a las necesidades de los procedimientos arbitrales⁵²³.

Reconociendo la sagacidad de dicha argumentación, aquí se defiende que no parece que las diferencias en las distintas culturas jurídicas justifiquen un trato desigual en asuntos que son resueltos ante un mismo sistema de arbitraje internacional. Y en cuanto al diseño institucional de dichos sistemas, se puede decir que el trato ya es desigual, desde el momento en que los sistemas de arbitraje institucionales y *ad hoc* internacionales optan por acoger una concepción de la imparcialidad propiamente anglosajona, rechazando otras, entre las que se hallaría la tradición de Derecho continental, cuyas regulaciones prevén una lista de supuestos de hecho en que se da por quebrada dicha imparcialidad en vez de enunciar un estándar de recusación en abstracto. Por otro lado, no se comparte en absoluto la afirmación de que las exigencias de independencia e imparcialidad sean más altas al principio del procedimiento que a su final. Si se diera esto por cierto, se diluiría toda certeza jurídica para las partes de que su procedimiento será justo y equitativo en todo momento, causando con ello un grave perjuicio a la legitimidad de los sistemas de arbitraje.

Por otro lado, no se considera necesario entrar en el farragoso debate de si los repetidos nombramientos de un árbitro por una misma parte o asesoría jurídica en otros procedimientos realmente provoca que el árbitro se vuelva imparcial; debate cuyo resultado se antoja estéril. Sin embargo, lo cierto es que tal situación rompe sin lugar a dudas la confianza que la parte contraria pueda tener de que el tribunal será independiente e imparcial, poniendo con ello en serios aprietos la legitimidad de todo el procedimiento y del sistema. Por lo cual parece necesario atajar el problema.

⁵²² BROWER, C.; MELIKIAN, S. y DALY, M.P.; «*Tall and Small Tales of a Challenged Arbitrator*» en GIORGETTI, C. (Editor); *Challenges and recusals of judges and arbitrators in international courts and tribunals*; Brill Nijhoff, Leiden, 2015; págs. 335-336.

⁵²³ WILSON KOH, W. S.; «*Think Quality not Quantity: Repeat Appointments and Arbitrator Challenges*» en *Journal of International Arbitration*, Vol. 34, núm. 4, Agosto 2017; págs. 722-725.

En ese sentido, las soluciones que se han propuesto han sido variadas. Desde establecer un número máximo de nominaciones de un árbitro por una parte⁵²⁴, hasta establecer un porcentaje máximo de ingresos que un árbitro pueda recibir a causa de las nominaciones por una misma parte⁵²⁵, e incluso, como el juez BROWER, la propuesta de limitar temporalmente las nominaciones de un árbitro a cargo de la misma parte. La segunda solución sería sin duda más justa, aunque menos fácil de controlar, puesto que para conocer el porcentaje de ingresos de un árbitro hace falta confiar en los datos aportados únicamente por él. En cambio, establecer un límite máximo de nominaciones, o una limitación temporal de las mismas por la misma parte, serían mecanismos de mucha más fácil verificación y, por lo tanto, más operativos.

Finalmente, GRIMMER recoge un caso presentado ante la CPA, en la cual se alegó como causa de recusación que el árbitro siempre había sido nominado por inversores en los arbitrajes inversor-estado en que había participado. Como explica dicha autora, el Secr. Gral. de la CPA decidió rechazar la solicitud de recusación⁵²⁶. Rechazo que no puede ser calificado de otra manera que de acertado, pues si bien una situación así pone de relieve una confianza en dicho árbitro por parte de quien le nombra, dicha confianza debe ser entendida como legítima, siempre que venga referida al bagaje intelectual y jurídico del árbitro y no a sus relaciones personales o profesionales, de manera que no comprometa su imparcialidad ni su independencia. Por tanto, un grado de confianza de las partes hacia los árbitros, además de comprensible, debe ser legítimo cuando se refiera al prestigio resultante de su mérito profesional.

2.3.1.5.6. Emisión de actos procesales perjudiciales a la parte

En este apartado se abordarán las situaciones en las que la emisión de un acto procesal por los árbitros pondría de manifiesto una falta de imparcialidad e independencia de dichos árbitros hacia alguna de las partes. A efectos de estudio, no se abordarán en este apartado aquéllas situaciones en que, con ocasión de realizar algún acto procesal, los árbitros manifiestan verbalmente o por escrito una falta de imparcialidad subjetiva hacia alguna de las partes. Estos fenómenos, muy

⁵²⁴ Así por ejemplo los supuestos 3.1.3 y 3.3.8 de las Directrices IBA, según las cuales «Dentro de los tres años anteriores el árbitro ha sido designado como árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes o por una afiliada de éstas» y «Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro por el mismo abogado o por el mismo bufete de abogados en más de tres ocasiones», respectivamente.

⁵²⁵ Así lo defiende WILSON KOH, cuando escribe que «si la independencia se puede inferir de un número, ese número debería ser un porcentaje»; Vid. WILSON KOH, W. S.; «*Think Quality not Quantity...*»; op. cit., pág. 733.

⁵²⁶ GRIMMER, S.; «*The Determination of Arbitrator Challenges by the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration*» en GIORGETTI, C. (Ed.); *Challenges and recusals...*; op. cit., pág. 101.

fecundos en la jurisprudencia del sistema CIADI, se estudiarán en el apartado siguiente.

El objeto de estudio de este apartado vendría conformado por aquellas resoluciones del tribunal arbitral o de los árbitros particulares que, por el hecho de ser contrarias a los intereses de las partes, tendrían la virtualidad de poner de manifiesto una ausencia de imparcialidad subjetiva de dichos árbitros frente a las partes perjudicadas por tales resoluciones. Se trataría de laudos emitidos en procedimientos anteriores, decisiones sobre la jurisdicción y el fondo, decisiones sobre el calendario procesal, o incluso solicitudes de rectificación de dichas decisiones, además de instrucciones a las partes en el sentido de no desear seguir recibiendo proposiciones sobre prueba. Todas estas situaciones han servido de base para solicitar la recusación de algún árbitro. Sin embargo, se abordará también el estudio de un fenómeno, el de los votos particulares, que ha sido objetivo de una viva polémica dentro de la doctrina, si bien no ha servido hasta ahora para sustentar solicitud de recusación alguna.

2.3.1.5.6.1. La problemática de los votos particulares

El artículo 48 del Convenio CIADI faculta a los árbitros a formular votos particulares que podrán ser tanto concordantes como discordantes con la decisión de la mayoría. Esta facultad ha sido criticada especialmente por el reputado árbitro VAN DEN BERG, en base a los siguientes argumentos:

- Primero, que los votos particulares son propios de la cultura judicial anglo-americana y que, por lo tanto, resultan ajenos a otras tradiciones jurídicas, en particular, la continental⁵²⁷.
- Segundo, que en la práctica, la gran mayoría de los votos particulares son emitidos por los árbitros nombrados por las partes que pierden el procedimiento, y que, además, el sentido de dichos votos particulares suele ser discordante, apoyando la postura de la parte que le ha nominado⁵²⁸.
- Tercero, la existencia de votos particulares contrarios al laudo puede debilitar la autoridad del laudo, impidiendo su ejecución e incentivando a las partes a anularlo⁵²⁹.
- Cuarto, que los árbitros, al redactar los votos discordantes, pueden contravenir los requisitos de confidencialidad propios del arbitraje de inversiones⁵³⁰.

⁵²⁷ VAN DEN BERG, A.J.; «*Dissenting opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*» en ARSANJANI, M. et al. (editores), *Looking to the future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*; Brill, Leiden, 2010; pág. 822.

⁵²⁸ *Ibid.*, pág. 825.

⁵²⁹ *Ibid.*, pág. 828.

⁵³⁰ *Ibid.*; pág. 829.

•Quinto, la emisión de votos particulares discordantes puede llegar a inhibir el proceso deliberativo del tribunal arbitral, puesto que el árbitro que considera que debe apoyar los argumentos de la parte que le ha nominado, no tiene interés en entrar en diálogo con sus compañeros del tribunal⁵³¹.

•Sexto, que contrariamente a los que se ha solido defender, la redacción de votos particulares no ayuda al desarrollo del Derecho de las inversiones internacionales, lo cual es puesto de manifiesto por el hecho de que las decisiones de los tribunales arbitrales del sistema CIADI no suelen citar los votos particulares existentes⁵³².

Dichos argumentos han sido duramente contestados por otros autores. Así, en lo que hace a la supuesta especificidad de los votos particulares como instrumentos del Derecho anglosajón, dicha especificidad debe ser puesta en duda, no sólo porque son varias las legislaciones estatales que prevén tal mecanismo⁵³³, sino también porque su previsión ha sido la práctica común en una apabullante mayoría de tribunales de Derecho internacional público⁵³⁴. Por otro lado, en un

⁵³¹ Íbid., pág. 829.

⁵³² Íbid., pág. 831.

⁵³³ Un conocido estudio de Kurt NADELMANN de 1959 acerca de los principios de deliberación pública o secreta de los tribunales concluye que la posibilidad de emitir votos particulares había estado o estaba vigente en Suecia, Finlandia, Dinamarca, México, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Uruguay, Venezuela, Cuba, Puerto Rico, Japón y Filipinas. Además, era una práctica aceptada tanto en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, como en el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y lo había sido también en el Tribunal de Garantías de la II República Española. Vid. NADELMANN, K.H.; «*The Judicial Dissent: Publication v. Secrecy*» en *The American Journal of Comparative Law*; núm. 8, vol. 415; 1959, págs. 415-432. En la actualidad, en España, es una práctica aceptada tanto en el Tribunal Constitucional (art. 90.1 LOTC), como en la jurisdicción ordinaria (arts. 260 LOPJ, 205 LEC y 156-157 LECrim).

⁵³⁴ Sostienen BROWER y ROSENBERG que la posibilidad de emitir votos particulares viene recogida en el Convenio CIADI, las Reglas de Procedimiento del Tribunal de Reclamaciones Irán-EEUU (art. 32.3), el ETIJ (art. 57), el ETIDM (art. 30.3), el ETPI (art. 83.4), las Reglas de Procedimiento de la CIDH (art. 46.2), el CEDH (art. 51.2), el Estatuto de los tribunales penales internacionales de Ruanda (art. 22.2), de la Antigua Yugoslavia (art. 98.ter), de Sierra Leona (art. 18) y del Líbano (art. 23). Vid. BROWER, C.N. y ROSENBERG, C.B.; «*The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded*» en *Arbitration International*, vol. 29, núm 1; págs. 27 y 28.

Esta afirmación es contestada por VAN DEN BERG en un capítulo de libro que es una «dúplica» al de BROWER y ROSENBERG. Allí, VAN DEN BERG explica que si bien los votos particulares están admitidos en los tribunales internacionales, ello no debe ser óbice para admitirlo en el sistema CIADI, pues en aquéllos los jueces son nombrados con anterioridad al litigio, no sucediendo lo mismo en el arbitraje de inversiones. Vid. VAN DEN BERG, A.J.; «*Charles Brower's Problem with 100%- Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*» en CARON, D.D.; SCHILL, S.W. et al. (eds.) *Practising Virtue. Inside International Arbitration*; Oxford University Press, Oxford, 2015; pág. 506.

Nótese que el núcleo del problema, al fin y al cabo, reside en el debate acerca de la naturaleza de los árbitros del sistema CIADI: si éstos son una especie *sui generis* de árbitros comerciales internacionales o, más bien, si se trata de jurisdicentes del Derecho internacional público. En este

estudio empírico MARTÍNEZ-FRAGA y SAMRA concluyeron que una clara mayoría de los votos particulares emitidos en los laudos CIADI fueron redactados por árbitros ajenos a la tradición del *Common Law*⁵³⁵.

En cuanto a la afirmación de que los votos particulares suelen ser emitidos por los árbitros nombrados por la parte vencida, el propio VAN DEN BERG ahonda en el argumento, y afirma que puede que se «haya llegado al punto en el que se espera que el árbitro nombrado por la parte que pierde el litigio emita un voto discordante»⁵³⁶. Este argumento es cuestionado por BROWER y ROSENBERG, quienes ponen de relieve la existencia de votos particulares que son perjudiciales para la parte que nombró al árbitro que los emite⁵³⁷. Además, según estos autores, la tasa de votos particulares discordantes es mayor en algunos tribunales supremos estatales, como los de Estados Unidos, Canadá y Australia, cuyos miembros son independientes e imparciales⁵³⁸. Todo lo cual vendría a desmontar la presunción de que la emisión de votos particulares pone en peligro la neutralidad de los árbitros.

Una crítica perspicaz es la de MARTÍNEZ-FRAGA y SAMRA, que afirman que «el análisis de VAN DEN BERG meramente provee de un fundamento fáctico a partir del cual se puede inferir que allí donde un árbitro nombrado por la parte no es imparcial ni objetivo a la hora de evaluar el fondo, su voto discordante revelaría la falta de imparcialidad (en sentido subjetivo) del árbitro»⁵³⁹. Sea como fuere, se defiende aquí que una postura contraria a la autorización de emitir votos particulares con base en el riesgo de parcialidad de los árbitros resulta pernicioso, porque con ello parece que se trataría de enmascarar la eventual parcialidad de los árbitros con el objetivo de perennizarla.

En cuanto a la tercera objeción, esto es, que la inclusión de votos particulares lesiona la autoridad del laudo, BROWER y ROSENBERG se oponen a esta visión. Para estos autores, la CNY asegura la ejecución de los laudos CIADI, la cual sólo podría evitarse solicitando la anulación del laudo conforme al art. 52 del Convenio CIADI. Y si a raíz de un voto particular se evidencia que existen razones para la anulación del laudo, dicho voto particular no puede más que ser merecedor de protección, al

apartado se aborda este tema, a propósito de las agudas reflexiones de MARTÍNEZ-FRAGA y SAMRA.

⁵³⁵ Vid. MARTÍNEZ-FRAGA, P.J. y SAMRA H.J.; «*A Defense of Dissents in Investment Arbitration*» en *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 42, núm. 443, 2012; pág. 457.

⁵³⁶ VAN DEN BERG, A.J.; «*Dissenting opinions...*»; op. cit., pág. 830.

⁵³⁷ Se trataría de los votos particulares de Heribert Golsong en *AMT c. Zaire* (Caso CIADI ARB/93/1), de Franklin Berman en *RosInvestCo c. Rusia* (Caso SCC V 079/2005), de Don Wallace en *Wena c. Egipto* (Caso CIADI ARB/98/4) y de Ian Sinclair en *Salini c. Jordania* (Caso CIADI ARB/02/13). Vid. BROWER, C.N. y ROSENBERG, C.B.; «*The Death of the Two-Headed Nightingale...*»; op. cit., págs. 29-31.

⁵³⁸ Vid. BROWER, C.N. y ROSENBERG, C.B.; «*The Death of the Two-Headed Nightingale...*»; op. cit., pág. 31.

⁵³⁹ Vid. MARTÍNEZ-FRAGA, P.J. y SAMRA H.J.; «*A Defense of Dissents...*»; op. cit., pág. 462.

evitar que se ejecute un laudo injusto⁵⁴⁰. Por otra parte, según estos autores, el efecto que los votos particulares discordantes pudieran tener sobre la autoridad del laudo, lejos de ser perjudicial, es beneficioso. Así, por un lado, si un voto discordante deja constancia de que los argumentos de la parte vencida fueron tenidos en cuenta por el tribunal, entonces esa parte vencida aceptará de mejor gana el laudo⁵⁴¹. Por otro lado, existen casos en que la ausencia de un voto particular podría llegar, incluso, a retrasar la ejecución de un laudo, cuando en un determinado procedimiento un árbitro se comporta de manera chocante para las partes sin ofrecer explicaciones acerca de su comportamiento⁵⁴².

En cuarto lugar, los reparos en cuanto a la posible quiebra de la confidencialidad que pueden acarrear los votos particulares son contestados por MARTÍNEZ-FRAGA y SAMRA. Estos autores explican que el modelo sobre el cual se ha construido discursivamente el estatuto del árbitro de inversiones internacionales ha sido el del árbitro comercial internacional, un arbitraje de Derecho internacional privado organizado «en torno a los preceptos de autonomía de las partes, privacidad y una virtualmente absoluta falta de transparencia»⁵⁴³. Pero este modelo no es extrapolable al arbitraje de inversiones, en donde lo que se aplica es el Derecho internacional público en litigios entre Estados y particulares, y en donde los árbitros deben tener en cuenta consideraciones relativas a políticas nacionales e internacionales, a aspectos económicos e, incluso, a intereses estatales. De esta forma, la labor de los árbitros de inversiones clamaría por transparencia⁵⁴⁴. Esta transparencia se referiría principalmente al proceso de identificación, interpretación y aplicación del Derecho de los tratados internacionales; y en ese sentido, el aporte de los votos particulares es de especial importancia, ya que, al revelar la *ratio decidendi*, se refuerza la confianza de las

⁵⁴⁰ Vid. BROWER, C.N. y ROSENBERG, C.B.; «*The Death of the Two-Headed Nightingale...*»; op. cit., págs. 40 y 41.

⁵⁴¹ Íbid., págs. 41 y 42.

⁵⁴² Los autores proponen un ejemplo un tanto socarrón: al parecer, actuando en calidad de árbitro, el propio Jan VAN DEN BERG formó parte del tribunal del asunto CIADI *LG&E Energy Group c. Argentina* (ARB/02/1), resuelto por un laudo unánime en el que se aceptaba que Argentina quedaba librada de responsabilidad a causa del estado de necesidad en que se había visto envuelto el país en el momento en que tuvieron lugar los hechos que sustentaban la demanda. Meses más tarde, en el asunto CIADI *Enron Corp. c. Argentina* (ARB/01/3), el tribunal, del que también formaba parte VAN DEN BERG, entendió, igualmente de manera unánime, aplicando el mismo TBI y para el mismo supuesto de hecho, que Argentina no podía escudarse en el estado de necesidad para excluir su responsabilidad internacional. Así que cuando VAN DEN BERG, formó parte de otro tribunal arbitral de inversiones en que Argentina era la demandada, los servicios jurídicos de ese país se apresuraron a recusarle, alegando que dicho árbitro había emitido fallos de forma caprichosa en el pasado contra Argentina. Se trataba de un arbitraje CNUDMI, *BG Group Plc. c. Argentina*, así que la autoridad nominadora fue la encargada de decidir acerca de la recusación, desestimándola. Sin embargo, una vez dictado el laudo, Argentina intentó revocarlo ante la jurisdicción estadounidense, lo que retrasó la ejecución hasta tres años. Íbid., págs. 42 y 43.

⁵⁴³ Vid. MARTÍNEZ-FRAGA, P.J. y SAMRA H.J.; «*A Defense of Dissents...*»; op. cit., pág. 465.

⁵⁴⁴ Íbid., pág. 467.

partes en el proceso⁵⁴⁵ y se consigue, a la postre, mejorar la legitimidad del sistema.

En quinto lugar, el reparo en cuanto a que la emisión de votos particulares podría suponer la inhibición del proceso deliberativo del tribunal es desechado por BROWER y ROSENBERG, para quienes el efecto del voto particular sería completamente distinto, ya que, si durante el proceso de redacción del fallo, la mayoría del tribunal tuviese ocasión de confrontar el borrador del voto particular –lo cual, se defiende, debería ser la norma– entonces la formación del tribunal podría entrar en diálogo con la postura defendida por el árbitro disidente, afrontando mejor las debilidades jurídicas del laudo⁵⁴⁶.

Finalmente, la objeción de VAN DEN BERG acerca de que, en la práctica, la jurisprudencia arbitral de inversiones no se ve influenciada por el contenido de los votos particulares es refutada por BROWER y ROSENBERG. Estos autores enumeran hasta cuatro casos en que el laudo definitivo citó votos particulares anteriores⁵⁴⁷; de donde se colige necesariamente que la práctica CIADI sí toma en cuenta de alguna manera los votos particulares emitidos en asuntos anteriores. Pero además, para BROWER y ROSENBERG, aún en el caso de que la jurisprudencia no citase expresamente votos particulares anteriores, ello no implicaría que éstos no puedan llegar a ejercer influencia *a futuro*. Esto se entiende por el hecho de que, en realidad, los votos particulares son objeto de crítica y análisis dentro de los foros académicos y doctrinales del arbitraje de inversiones, lo cual podría contribuir a la evolución del Derecho en el sentido apuntado en tales votos discordantes⁵⁴⁸.

Por último, y en lo que hace a su relación con la independencia e imparcialidad de los árbitros, se entiende que los votos particulares, lejos de suponer una traba a la hora de garantizar la independencia e imparcialidad de los árbitros, son un instrumento de refuerzo de las mismas. No sólo porque permiten comprender mejor a los justiciables las decisiones tomadas por el tribunal, excluyendo así cualquier percepción de arbitrariedad, sino también porque, de ser tenidos en cuenta los votos particulares por la mayoría de la formación arbitral que dicta el laudo, se evita que la decisión tomada sea parcial, en el sentido de que no tome en consideración ciertas alegaciones de hecho o de derecho o ciertas interpretaciones jurídicas que hayan sido defendidas ante el tribunal.

⁵⁴⁵ Íbid., pág. 469.

⁵⁴⁶ Vid. BROWER, C.N. y ROSENBERG, C.B.; «*The Death of the Two-Headed Nightingale...*»; op. cit., págs. 32-35.

⁵⁴⁷ Se trataría de *Helnan International Hotels A/S c. Egipto* (Asunto CIADI ARB/05/19), *Tza Yap Shum c. Perú* (Asunto CIADI ARB/07/6), *Aguas del Tunari c. Bolivia* (Asunto CIADI ARB/02/3) y *SGS c. Paraguay* (Asunto CIADI ARB/07/29).

⁵⁴⁸ Vid. BROWER, C.N. y ROSENBERG, C.B.; «*The Death of the Two-Headed Nightingale...*»; op. cit., págs. 38 y 39.

2.3.1.5.6.2. Otras resoluciones procesales contrarias a los intereses de las partes

La emisión de resoluciones procesales adversas a los intereses de las partes fue el problema planteado en las dos recusaciones de *Abaclat* y en la segunda y la tercera de *ConocoPhillips*. Además, en *BSG Resources* se planteó la recusación a causa de un comunicado del tribunal en el sentido de que no deseaba recibir más prueba documental. Finalmente, en *Suez* se planteó la recusación por un laudo dictado en un procedimiento anterior. Como se verá a continuación, la peculiaridad de cada asunto planteado aboga por evitar un trato generalizado de la problemática: se puede decir que en estos asuntos no es posible hacer grandes generalizaciones. Ello justifica un análisis detallado.

En la primera recusación de *Abaclat*, Argentina, la recusante, denunciaba que la mayoría del tribunal había emitido un pronunciamiento urgente sobre medidas provisionales sin esperar por la publicación del voto particular discordante del tercer árbitro, sin tener en cuenta la prueba propuesta por Argentina y sin motivar la decisión. Aquí se comparte con el Secr. Gral. de la CPA, a quien se encargó un informe acerca de la solicitud, que una resolución desestimatoria por sí sola no es suficiente para sembrar dudas acerca de la imparcialidad de quien la emite. Pero esa afirmación debe ser puntualizada: una mera resolución adversa no siembra dudas acerca de la imparcialidad de quien la emite, pero cuando esa resolución es emitida en circunstancias que comprometen la neutralidad de los árbitros, entonces sí parece lógico que deban surgir dudas acerca de la imparcialidad de éstos.

Habría entonces que preguntarse si la falta de motivación de una resolución constituye una circunstancia capaz de comprometer la neutralidad de los árbitros. La respuesta parece ser compleja: por un lado, la mera falta de motivación no parece que muestre *per se* una falta de imparcialidad; especialmente si se tiene en cuenta que ni siquiera en Derecho estatal todas las resoluciones procesales deben ser exhaustivamente motivadas⁵⁴⁹. Pero por otro lado, la falta de motivación, allí donde se debe evaluar la prueba propuesta y los argumentos jurídicos de una de las partes, se antoja sospechosa, ya que tal falta de motivación puede esconder una decisión arbitraria.

Se debe tener en cuenta, además, que los árbitros en el sistema CIADI no resuelven meramente conflictos entre particulares, sino conflictos que, por lo general, tienen la potencialidad de afectar a un gran número de personas conformada por la ciudadanía de los estados demandados, conflictos en los que, además, se enjuician actos soberanos que por su propia naturaleza afectan a la

⁵⁴⁹ Es el caso, v. gr., de las diligencias de ordenación y de las providencias en Derecho español, según se desprende de la lectura del artículo 208.1 de la LEC 1/2000. En todo caso, se puede afirmar que el deber de motivación es la norma imperante.

voluntad general de la ciudadanía. En un escenario así, el deber de motivación debe entenderse como reforzado si no se quiere comprometer la legitimidad del sistema. En este sentido, la decisión en la primera recusación de *Abaclat* es realmente cuestionable. El quebrantamiento del deber de motivación -que se debe entender como reforzado en el arbitraje inversor-estado- allí donde la decisión exige tal deber no constituye una mera mala praxis arbitral, sino que parece reflejo de una actitud merecedora de justificar dudas acerca de la imparcialidad de quien toma tal decisión.

Más complicada de aceptar es la argumentación de la solicitud de la segunda recusación de *Abaclat*. Esta se basaba en una supuesta falta absoluta de igualdad de trato entre las partes en claro detrimento del derecho de defensa de la demandada, a causa de las decisiones en cuanto al calendario de presentaciones. En aquél caso, Argentina denunciaba que el plazo de tiempo otorgado por el tribunal era mucho más amplio para los demandantes que para la demandada. En realidad, un análisis del caso hace pensar que tal desigualdad de trato no existe o, por lo menos, no es patente. Es evidente que la distribución de los plazos procesales debe ser equitativa, es decir, debe permitir por igual a ambas partes la defensa de sus pretensiones. Pero que sea equitativa no implica que deba ser igual, en el sentido de que deba otorgarse el mismo plazo para ambas partes o que se deban admitir las dúplicas *ad infinitum*. De manera que en este caso, y según se desprende del relato de los hechos realizado en la decisión sobre recusación, no parece que hayan surgido dudas justificables acerca de la imparcialidad de los árbitros implicados.

En la tercera recusación presentada en el asunto *ConocoPhillips* se planteaba que el tribunal no estaba actuando de manera imparcial, al haberse negado a reconsiderar su decisión sobre jurisdicción y fondo a solicitud de la demandada, la cual alegaba que dicha decisión contenía errores manifiestos y no era congruente. El hecho de que un tribunal se niegue a reconsiderar una decisión suya no justifica por sí solo una falta de imparcialidad del tribunal. Ni aún en el caso de que dicha Decisión contuviese errores manifiestos, pues es claro que lo que son errores «manifiestos» para una parte, lo deben ser para el tribunal, lo que no sucedía en este caso particular. Además, por un lado, el Convenio CIADI prevé la aclaración de los laudos (art. 50), pero no su rectificación y ni tan siquiera se prevé algo semejante para las decisiones procesales, ni en el Convenio, ni en las Reglas de arbitraje. Por otro lado, la corrección de los errores en la valoración de la prueba o en el razonamiento jurídico no compete al tribunal arbitral mismo -y aún es debatible que compete a los comités de anulación, cuya función no es asimilable a la apelación.

No obstante, la falta de congruencia sí resulta problemática. El propio Convenio CIADI prevé que la extralimitación del tribunal en sus facultades sea causa de recusación (art. 52.1.b). Si una falta de congruencia tiene fuerza suficiente para hacer surgir dudas justificadas de la imparcialidad del tribunal que incurre en

ella sigue siendo una cuestión abierta. Ahora bien, existiendo en el Convenio CIADI un motivo de revisión en la que se puede subsumir sin más problemas la falta de congruencia, no parece que el mecanismo apropiado para solucionar la incongruencia deba ser la recusación de los árbitros, sino en todo caso, la anulación.

La cuarta recusación planteada en *ConocoPhillips* ponía el foco en el hecho de que la mayoría del tribunal no hubiese otorgado el consentimiento a la renuncia del árbitro nombrado por la demandada, a pesar de que los árbitros recusados se habrían comprometido previamente a consentir a dicha renuncia. Se puede afirmar que la no concurrencia del consentimiento del resto del tribunal a la renuncia de uno de sus miembros tiene gravísimas consecuencias, en forma de sanción para la parte que ha nombrado al árbitro que renuncia. Dicha sanción consistiría en la pérdida del derecho a nombrar a otro árbitro sustituto, correspondiendo en tal caso el nombramiento al Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI⁵⁵⁰, lo que en palabras de SCHREUER tiene la finalidad de «prevenir la posibilidad de colusión entre el árbitro y la parte que lo ha nombrado»⁵⁵¹. Cabe recordar que en *ConocoPhillips* la mayoría del tribunal se escudó en la que, desde su perspectiva, fue una dilación desmesurada –a la sazón, de dos meses- por parte del renunciante, desde que anunció su renuncia hasta que la presentó, lo que habría puesto en apuros al tribunal, que estaba próximo a celebrar una audiencia.

Cabe por tanto preguntarse si no otorgar el consentimiento para renunciar demuestra una falta de imparcialidad por parte de los árbitros implicados. Se sostiene que a favor de considerar que tal falta de consentimiento sí supone la quiebra de la imparcialidad de los árbitros juegan dos factores. El primero, la gravedad del perjuicio que se inflige a la parte, disminuyendo su autonomía en un punto crucial, cual es la libertad en la elección del árbitro. Al conllevar una sanción tan grave, se puede pensar que la decisión de los árbitros es desmedida y que la causa de esa desmesura serían los prejuicios negativos de los árbitros hacia la parte perjudicada. Éste argumento se antoja algo peregrino y no parece que tenga la fuerza suficiente como para poder hablar de una carencia *manifiesta* (art. 57 Convenio CIADI) de imparcialidad de los recusados. El segundo factor es que, en el caso presente, se puede afirmar que el árbitro está actuando con falta de diligencia, al demorarse excesivamente a la hora de presentar su renuncia, poniendo con ello en serios problemas al tribunal. Pero a pesar de ello, el sujeto sancionado no es otro que la demandada, la cual, sin embargo, no parece estar actuando de manera desleal. Entonces, si la finalidad de la sanción derivada de la falta de consentimiento a la renuncia es evitar la colusión de la parte con el árbitro nombrado por ésta, esa sanción parece carecer de sentido en el presente caso, pues

⁵⁵⁰ Vid. art. 56.3 del Convenio CIADI y Regla de Arbitraje CIADI 8.2.

⁵⁵¹ Vid. SCHREUER, C.H. et al.; *The ICSID Convention...*; op. cit., pág. 1194.

se estaría sancionando a quien no ha actuado con mala fe ni falta de diligencia. Este segundo argumento sí parece tener la fuerza suficiente para hacer surgir dudas justificables acerca de la parcialidad de los árbitros.

Finalmente, no debe pasarse por alto que ni el Convenio ni las Reglas de Arbitraje regulan en qué casos cabría denegar el consentimiento a la renuncia. Es decir, se trata de una facultad discrecional de los árbitros. Siendo las cosas así, resulta harto complicado poder argumentar que la denegación de tal consentimiento evidenciaría una carencia de imparcialidad subjetiva por parte de los recusados. Se podría afirmar que en este asunto particular, el resultado dependería del estándar de recusación empleado: si ese estándar fuese el de la parcialidad real, entonces la solicitud de recusación debía ser rechazada, como realmente sucedió. Si, por el contrario, se hubiese aplicado un test de dudas justificadas o de apariencia de falta de independencia e imparcialidad, entonces la recusación debía haber prosperado. Aquí se prefiere, por su mayor garantismo, la segunda opción.

El problema planteado en *BSG Resources*, en donde la demandante recusó al tribunal arbitral al completo, fue que dicho tribunal había informado de que no deseaba recibir más solicitudes de producción de prueba documental por las partes. La comunicación había tenido lugar cuando la demandante estaba intentando que la demandada aportase cierta prueba documental que ya había sido ordenada y que la demandada tenía en su posesión, según la actora. De manera que ésta, al entenderse agraviada, procedió a recusar al tribunal *in toto*.

Cierto es que nada se dice en el Convenio ni en las Reglas de Arbitraje CIADI acerca de la capacidad de los tribunales arbitrales de ordenar parar la producción de prueba documental. La Regla 33 permite a las partes producir y solicitar al tribunal que ordene producir prueba documental⁵⁵² y el artículo 43.a) del Convenio en unión con la Regla 34.2 parecen habilitar al tribunal para ordenar *ex officio* la producción de prueba documental. Pero nada se regula acerca de los límites a la Regla 33. Sí es cierto que la Regla 34.3 establece que «el tribunal tomará nota formal del incumplimiento por una parte de sus obligaciones» en cuanto a la cooperación en la producción de prueba, si bien nada se explicita acerca de los efectos de tal falta de cooperación. Finalmente, se debe tener en cuenta el importante artículo 44 del Convenio CIADI, según el cual «cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal»⁵⁵³.

⁵⁵² Cfr. nota 418.

⁵⁵³ En todo caso, parece que la oportunidad de las partes para presentar prueba documental debe tener un límite temporal. Por ejemplo, de la lectura de las Directrices IBA sobre práctica de prueba en arbitraje comercial internacional de 2010, se desprende que las partes pueden presentar prueba documental sólo en dentro del «plazo dispuesto por el tribunal arbitral» (art. 3). De igual forma, las

De esta manera, no parece que el simple ruego u orden a las partes de que cesen con la presentación de prueba documental tenga entidad suficiente para inferir una falta de imparcialidad por parte del tribunal que lo ruega u ordena. Cosa distinta es que con dicho ruego u orden se esté quebrantando lo que GIMENO SENDRA denomina «principios inherentes a la estructura del proceso»⁵⁵⁴ y PÉREZ-CRUZ MARTÍN «principios técnicos o políticos»⁵⁵⁵, es decir, los principios de contradicción e igualdad de armas, sin cuya concurrencia no se podría hablar tan siquiera de la existencia de un proceso. Pero en este caso, que no parece ser el de *BSG Resources*, el mecanismo jurídico más apropiado para subsanar dicho quebrantamiento sería, otra vez, la anulación del artículo 52.1 del Convenio CIADI, más específicamente la causal d), que permite iniciar un procedimiento de anulación «cuando hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento».

Por último, en *Suez* lo que se denunció fue la emisión de un laudo en un arbitraje CIADI anterior, *Aguas del Aconquija*, el cual, según la demandada, «estaba tan errado [...] que revelaba *prima facie* una falta de imparcialidad por parte de la recusada». Este supuesto de hecho es colindante con otro que se analizará autónomamente más adelante: el contacto previo de los árbitros con el objeto del proceso, al haber participado como árbitro en otro procedimiento similar. Sin embargo, lo que se denunciaba en *Suez* no era el contacto previo, que podría causar imparcialidad subjetiva, sino la emisión de un laudo que contenía tantos errores que sólo podía calificarse de parcial, según Argentina.

En cualquier caso, parece que *Suez* no deja mucho margen al debate: el hecho de que un laudo hubiese incurrido en varios errores palmarios no parece tener entidad suficiente como para sostener una recusación. Sería necesario, para ello, poder establecer un nexo claro en el sentido de que los errores son de tamaño evidencia, que no cabría más que calificarlos como voluntarios y, por tanto, fruto de la mala fe. Pero esa tarea compete a los comités de anulación y, al momento de presentar la solicitud de recusación, dicho comité de anulación no se había pronunciado sobre el particular. Sea como fuere, la solución se antojaba complicada para la mayoría del tribunal: a favor de aceptar la recusación abogaba el hecho de que en verdad la recusada podría tener prejuicios hacia Argentina, en contra, el hecho de que el órgano competente para declarar la existencia de ese prejuicio no se había pronunciado por el momento, con el consiguiente riesgo de un pronunciamiento contradictorio. En todo caso, los motivos de la mayoría para

Notas de la de CNUDMI acerca de la organización de los procedimientos arbitrales de 2016 establecen que «el tribunal arbitral usualmente fija límites temporales para la presentación de prueba documental al comienzo del procedimiento arbitral» (pár. 73).

⁵⁵⁴ Vid. GIMENO SENDRA, V.; *Introducción al Derecho procesal*; Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015; págs. 318-323.

⁵⁵⁵ Vid. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J.; *Constitución y Poder Judicial...*; op. cit., pág. 395. Para este autor, se trata asimismo de «los principios básicos de la justicia natural».

rechazar la recusación –que durante el arbitraje de *Suez* la recusada había mantenido un comportamiento intachable- parecen desatinados, ya que el objeto de la recusación no era dicho comportamiento, sino la emisión de un laudo en un arbitraje anterior que, a la vista de la demandada, dejaba entrever un prejuicio negativo de la recusada hacia Argentina. El conflicto fue idéntico en la recusación de *Participaciones Inversiones Portuarias*, en el que la mayoría del tribunal se acogió a la doctrina de *Suez*.

Muy similar fueron también los hechos de la recusación de *Repsol*. La diferencia es que en *Repsol* el número de laudos emitidos por el recusado no era de uno, sino de tres –en *CMS*, *Enron* y *Sempra*-, dándose la circunstancia de que, además, dichos laudos ya habían sido anulados por los correspondientes comités de anulación. La solicitud fue rechazada por el Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI, Jim Yong Kim, con la justificación de que los objetos de los arbitrajes anteriores eran diferentes al de *Repsol*. Esta decisión no puede calificarse más que como sorpresiva. Por un lado, porque lo que se debatía no era el prejuicio del árbitro hacia una determinada interpretación de una norma jurídica, sino su supuesta actitud negativa hacia la demanda. Por otro lado, porque el resto de circunstancias relatadas en el laudo –el pasado asesoramiento del recusado al dictador Pinochet en un momento en que Chile y Argentina estuvieron a punto de declararse en guerra-, así como las reiteradas anulaciones sobre sus laudos anteriores, permiten hablar de una evidente actitud adversa del recusado hacia la demandada. Actitud que, sin duda, parecía estar siendo explotada por la asesoría jurídica que había decidido nombrar a dicho árbitro para el litigio de *Repsol*. En este caso, todo apunta a que la mejor resolución de la solicitud hubiese sido en el sentido de aceptarla.

2.3.1.5.7. Relaciones personales no profesionales

Sólo están disponibles dos decisiones de recusación en las que se denunciaba la existencia de relaciones personales de tipo no profesional entre los árbitros dictadas en arbitrajes CIADI. Se trata de *Alpha Projektholding* y de *Getma International*. La relación denunciada en la primera era de tipo educacional y en la segunda, de tipo familiar. Además de estos dos arbitrajes CIADI, existe otro, *Zhinvali*, en el que se rechazó la recusación de un árbitro que mantenía «contactos ocasionales y puramente sociales»⁵⁵⁶ entre el árbitro y un ejecutivo que había sido clave en la inversión para la parte demandante.

⁵⁵⁶ Cit. en *Decisión acerca de la recusación del Presidente del Comité* en el asunto *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal contra República Argentina* (ARB/97/3); de 3 de octubre de 2001; pág. 23.

En *Alpha Projektholding*, la situación denunciada era que el árbitro nombrado por la demandada había sido compañero de clase del asesor jurídico de la demandada durante su etapa universitaria hacía ya 20 años. Según las personas implicadas, después de aquella fecha, no habían vuelto a relacionarse. En este caso, la mayoría del tribunal rechazó la propuesta, se estima que con buen tino, ya que la relación no tendría intensidad suficiente como para quebrar ningún estándar existente de imparcialidad e independencia.

Por su parte, en *Getma International*, el árbitro nombrado por la demandante era hermano de otro árbitro, también nombrado por la demandante en otro procedimiento con identidad de hechos y de partes, pero ante otra institución arbitral. En este caso, la mayoría del tribunal dictaminó que no había relación profesional ni patrimonial entre ellos y que la mera denuncia del riesgo de compartición de información no era suficiente para aceptar la recusación, más aun si se tenía en cuenta que tal compartición resultaría sancionada por las normas deontológicas. Así que se decidió rechazar la propuesta. Aquí se está de acuerdo con ese resultado, más aún si se tiene en cuenta que la independencia y la imparcialidad en arbitraje internacional se predicán hacia las partes o el objeto del proceso, pero no hacia otros árbitros.

A pesar de la escasez de decisiones de recusación que han lidiado con las relaciones personales de los árbitros, se tratan estas de una sempiterna preocupación de las legislaciones nacionales, que impiden que los juzgadores puedan tener una relación de amistad íntima o de enemistad manifiesta con las partes, o que tengan parentescos cercanos, o relaciones de subordinación laboral⁵⁵⁷. En el mismo sentido, el Derecho de origen jurisprudencial anglosajón ha abordado este asunto, prohibiendo que puedan existir relaciones directas entre los jueces y las partes⁵⁵⁸, e incluso la legislación federal de los EEUU mantiene severas restricciones en cuanto al parentesco de los jueces y las partes⁵⁵⁹. También ha sido un tema abordado por el TEDH, que ha reputado contrarios a las exigencias de la imparcialidad subjetiva el que un auxiliar de la autoridad judicial sea familiar de una de las partes en un proceso penal⁵⁶⁰, o cuando un miembro del jurado declara conocer a la víctima de un delito y tener una buena imagen de la misma⁵⁶¹. Asimismo, en la Regla 34 de procedimiento y prueba del TPI se reputa que un juez tiene un interés personal en el caso cuando mantiene una relación conyugal,

⁵⁵⁷ Vid. Así en el art. L-731-1 del COJ (parte legislativa antigua) francés; en el art. 120.1^a del CPC portugués; en el art. 51 del CdPC italiano; en el artículo 219 de la LOPJ española y en los apartados 2, 2a y 3 del artículo 41 de la ZPO alemana. Para un análisis del caso español, aplicado al TC, vid. CALVO SÁNCHEZ, M.C.; *Control de la imparcialidad del tribunal constitucional*; Editorial Atelier, Barcelona, 2009; págs. 253-265.

⁵⁵⁸ Sentencia HCA en *Webb & Hay v R...*, pág. 12, opinión de Deane J.

⁵⁵⁹ Sec. 455 del Título 28 USC.

⁵⁶⁰ STEDH 2/VI/2016, asunto *Mitrov c. Macedonia*, párrafos 48-56.

⁵⁶¹ STEDH 17/XII/2015, asunto *Krystiansen c. Noruega*

parental o de otro parentesco cercano, personal o profesional o una relación de subordinación con cualquiera de las partes, siendo que se quiebra la imparcialidad en esos supuestos. Dentro de la jurisprudencia estatal acerca de la imparcialidad arbitral, como se ha visto, en Bélgica se ha entendido que un árbitro que desayuna con alguna de las partes pone en riesgo su imparcialidad⁵⁶²; aunque, por otro lado, la jurisprudencia alemana parece más laxa, al interpretar que cuando un defensor y un árbitro traban una relación cordial, llegando a llamarse por su nombre de pila, este hecho no quiebra la imparcialidad del árbitro⁵⁶³.

En cuanto a otros arbitrajes estado-inversor, destaca la jurisprudencia de la CCI, que ha declarado que no quiebran los estándares de independencia e imparcialidad aquél árbitro que había sido compañero de clase en la Facultad de uno de los asesores jurídicos de las partes, ni aquél árbitro que había dirigido la tesis doctoral de un compañero profesional del abogado de una de las partes⁵⁶⁴.

En definitiva, dentro esta categoría cabrían una infinidad de supuestos de hecho: relaciones familiares, de amistad, de enemistad, de vecindad, de compañerismo en instituciones educativas, sindicales, partidos políticos, movimientos sociales, consejos editoriales, asociaciones culturales, claustros universitarios y un largo etcétera. Por supuesto, no todas ellas tendrían la misma fuerza a la hora de poner en cuestión la independencia e imparcialidad de los árbitros, así v. gr., una relación de amistad no es tan fuerte como una relación de compañerismo en un claustro universitario. Inclusive, un mismo tipo de relación puede tener mayor o menor intensidad, v. gr., dentro de las relaciones familiares, la relación madre-hijo es más fuerte que la relación entre primos segundos o, v. gr., una relación de amistad cultivada hace 20 años tiene menos intensidad que una relación de amistad mantenida en el tiempo y actual. Tamaña variedad de supuestos exige un estudio individual de cada caso, aunque las normas generales incluidas en las legislaciones estatales para los jueces parecen adecuadas. Dichas normas, recuérdese, suelen prohibir con carácter general relaciones familiares, de amistad íntima y de enemistad manifiesta entre los jueces y las partes o sus agentes.

2.3.1.5.8. Opiniones adversas hacia los intereses de las partes

La emisión de opiniones adversas hacia las partes ha servido de base para las recusaciones de *Perenco Ecuador*, *Burlington Resources* y *RSM Production*.

⁵⁶² Resolución citada en KEUTGEN, G; «*L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit belge...*»; op. cit., pág. 289

⁵⁶³ Sentencia del OLG Berlin de 07/07/2010, recogida en TUCCILLO, R.; *L'imparzialità dell'arbitro...*; op. cit., pág. 142

⁵⁶⁴ Vid. WHITESELL, A.M.; «*Independence in ICC Arbitration...*»; Casos 4 y 5, op. cit., pág. 30

En *Perenco*, la opinión que sirvió de base a la recusación fue emitida en una entrevista en una revista estadounidense en la que el recusado, a causa de una pregunta acerca de los problemas más acuciantes del arbitraje internacional de inversiones, había calificado de «Estado anfitrión recalcitrante» al demandado, Ecuador. El problema de las declaraciones de los jueces a la prensa es un tema que ha sido tratado en las jurisprudencias nacionales⁵⁶⁵ e internacionales en repetidas ocasiones. Es el caso de los asuntos *Buscemi c. Italia*, *Olujić c. Croacia* y *Lavents c. Letonia* ante el TEDH, en el primero de los cuales –que ha sido ratificado por los siguientes– dicho Tribunal estableció la doctrina según la cual se requiere a las autoridades judiciales que ejerzan la máxima discreción con respecto a los casos que enjuician, en orden a preservar su imagen como jueces imparciales. Esa discreción debe disuadirles de hacer uso de la prensa, aun cuando son provocados a ello⁵⁶⁶. Debe, asimismo, tenerse en cuenta la Regla 34 de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional, según el cual, los miembros del TPI deberán abstenerse o podrán ser recusados, entre otras causas, por «haber expresado opiniones, por conducto de medios de comunicación, por escrito o en actos públicos que, objetivamente, podrían redundar en desmedro de la imparcialidad requerida». Además, se trata de un supuesto de hecho con antecedentes dentro del arbitraje inversor-estado, concretamente, la Corte de la CCI aceptó la recusación de un árbitro que había expresado por escrito opiniones contrarias al Estado que era parte de un litigio en el que debía decidir⁵⁶⁷. Por último, debe tenerse en cuenta que las Directrices IBA incluyen en el listado naranja la situación en que «el árbitro ha manifestado una posición específica respecto de algún aspecto del arbitraje mediante una publicación, un discurso o cualquier otra forma» (directriz 3.5.2).

La decisión en *Perenco* fue tajante: las declaraciones del árbitro recusado erigían una apariencia de parcialidad y, por lo tanto, se aceptó la recusación.

⁵⁶⁵ Sirva de ejemplo la STC 162/1999, de 3/XI/1999, dictada en el conocido como «caso Hormaechea». Allí, el TC estimó parcialmente el recurso de amparo interpuesto contra una sentencia emitida por el TSJ de Cantabria, en la que condenaba al ex-presidente del Gobierno autonómico cántabro por prevaricación. Presidiendo dicho tribunal se hallaba el magistrado Claudio Movilla, quien había realizado las siguientes declaraciones en respuesta a una los comentarios vertidos en una rueda de prensa por el acusado: [Las declaraciones de Hormaechea] «Revelan una catadura moral que yo no desearía para un presidente de una comunidad autónoma. Ningún derecho tiene Hormaechea a poner en duda la independencia de un tribunal al margen de la ideología de sus componentes. Recordar penosos episodios de la Guerra Civil, transcurridas ya tantas décadas desde su término, me parece una actitud penosa y miserable». El TC declaró que, si bien no parecía que cupiese deducir de las manifestaciones del magistrado una toma de posición anímica en favor o en contra del entonces acusado, «el medio en que se expresaron las opiniones, el tenor, contundencia y radicalidad de la descalificación del recurrente permite fundar una sospecha legítima de parcialidad». Concluyendo que la salvaguarda de su imparcialidad impide a los jueces 1) utilizar como argumento el propio objeto del enjuiciamiento para reaccionar frente a los ataques verbales, 2) anticipar cualquier veredicto sobre la culpabilidad del acusado y 3) sobrepasar el límite que les haga aparecer, a los ojos del acusado o de la ciudadanía, incursos en un enfrentamiento personal con aquél

⁵⁶⁶ STEDH 19/IX/1999, asunto *Buscemi c. Italia*, pár. 67.

⁵⁶⁷ Vid. WHITESELL, A.M.; «*Independence in ICC Arbitration...*»; Caso 9, op. cit., pág. 31.

Evidentemente, aquí se trataría de la constatación de la quiebra de lo que el TEDH denomina «vertiente subjetiva de la imparcialidad», y que la doctrina mayoritaria en arbitraje internacional denomina simple y llanamente «imparcialidad». Es decir, se trata de un dispositivo que apunta directamente a la subjetividad del juzgador. Así que, por la propia naturaleza de esta modalidad de imparcialidad, las declaraciones de los juzgadores son capaces de dar una apariencia de quiebra de la misma, y no tanto porque el juzgador confiese que es efectivamente imparcial, sino porque de las expresiones utilizadas pueda deducirse que, incluso inconscientemente, la persona implicada mantiene prejuicios hacia una parte. No se escapa que puede llegar a ser injusto derivar de lo que en la escuela freudiana se denomina «acto fallido» una conclusión tan rotunda como que alguien mantiene prejuicios hacia una parte. Sin embargo, debe recordarse una vez más la importancia que tiene para el sistema la confianza de las partes en que el tribunal actuará de manera imparcial, garantizando una resolución justa. En aras a la consecución de dicha confianza, la decisión de la recusación de *Perenco* no puede más que calificarse de acertada.

A diferencia de *Perenco*, en *Burlington Resources* y *RSM Production*, las opiniones controvertidas se habían producido en el transcurso del mismo arbitraje en que se planteó la recusación. En *Burlington Resources*, se da, además, la casualidad de que la opinión fue emitida precisamente en las alegaciones que, al amparo de la Regla de Arbitraje 9.3, se permiten realizar a los recusados cuando se plantea una solicitud de recusación contra ellos. Concretamente, el recusado lo había sido por mantener, a juicio de la demandada, una conducta no equitativa. Aunque este motivo fue finalmente rechazado, en sus alegaciones el árbitro manifestó que la actitud del bufete que asesoraba a la demandada no parecía «apropiado ni éticamente justificado». Tales comentarios, a juicio del Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI, Jim Yong Kim, no pretendían refutar la recusación y evidenciaban, además, una apariencia de falta de imparcialidad. De nuevo, lo dicho para *Perenco* es extrapolable a este caso: si lo que está en juego es la confianza de las partes en el procedimiento, entonces las declaraciones de los árbitros que permiten inferir una actitud adversa hacia una parte –o sea, una apariencia de falta de imparcialidad-, deben dar pie a la recusación de dichos árbitros.

Sin embargo, existen ciertos matices que diferencia la recusación de *Burlington* de aquélla de *Perenco*: en aquélla, la postura adversa no era hacia la parte, sino hacia su asesora jurídica. Además, en *Burlington* el árbitro recusado estaba respondiendo a una acusación previa de falta de ética profesional contra él. A pesar de estos matices, que permiten vislumbrar una intensidad menor de adversidad hacia la parte que en el caso anterior, se defiende que el apartamiento de dicho árbitro fue correcto. Por una parte, porque la adversidad hacia los asesores jurídicos es equiparable a la adversidad hacia la parte, como demuestra la legislación y jurisprudencia nacionales e internacionales estudiadas. Por otra parte, porque el estado de ánimo de los juzgadores debe prevenirles de entrar en

debates o realizar comentarios que comprometan su apariencia de imparcialidad, como ha puesto de manifiesto el TEDH en *Buscemi c. Italia*, se estima que con indudable acierto.

La propuesta de recusación fue rechazada en *RSM Production*. Allí, recuérdese, el recusado había utilizado expresiones duras para criticar la figura, común en el arbitraje inversor-estado, de los terceros financiadores. La mayoría del tribunal rechazó la recusación sobre la base de que las expresiones utilizadas eran «metáforas fuertes», pero que la finalidad de su uso era «clarificar y enfatizar» el argumento que dicho árbitro sostenía.

Aquí se deben diferenciar dos aspectos. Por un lado, la intensidad de las declaraciones y, por el otro, a quién van dirigidas. Evidentemente, para hacer surgir dudas acerca de la imparcialidad de un árbitro, las manifestaciones deben tener una cierta intensidad. En este caso particular, la mayoría del tribunal decidió enfocarse en este extremo, y rechazó así la recusación. Pero lo relevante aquí parece que debería haber sido que las declaraciones no eran críticas con las partes, ni con sus asesorías jurídicas, sino hacia un sujeto, el tercero financiador, que si bien tiene un interés indirecto en la causa, no tiene legitimación procesal, es decir, no es parte del proceso ni es un sujeto asimilable a la parte. Por lo tanto, no parecería, en principio, que una crítica dirigida hacia los terceros financiadores tuviese fuerza suficiente como para poner en duda la imparcialidad del árbitro, más aún cuando dicha crítica es general y no particular. En todo caso, el resultado de la decisión se reputa acertado.

En el sistema CIADI, otro tipo de declaraciones han servido como base para plantear recusaciones: las resultantes de investigaciones académicas. El asunto en que se planteó una solicitud de recusación en base a tales declaraciones fue *Urbaser*. Sin embargo, a diferencia del resto de resoluciones estudiadas en este apartado, en *Urbaser* lo que se denunció no fue una opinión adversa a la parte, sino el prejuzgamiento de uno de los particulares que componían el fondo del asunto.

Las opiniones resultantes de investigaciones académicas son ampliamente conocidas dentro del arbitraje internacional, lo cual se explicaría por el hecho de que para las partes son una buena fuente de conocimiento de los valores y pareceres jurídicos de los árbitros. Recuérdese, v. gr., el asunto CNUDMI *Merck Sharp & Dohme Corp. c. Ecuador*, en el que la independencia e imparcialidad del árbitro nombrado por la demandante fue puesta en duda por haber tachado de «fraude» en una editorial de una revista científica al juicio del asunto *Nicaragua c. EEUU* ante el TIJ, en el que había participado el asesor jurídico de la demandada. O *CC/Devas c. India*, otro arbitraje según las reglas CNUDMI, en el que se solicitó la recusación de un árbitro que había mantenido fuertes posiciones en torno a la modulación de la responsabilidad de los Estados por la «protección de sus intereses esenciales», modulación que iba a ser objeto de debate en dicho arbitraje. Como se vio, en el primer caso la autoridad nominadora rechazó la propuesta de

recusación. Sin embargo, en *CC/Devas*, sí lo aceptó. La razón es que en este caso el árbitro había participado en un tribunal que había emitido a su vez un laudo que posteriormente resultó anulado, si bien, el recusado había criticado duramente dicha decisión de anulación, reafirmando persistentemente su postura en varios escritos académicos. Dicha persistencia fue sopesada por la autoridad nominadora, que hizo prevalecer el derecho de las partes a que los árbitros resolviesen sus litigios con «apertura de mente», por sobre el derecho de los árbitros a mantener posiciones jurídicas en torno a un determinado asunto. Se debe recordar que en *CC/Devas* se había propuesto la recusación de dos miembros del tribunal, con base en idénticas razones. Si bien el segundo árbitro, cuya postura no era ni reiterada ni taxativa, no acabó recusado.

En *Urbaser*, el árbitro nombrado por la demandada había expresado sus opiniones acerca de la aplicación de la CNMF de los TBI a la cláusula arbitral de los mismos y acerca de la alegación del estado de necesidad por parte de los Estados receptores de inversiones. En este asunto, la mayoría del tribunal rechazó la solicitud de recusación, expresando que para que la recusación sea estimada, «debe mostrarse que dicha opinión trae causa en el apoyo a una de las partes en el arbitraje, en un interés directo o indirecto en el resultado de un litigio o en una relación con cualquier individuo conectado con el arbitraje»⁵⁶⁸.

Está claro que la decisión en *CC/Devas* contradice a la de *Urbaser*. Pero no existe incoherencia alguna en ello, ya que los motivos expresados para rechazar la recusación de *Urbaser* son muy distintos a aquéllos de *CC/Devas*. Si en *CC/Devas* la persistencia y la taxatividad de las opiniones académicas parecen haber jugado un papel primordial, no parece que se pueda decir lo mismo de *Urbaser*, en el que la mayoría del tribunal exigió que para poder aceptar que una opinión –no necesariamente académica– quebrase las exigencias de la imparcialidad y la independencia de los árbitros, sería necesario que dichas opiniones no trajesen causa en el apoyo a alguna de las partes o en un interés en el resultado del litigio o en una relación con alguien vinculado al arbitraje. Es decir, un test muy parecido al que se formuló en *Aguas del Aconquija* para discernir si la relación profesional denunciada podía ser calificada como «*de minimis*». En cualquier caso, aquí se defiende que tanto los motivos de *CC/Devas* como los de *Urbaser* son perfectamente sensatos y además resultan compatibles entre sí, ya que enfocan aspectos distintos del mismo problema. Por ello, la supuesta contradicción en la fundamentación no existiría y, lo que es más, sería recomendable aunar ambos criterios a la hora de evaluar futuras recusaciones en los arbitrajes de inversiones.

⁵⁶⁸ *Decision on Claimant's proposal to disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator* en el asunto *Urbaser, S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia contra la República Argentina* (ARB/07/26), p. 45.

Durante la exposición de este apartado se han ido poniendo de manifiesto circunstancias que resultan de interés a la hora de establecer un criterio para valorar el cumplimiento de los principios de independencia e imparcialidad de los árbitros a causa de las opiniones manifestadas por ellos. En primer lugar, habría que valorar el medio en el que se emiten dichas opiniones. Evidentemente, de una declaración en una entrevista periodística cabe esperar una mayor carga de subjetividad que de un enunciado de tipo académico. Y de tal mayor carga de subjetividad, cabe derivar un conocimiento más exacto de la actitud real del árbitro. En segundo lugar, resulta interesante atender a la intensidad con que se expresa una opinión, tanto por el tono y la dureza de las palabras utilizadas, como de la persistencia y cerrazón de dicha opinión. Una opinión expresada de manera tajante y persistente deja entrever una actitud menos receptiva que una opinión aséptica y abierta a discusión. En tercer lugar, parece útil fijarse en a quién van dirigidas las opiniones. Una opinión adversa expresa más parcialidad cuando va dirigida hacia la parte que hacia un agente o un asesor jurídico de la misma. Igualmente, una opinión adversa contra un agente o un asesor jurídico de la parte expresa más parcialidad que si va dirigida a terceras personas que pueden estar relacionadas de otra manera con la parte, como sería el caso de los terceros financiadores. En cuarto lugar, habría que atender al momento en el que se emiten las opiniones. Unas opiniones emitidas durante el arbitraje lesionan la imparcialidad mucho más que unas opiniones emitidas una vez resuelto el litigio, o y tras haber sido practicada la prueba y haber considerado las alegaciones de las partes. En un nivel intermedio se situarían las opiniones emitidas antes del planteamiento del conflicto. Finalmente, en quinto lugar, tiene importancia la intención con la que se emite una opinión. Si bien la evaluación de este aspecto es mucho más dificultosa que las anteriores, pues la intención suele permanecer oculta muchas veces. En todo caso, si la intención es favorecer a alguna de las partes o al propio árbitro que emite las declaraciones, entonces la parcialidad de tal árbitro es incuestionable.

2.3.2. Relaciones entre el árbitro y el objeto del proceso

Se estudian en este apartado aquéllas relaciones entre el árbitro y las pretensiones planteadas. Estas, con carácter general, pueden referirse a dos situaciones: primero, a aquéllas en que el recusado presenta un interés directo o indirecto en el resultado del proceso, normalmente de tipo económico; segundo, a aquéllas en que el árbitro recusado ha tenido un contacto previo con el objeto del proceso, de forma que puede haberse formado un juicio previo sobre el mismo.

2.3.2.1. Interés directo o indirecto en el objeto del proceso

En tres litigios se han planteado dudas acerca de la falta de imparcialidad de una árbitra con base en la existencia de un interés de aquélla en el objeto del arbitraje. Si bien la árbitra recusada fue siempre la misma y bajo el mismo fundamento: su interés económico derivado de sus conexiones con un importante banco suizo, accionista de las demandantes⁵⁶⁹. En el primero de ellos, *Suez*⁵⁷⁰, en el transcurso del arbitraje, la demandada había descubierto que la recusada era directiva de un importante banco suizo, el cual poseía acciones de dos de las empresas demandantes, a la sazón, Suez y Vivendi. La demandada alegó también que el banco realizaba recomendaciones a sus clientes inversionistas respecto de las inversiones en el sector del agua y que había desarrollado productos financieros que luego vendía a sus inversores⁵⁷¹.

Para la mayoría del tribunal, lo determinante era calibrar el alcance de la conexión entre la recusada y los demandantes, para lo cual propuso cuatro criterios: proximidad, intensidad, dependencia y materialidad. Mientras que la proximidad hacía referencia a la cercanía de la relación entre el árbitro y las partes, la intensidad atendía a lo frecuente e intensa que dicha relación fuese. Para evaluar la dependencia, se debía atender a hasta qué punto los beneficios obtenidos por el árbitro recusado a causa de una determinada conexión dependían de su relación con la parte y, finalmente, la materialidad ponía el foco sobre la significancia de los beneficios obtenidos a causa de la relación entre el recusado y la parte. De forma que cuanto mayor fuese la proximidad, la intensidad, la relevancia de la dependencia y la materialidad, menor sería la imparcialidad del árbitro.

En el caso concreto, el tribunal partió de una doble premisa: por un lado, que las inversiones del banco suizo en Vivendi y Suez eran insignificantes en términos relativos para dicho banco –las cifras exactas eran del 2.38% y del 2.13% del accionariado, respectivamente- y, por otro lado, que el rol desarrollado por la recusada en la junta directiva del citado banco era principalmente de supervisión y control de su administración ejecutiva, resultando que la recusada era *independiente* con respecto a la administración de la compañía. En especial, no

⁵⁶⁹ Se trata del arbitraje *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. contra la República Argentina (ARB/03/19)* –al que se había acumulado el litigio *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interaguas Servicios Integrales del Agua S.A. contra Argentina (ARB/03/17)*–, del arbitraje *EDF International SA, SAUR International SA y León Participaciones Argentinas SA c. Argentina (ARB/03/23)* y del procedimiento ante el comité de anulación en *Compañía de aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. contra la República Argentina (ARB/97/3)*.

⁵⁷⁰ Recuérdese que un año antes, la demandada ya había planteado sin éxito una recusación contra la misma árbitra en base a que ésta había coemitido un laudo en que, según la perspectiva de la demandada se la condenaba de manera errónea e injusta.

⁵⁷¹ *Decision on a second proposal for the disqualification of a member of the tribunal* en el asunto *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. contra la República Argentina (ARB/03/17)*, de 12/V/2008; párrafos 9 y 12.

participaba en la selección y monitorización de las inversiones individuales del banco⁵⁷².

Cada parámetro fue entonces objeto de evaluación, llegando la mayoría del tribunal a la conclusión de que, con respecto a la proximidad, la conexión entre la recusada y las partes era remota e indirecta; que en cuanto a la intensidad, no se percibían interacciones entre los sujetos implicados; respecto a la dependencia, se concluyó que la recusada no obtenía beneficios a causa de la relación objeto de denuncia y, finalmente, en cuanto a la materialidad, se entendió que las acciones del banco en Suez y Vivendi no afectaban a la remuneración que la recusada obtenía como directiva del banco⁵⁷³. En la decisión, por consiguiente, se rechazó la propuesta de recusación.

Tan sólo un mes después de la resolución de la segunda recusación de *Suez*, la mayoría del tribunal arbitral de *EDF International c. Argentina* decidió sobre la recusación planteada en dicho procedimiento. Las alegaciones de Argentina eran, en este caso, cinco: i) que el banco recomendaba a sus inversionistas que invirtiesen en la matriz de EDF, ii) que el banco y EDF tenían un interés común en una sociedad mercantil, de la que el banco poseía el 5.32% de las acciones y cuyo control era ejercido por EDF, iii) que el banco y EDF tenían un interés común en una segunda sociedad mercantil, y que el banco había vendido a EDF recientemente el 34,62% de sus acciones en dicha entidad, iv) que EDF había realizado una oferta pública de sus acciones mercantiles en el mercado financiero francés con ayuda del banco y v) que una Fundación controlada por el banco era propietaria del 3% de las acciones de EDF⁵⁷⁴.

En este caso, la mayoría del tribunal rechazó la solicitud de recusación, que sin embargo, consideró ser de buena fe. Las razones para ello fueron que, primero, las recomendaciones del banco a sus inversores habían sido realizadas en el «curso ordinario de [sus] negocios», con lo cual no se podía hablar de un incentivo directo de la recusada para favorecer a EDF⁵⁷⁵. En segundo lugar, la mayoría del tribunal entendió que el interés común de EDF y el banco en la primera sociedad era en realidad de menos del 1.5%, una cifra tan baja para uno de los mayores bancos de inversión del mundo que, con rigurosidad, no se podría entender que la árbitra careciera de «independencia» por ello⁵⁷⁶. En tercer lugar, el tribunal entendió que la venta de las acciones del banco en la segunda sociedad a EDF había tenido lugar hace dos años, con lo cual no existía ningún nexo entre dicha compañía y la

⁵⁷² *Ibid.*, párrafos 36-39.

⁵⁷³ *Ibid.*, pág. 40.

⁵⁷⁴ *Decisión sobre la recusación* en *EDF International SA, SAUR International SA, León Participaciones Argentinas SA c. la República Argentina* (Caso CIADI ARB/03/23), de 15/VI/2008; pág. 5

⁵⁷⁵ *Ibid.*, págs. 19 y 20.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, pág. 20.

recusada⁵⁷⁷. En cuarto lugar, la ayuda prestada por el banco a EDF para la venta de sus acciones en el mercado financiero francés había sido realizada a través de un consorcio, siendo que la mayoría del tribunal se vio incapaz de percibir alguna relación entre dicho consorcio y la manera en que la recusada resolvería el litigio⁵⁷⁸. Finalmente, la mayoría del tribunal también rechazó que el quinto motivo pudiese tener algún tipo de impacto sobre la independencia de la recusada⁵⁷⁹.

Dos años después de haber dictado la decisión sobre la propuesta de recusación de *Suez*, Argentina solicitó al comité de anulación de otro asunto, a la sazón, *Compañía de Aguas del Aconquija c. Argentina* que anulara el laudo emitido anteriormente en ese procedimiento con base al artículo 52.1.d del Convenio, es decir, alegando que se había producido un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento. La razón era idéntica a la planteada en *Suez*: la árbitra recusada –la misma de *Suez*– pertenecía a la junta directiva del banco suizo con intereses en el objeto del proceso.

Para el Comité *ad hoc*, «un director en el ejercicio de sus funciones tiene la responsabilidad fiduciaria frente a los accionistas del banco de favorecer sus intereses y, por ende, de postergar conflictos de interés»⁵⁸⁰. Siendo que «esa responsabilidad se contradice con la de un árbitro independiente en un arbitraje que involucra a una parte en la cual el banco tiene acciones u otro tipo de participación, sin importar lo pequeña que pueda ser»⁵⁸¹. El comité insistió, además en que los cargos directivos de los bancos de importancia internacional deberían ser incompatibles con los de «árbitros internacionales», ya que las sociedades bancarias para las que trabajan presentan intereses en casi todas las grandes empresas mundiales⁵⁸². El comité *ad hoc* concluyó que en aquéllos casos en que un miembro de la junta directiva de un banco importante desee ejercer como árbitro tiene que cumplir un doble deber: de un lado, debe investigar si el

⁵⁷⁷ Íbid., págs. 20 y 21.

⁵⁷⁸ Íbid., pág. 21.

⁵⁷⁹ Íbid., págs. 21-23.

⁵⁸⁰ *Decisión sobre la solicitud de anulación del laudo emitido el 20 de agosto de 2007 presentada por la República Argentina* en el asunto *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. contra la República Argentina* (ARB/97/3), de 10 de agosto de 2010; pár. 217.

⁵⁸¹ Íbid.; pár. 218.

⁵⁸² Íbid. Esta afirmación se desprende de la versión en inglés de la Decisión citada, cuya traducción oficial al español expresa más bien lo contrario, al decir que «los cargos de director de un banco de esta índole y de árbitro internacional podrían ser incompatibles, o no deberían serlo, en el contexto del arbitraje internacional moderno, o bien no deberían combinarse más». Por su parte, la versión en inglés está redactada de la siguiente manera: «the positions of a director of such a bank, and that of an international arbitrator, may not be compatible, and should not be, or in a modern international arbitration environment, should no longer be combined», dado el tenor general del párrafo en que están incluidas estas afirmaciones y dada la falta de sentido de que adolece la versión en castellano, aquí se prefiere la versión en inglés, que parece más acorde con dicho tenor general.

banco tiene alguna conexión con alguna de las partes del arbitraje, de otro lado, debe notificar a las partes de cada arbitraje tal conexión o interés⁵⁸³.

En este caso particular, el comité entendió que la situación descrita no constituía una causal suficiente de acuerdo con el artículo 52 del Convenio, ya que en *Aguas del Aconquija* la circunstancia de que el banco implicado tuviese intereses económicos en una de las partes –para el caso: Vivendi- no se descubrió hasta después de que el tribunal CIADI hubiese dictado el laudo definitivo⁵⁸⁴. No se debe pasar, sin embargo, que ésta no era la situación en *Suez*, donde ésta circunstancia sí era conocida.

2.3.2.1.1. Cuestiones críticas: interés económico

Además de estar previsto por las legislaciones de derecho continental⁵⁸⁵, el veto a que un juez pueda presentar interés directo en el asunto también ha sido abordado por la jurisprudencia anglosajona. Tal es el caso de la sentencia *Dimes v. Proprietors of Grand Junction Canal*, de 1852, en la que la UKHL estableció que la imparcialidad del juzgador queda en entredicho cuando éste tiene algún interés pecuniario, por pequeño que sea. Mucho más recientemente, en 1994, en la sentencia *Webb & Hay v. R.*, el HCA de Australia entendió que cuando quien juzga tiene un interés pecuniario o de otro tipo en el proceso, entonces se quiebra la apariencia de parcialidad del juzgador.

También es posible encontrar declaraciones de este tipo en el contexto del Derecho internacional. Es el caso de la sentencia de *Fiscal c. Anto Furundžija*, de 2000, en la que el TPIY declaró que el requisito de la imparcialidad se debía entender conculcado, entre otros supuestos, cuando el juez tuviese interés financiero o patrimonial en el asunto. Dentro del arbitraje inversor-estado, también se ha establecido el mismo criterio dentro de la CCI, cuando se declaró que no era independiente el árbitro que era director de una sociedad que poseía acciones de otra sociedad que era la mayor accionista de una de las partes⁵⁸⁶. Por último, ténganse en cuenta las directrices 1.2 y 1.3 del listado rojo irrenunciable de las Directrices IBA. Según la primera de ellas, existe un conflicto objetivo de interés cuando «el árbitro es gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o tiene una relación de control sobre una de las partes en el arbitraje o sobre una entidad que tiene un interés económico directo en el laudo que se emitirá en el arbitraje». Según la directriz 1.3, dicho conflicto objetivo existe allí donde «el

⁵⁸³ *Íbid.*; pág. 221.

⁵⁸⁴ *Íbid.*; párrafos 233-235.

⁵⁸⁵ Así se regula en el art. L-731-1.1º del COJ (parte legislativa antigua) francés; en los apartados a) y b) del art. 115.1 del CPC portugués, en el art. 51.1 del CdPC italiano, en el apartado 1 del artículo 41 de la ZPO alemana y en el art. 219.10º de la LOPJ española.

⁵⁸⁶ Vid. WHITESELL, A.M.; «*Independence in ICC Arbitration...*»; Caso 1, op. cit., pág. 20

árbitro tiene un interés económico o personal significativo en una de las partes o en el resultado del asunto». Situaciones similares, pero de consecuencias menos graves vienen descritas en el listado rojo renunciante (directriz 2.2) y el listado naranja de dichas Directrices (directriz 3.4).

En el sistema CIADI el interés económico en el objeto del litigio ha servido para cuestionar en tres ocasiones la imparcialidad de la misma árbitra. Se trata de la segunda recusación del arbitraje de *Suez*, de la recusación de *EDF International* y de la causal de anulación contra el laudo de *Aguas del Aconquija*. Los hechos denunciados eran que la árbitra nombrada por las partes actoras era miembro de la junta directiva de un banco de inversiones suizo, que era accionista de algunas de las demandantes y, además, recomendaba a sus clientes invertir en dichas empresas.

Los casos se caracterizaban, en primer lugar, porque tal banco poseía un porcentaje pequeño de acciones de las empresas demandantes –de 2.38% en Vivendi, de 2.13% en Suez y de menos de 1.5% en EDF- y, en segundo lugar, porque la relación denunciada era la misma: la árbitra formaba parte de la junta directiva del banco, uno de los mayores bancos del mundo, con inversiones en múltiples empresas de muy variados sectores económicos; alegándose que el cargo de miembro de la junta directiva no implicaba la toma de decisiones ejecutivas, sino solamente el control de la actividad empresarial del banco. En todas las ocasiones se obtuvo el mismo resultado: la declaración de cumplimiento de la árbitra con los estándares de independencia e imparcialidad.

En *Suez* la mayoría del tribunal propuso evaluar este tipo de relaciones con un test compuesto por cuatro criterios: la proximidad, la intensidad, la dependencia y la materialidad. Si la proximidad se refería a la cercanía de la relación árbitro-parte, la intensidad lo hacía a lo frecuente e intensa que fuese dicha relación, mientras que la dependencia atendía a la proporción de ingresos del árbitro que constituían los beneficios otorgados por sus servicios a la parte y, finalmente, la materialidad se preguntaba por la significancia de los beneficios obtenidos a causa de la relación entre el recusado y la parte.

Se comparte que la proximidad, la intensidad y la dependencia son criterios válidos para evaluar este tipo de relaciones. Sin embargo, la materialidad no lo parece. Según el criterio de la materialidad, para que un interés económico tenga fuerza suficiente como para provocar que un árbitro rompa la imparcialidad, es necesario que ese interés económico suponga un alto porcentaje de los ingresos obtenidos por el árbitro, dando así pie a situaciones de evidente injusticia. Por ejemplo, si el interés económico en juego fuese de 100.000€, un árbitro cuyos ingresos ascienden a 150.000€ anuales debería claramente ser recusado, pero no uno cuyos ingresos fuesen de 2.000.000€, ya que en este último caso la dependencia sería mucho menor.

Más allá de lo anterior, parece que la proximidad, la intensidad y la materialidad exigen una cierta determinación. Por supuesto, una persona que preste un servicio de auditoría cada tres años por un valor de 1500€ a una empresa cumple mejor con los estándares de imparcialidad que un consejero de administración a sueldo de la misma empresa. En este caso particular, aunque la recusada no ejerciese facultades ejecutivas dentro del banco, sí era una alta directiva del mismo; aunque no se reuniese diariamente para ejercer su tarea de control sobre el banco, sí lo hacía con cierta periodicidad y; finalmente, aunque los beneficios económicos percibidos por la árbitra no variasen, en principio, a causa de su decisión en el arbitraje, sí eran cuantiosos, si bien es cierto que no parece que se pudiera hablar de dependencia de la árbitra frente al banco. Por todo ello, parece que la decisión más justa debiera haber sido la de aceptar la propuesta de recusación, por lo menos en Suez.

En *EDF* la relación era más tenue. A pesar de ello, debe tenerse en cuenta que el propio tribunal parece aceptar la racionalidad de la propuesta de la demandada, lo cual no es muy común en el sistema CIADI. Lo que es más, el comité de anulación de *Aguas del Aconquija* emplea unas palabras especialmente duras para criticar la situación que se dio en este asunto:

«Un director en el ejercicio de sus funciones tiene la responsabilidad fiduciaria frente a los accionistas del banco de favorecer sus intereses y, por ende, de postergar conflictos de interés [...] esa responsabilidad se contradice con la de un árbitro independiente en un arbitraje que involucra a una parte en la cual el banco tiene acciones u otro tipo de participación, sin importar lo pequeña que pueda ser»⁵⁸⁷

Seguidamente, el comité *ad hoc* llegó a expresar que los cargos de directivos de grandes bancos deberían ser incompatibles con los de árbitros internacionales, ya que las sociedades bancarias presentan intereses en casi todas las grandes empresas mundiales. A pesar de estas declaraciones, el comité *ad hoc* rehusó aceptar la causal de anulación propuesta, por el hecho de que la circunstancia denunciada no se conoció hasta después de haberse dictado el laudo que se pretendía anular.

Como mínimo, se defiende que el haz de relaciones denunciado en *Suez*, *EDF* y *Aguas del Aconquija* es de tal complejidad y la información se antoja tan escasa que en hubiese sido recomendable una investigación más profunda que la que se ve reflejada en las decisiones de recusación. En todo caso, y tras un examen que lamentablemente no puede ser más que superficial, aquí se prefiere, sin ambages, el razonamiento del comité *ad hoc* de *Aguas del Aconquija*.

⁵⁸⁷ Decisión sobre la solicitud de anulación del laudo emitido el 20 de agosto de 2007 presentada por la República Argentina en el asunto Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. contra la República Argentina (ARB/97/3), de 10/VIII/2010; párrafos 217 y 218

2.3.2.2. Contacto previo con el objeto del proceso

En la casuística CIADI, los casos de contacto previo con el objeto del proceso se refieren, casi siempre, a asuntos en los que los árbitros recusados habían participado antes como árbitros en otros asuntos. Es el caso de *Participaciones Inversiones Portuarias c. Gabón, Tidewater c. Venezuela, İçkale İnşaat c. Turkmenistán y Caratube International c. Kazajstán*. Las excepciones vienen a ser, por un lado, *Saint-Gobain Performance c. Venezuela*, en donde el motivo para proponer la recusación del árbitro fue su participación con anterioridad en otros arbitrajes en su calidad de asesor jurídico. Mientras que, por otro lado, en *Urbaser S.A. c. Argentina*, el problema de fondo fue la expresión previa de visiones académicas sobre un tema particular relativo al fondo del asunto por parte de uno de los árbitros.

En *Saint-Gobain*, la demandante recusó al árbitro propuesto por la demandada con la excusa de que éste había sido empleado del Gobierno argentino⁵⁸⁸ hasta el 31/XII/2012, siendo que el tribunal arbitral se había constituido -en el sentido de la Sección 2ª del título IV del Convenio CIADI- 34 días antes. Las funciones de dicho funcionario eran «proyectar y proponer la estrategia de defensa de los intereses de la República Argentina en los casos en los que sea actora o demandada antes tribunales judiciales o arbitrales, internacionales o extranjeros»⁵⁸⁹. La conclusión⁵⁹⁰ de la recusante era que el árbitro recusado «tendría que enfrentarse a cuestiones similares a aquéllas que debió argumentar a favor de Argentina»⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ El cargo desempeñado por dicho árbitro había sido el de Director Nacional de Asuntos y Controversias Internacionales de la Procuración del Tesoro de la Nación.

⁵⁸⁹ Vid. art. 12 del Decreto argentino 1755/2008 de 23/X/2008. Disponible *online* en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/145000-149999/146393/norma.htm>. Consultado el 01/X/2018.

⁵⁹⁰ La recusante sostenía su propuesta en que el Estatuto del TIJ prohibía que los jueces del TIJ pudiesen desempeñar cualquier función política o administrativa y que, además, en un arbitraje CNUDMI en el que se había planteado una situación similar, Ghana contra Telekom Malaysia Bernhard, el Tribunal de Distrito de la Haya había entendido que quien participaba como abogado en un litigio, no podía participar a la vez como árbitro en otro litigio, si ambos litigios tenían un objeto similar.

En la motivación del laudo, la mayoría del tribunal empezó por precisar que el puesto del árbitro recusado «no constituía una designación política, sino un cargo de servicio público» y que, en realidad, el Estatuto del TIJ prohibía a los jueces de dicha institución el desarrollo de «cualquier otra ocupación de naturaleza profesional», con lo cual, tomar dicho Estatuto por parámetro de comparación para el arbitraje CIADI imposibilitaría el funcionamiento del sistema, pues «los árbitros que resuelven casos ante el CIADI se designan *ad hoc*» con lo cual se deduce que «la mayoría tendrá una ocupación diferente»; vid. *Decisión sobre la propuesta de la demandante de recusar al Sr. Gabriel Bottini del Tribunal en virtud del Artículo 57 del Convenio CIADI* en el asunto *Saint-Gobain Performance Plastics Europe c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI nº ARB/12/13), de 27/II/2013; párrafos 62-75.

⁵⁹¹ *Decisión sobre la propuesta de la demandante de recusar al Sr. Gabriel Bottini del Tribunal en virtud del Artículo 57 del Convenio CIADI* en el asunto *Saint-Gobain Performance Plastics Europe* (ARB/12/13), de 27/II/2013; pár. 25.

El tribunal rechazó la propuesta de recusación porque la recusante no había presentado «hechos que generen una duda razonable respecto de la independencia e imparcialidad» del recusado, «ni hechos que hagan evidente y altamente probable que el [árbitro recusado] careciese de esas cualidades»⁵⁹². No obstante lo cual, la mayoría del tribunal rebatió los argumentos de la demandante, especificando que

«Incluso si se asume, *arguendo*, que el [recusado] efectivamente defendió la postura de Argentina en otros arbitrajes basados en tratados de inversiones, el Tribunal Arbitral no ve por qué el [recusado] estaría atado a las opiniones que tenía en ese momento. Es esencial para la tarea de un abogado [...] exponer la posición que resulte favorable para sus clientes y destacar los hechos que resulten favorables para el caso de su cliente. El hecho de que un abogado haya asumido una postura determinada en el pasado no implica necesariamente que tomará la misma postura en un caso futuro»⁵⁹³.

La segunda subcategoría de recusaciones incardinables dentro de la categoría de contacto previo con el objeto del proceso es, como ya se adelantó, la formada por aquellas situaciones en que se propone recusar a un árbitro que ya ha participado como árbitro en un proceso anterior vinculado al presente. La primera vez que un tribunal CIADI lidió con este tipo de problemas fue en *Participaciones Inversiones Portuarias*⁵⁹⁴, en 2009. Allí, la demandada, Gabón, planteó la recusación del árbitro nombrado por la demandante con el fundamento de que dicho árbitro había presidido otro tribunal CIADI en un asunto anterior, *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer c. Gabón*, un asunto que, al igual que *Participaciones*, también traía causa en decisiones del gobierno gabonés; decisiones que además habían sido tomadas en una misma época y en el mismo contexto político y que abordaban cuestiones jurídicas similares⁵⁹⁵.

En su razonamiento, la mayoría del tribunal entendió que, a pesar de no haber podido tener acceso al laudo de *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais* por falta de consentimiento escrito de ambas partes, «no parecía probado que ambos litigios presentasen elementos factuales comunes, al margen de un mismo contexto de privatización a finales de los años 1990». Por tanto, no parecía manifiesto que el árbitro recusado estuviese en posesión de informaciones capaces de crear un desequilibrio en el seno del tribunal. El laudo finalizaba afirmando que el hecho de que el recusado hubiese estado expuesto, en tanto que

⁵⁹² *Íbid.*, pág. 78.

⁵⁹³ *Íbid.*, pág. 80.

⁵⁹⁴ Este asunto fue analizado *supra*, por el hecho de que el recusado había dictado un laudo que había suscitado una viva oposición por parte de la demandada. En este apartado, la intención es centrarse en otro aspecto de la recusación: la alegación, por parte de la recusante, de que el recusado, por el hecho de haber formado parte del anterior tribunal, ya había prejuzgado cuestiones sustantivas compartidas por uno y otro procedimiento.

⁵⁹⁵ *Decisión sobre la propuesta de recusación* en PIP Sàrl contra Gabón (ARB/08/17); pág. 15 [en francés].

árbitro, a cuestiones jurídicas similares no constituye una causa de recusación en el marco del Convenio CIADI⁵⁹⁶.

Idéntico criterio adoptó la mayoría del tribunal en la recusación de *Tidewater*. Aquí, la árbitra nombrada por la demandada había participado en otro arbitraje CIADI, *Brandes Investment c. Venezuela* (ARB/03/3), en el que el tribunal había tenido que entrar a entender de una cuestión idéntica a una de las que se estaban planteando en *Tidewater*, tal cuestión era la de si realmente el estado venezolano había expresado su consentimiento avanzado para litigar ante el CIADI en las normas jurídicas venezolanas sobre protección y promoción de las inversiones⁵⁹⁷. Se trataba esta de una cuestión controvertida, donde el gobierno venezolano interpretaba que tal consentimiento no se prestaba, mientras que los inversores defendían lo contrario.

Mientras que la recusante se basaba en las Directrices de la IBA⁵⁹⁸, la demandada alegó una sentencia francesa en la que se declara que «no existe parcialidad allí donde el árbitro está siendo llamado a decidir sobre circunstancias de hecho relacionadas a aquéllas examinadas previamente, pero entre partes diferentes, y aún menos si está siendo llamado a determinar una cuestión de Derecho sobre la cual ha decidido previamente»⁵⁹⁹. La mayoría del tribunal se acogió a la alegación de la demandada, rechazando así la propuesta de recusación.

A la misma conclusión llegó la mayoría del tribunal en la decisión sobre recusación en *İçkale*. Los hechos que dieron pie a esta recusación se referían a que el árbitro nombrado por la demandada, Turkmenistán, había sido nombrado

⁵⁹⁶ *Íbid.*, párrafos 31-33 [en francés; Trad. Propia].

⁵⁹⁷ *Decision on claimant's proposal to disqualify professor Brigitte Stern, Arbitrator* en el asunto *Tidewater Inc. et al. c. República Bolivariana de Venezuela* (ARB/10/5), de 23/XII/2010; pág. 18.

⁵⁹⁸ Más concretamente en la Directriz 3.1.5, que incluía en el listado naranja el hecho de que «el árbitro (desempeño) en la actualidad funciones de árbitro, o lo (haya) hecho dentro de los tres años anteriores, en otro arbitraje, con tema relacionado en el que estaba involucrada una de las partes o una afiliada de una de las partes». Para la mayoría del tribunal, esta cláusula se refería a casos en que, debido a la estrecha interrelación entre los hechos y las partes en los dos casos, el árbitro ha prejuzgado, en efecto, la responsabilidad de una de las partes *v. Decision on claimant's proposal to disqualify professor Brigitte Stern, Arbitrator* en el asunto *Tidewater Inc et al. c. República Bolivariana de Venezuela* (ARB/10/5), de 23 de diciembre de 2010; pág. 67.

⁵⁹⁹ Se trata de una sentencia de la CA de París (1ª cámara), de 14 de octubre de 1993; *Ben Nasser et autre c/ BNP et Crédit Lyonnais*; en la que se resolvían dos recursos de anulación contra sendos laudos arbitrales acumulados. En este caso, a partir de varios negocios jurídicos celebrados entre una empresa de embotellamiento de agua jordana y dos bancos franceses, se celebran dos procedimientos arbitrales, teniendo uno por objeto el reembolso de una cantidad de dinero prestada y el otro la ejecución de una fianza solidaria entre los deudores. En ambos procedimientos, la misma persona ejercía de presidente del tribunal arbitral, en un caso, nombrada de acuerdo entre ambas partes y, en otro, por decisión de la CPA. Los recurrentes se quejaban de que la participación del mismo árbitro en dos arbitrajes diferentes contravenía el principio de contradicción, al no permitir que las partes tuviesen la posibilidad de rebatir los alegatos de la otra, pues el presidente del tribunal ya había prejuzgado esos alegatos en el arbitraje anterior. Se puede encontrar un análisis de la sentencia en «*Revue de l'arbitrage*»; núm. 2, 1994; Comité Français de l'arbitrage; Nancy, 1994; págs. 380 y ss.

árbitro por la demandada en otro tribunal CIADI, *Kılıç İnşaat c. Turkmenistán* (ARB/10/1). Según la demandante, en *Kılıç* había sido objeto de debate la interpretación y aplicación del artículo VII.2 del TBI entre Turquía y Turkmenistán, de manera que el árbitro recusado había sido expuesto a información relevante para la determinación de las cuestiones centrales y más importantes de *İçkale*, a saber: «i) si el artículo VII.2 del TBI entre Turquía y Turkmenistán requería que los inversores litigaran primero ante los tribunales domésticos [con carácter previo al arbitraje inversor-Estado]; ii) si las cláusulas de resolución de disputas entre Estados e inversores recogidas en otros TBIs en los que Turkmenistán es parte pueden ser incorporados al TBI entre Turquía y Turkmenistán a través de la CNMF y iii) si hubiese sido ineficiente o inútil haber acudido a los tribunales domésticos con anterioridad»⁶⁰⁰.

Además, en *İçkale* el tribunal debería decidir a la luz de algunas de las pruebas que habían sido practicadas en *Kılıç*, como informes de funcionarios turcos, de peritos turcos y una explicación oficial del gobierno turco; además tendrían que interpretar la misma norma de Derecho internacional público: la CVDT y tendrían que dirimir las redacciones discordantes entre los dos textos auténticos del TBI entre Turquía y Turkmenistán, tal y como había hecho el tribunal en *Kılıç*. Todo lo anterior, según la recusante, daría como resultado una «falta de balance manifiesto» –en inglés en original, «*manifest imbalance*»- dentro del tribunal, ya que el recusado habría sido expuesto a información relevante en *Kılıç* que no estaba disponible para el resto de árbitros⁶⁰¹.

La mayoría del tribunal partió del razonamiento según el cual, si bien entre *Kılıç* e *İçkale* se producía un solapamiento en cuanto a la fundamentación jurídica, no se producía tal solapamiento en cuanto a los hechos de ambos asuntos. Tal mayoría entendió que, incluso, aunque la interpretación del TBI entre Turquía y Turkmenistán debiera suponer el análisis de las mismas pruebas, la labor fundamental del tribunal arbitral sería meramente jurídica y no fáctica⁶⁰². Así, la propuesta de recusación fue rechazada.

La conclusión fue distinta en *Caratube*. Los fundamentos para la recusación allí fueron dos: que el recusado había sido nombrado varias veces por la misma asesoría jurídica y que había sido nombrado árbitro en otro arbitraje CNUDMI, *Ruby Roz c. Kazajstán*, con el que *Caratube* compartiría algunos de los fundamentos de hecho. Dichos fundamentos fácticos comunes se referían a que, en el 2007, tras la ruptura de relaciones entre el presidente de Kazajstán y su yerno, varias agencias y autoridades gubernamentales kazajas habían iniciado una campaña de

⁶⁰⁰ *Decision on claimant's proposal to disqualify professor Phillipe Sands* en *İçkale İnşaat Limited Şirketi contra Turkmenistán* (ARB/10/24); de 11/VII/2014; pág. 67.

⁶⁰¹ *Ibid.*, párrafos 68-73.

⁶⁰² *Ibid.*, pág. 120.

persecución contra el yerno del presidente y personas cercanas a él, lo que acabó llevando a la expropiación de varios activos de Ruby Roz Agricol LLP, al ejercicio de acciones penales contra los testigos propuestos por dicha empresa ante el tribunal arbitral CNUDMI. Además, las partes coincidían sustancialmente, pues el socio único de Ruby Roz también era socio de Caratube y la demandada era la misma, Kazajstán.

La mayoría del tribunal admitió la propuesta de recusación en base a que la participación del recusado en *Ruby Roz* daría paso a que la posición de la demandada prevaleciera en este caso⁶⁰³. Ello se deducía de que ambos asuntos estaban basados en parte en los mismo hechos⁶⁰⁴, de que los demandantes estaban estrechamente relacionados⁶⁰⁵ y de que, debido a su participación en el arbitraje anterior, el recusado tendría información de la que carecería el resto del tribunal, abriendo la posibilidad a que el recusado basase sus decisiones en elementos que no formarían parte del arbitraje en *Caratube*⁶⁰⁶.

El propio tribunal lo explicó de forma muy ilustrativa:

«Como se observó en *Tidewater* [...] puede surgir un problema cuando un árbitro ha obtenido documentos o información en un arbitraje, [documentos o informaciones] que podrían ser relevantes para el conflicto que se dirima en otro proceso. En esta situación, «razonablemente no se le puede pedir [al recusado] que mantenga una “muralla china” en su propia mente: su comprensión de la situación puede [...] verse afectada por información adquirida en otro arbitraje»⁶⁰⁷. Lo que está en juego es la percepción de la independencia e imparcialidad del [recusado] desde un punto de vista objetivo: si bien puede ser que el [recusado] tuviese la capacidad de mantener una “muralla china” proverbial en su propia mente, la perspectiva objetiva de un tercero razonable e informado sería la expresada en [*Tidewater*]»⁶⁰⁸.

Por último, en un asunto se denunció que las posturas académicas de uno de los árbitros prejuzgaba el fondo del asunto. Es el caso de la recusación planteada en el asunto *Urbaser S.A. c. Argentina*. En este caso, el árbitro nombrado por la demandada en sustitución del anterior árbitro fallecido fue un profesor universitario neozelandés que había abordado en sus investigaciones académicas dos temas que iban a ser objeto de debate en *Urbaser*. Se trata, en primer lugar, de

⁶⁰³ *Decision on the proposal for disqualification of Mr. Bruno Boesch* en *Caratube International Oil Company LLP & Mr. Devincci Salah Hourani* contra Kazajstán (ARB/13/13), de 20/III/2014; pág. 90.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, párrafos 78-82.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, párrafos 83-84.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, pág. 89.

⁶⁰⁷ Dicción literal del párrafo 45 de la versión en lengua castellana del *Laudo parcial sobre jurisdicción* del arbitraje CNUDMI *EnCana Corporation c. Ecuador*, de 27/II/2004; que es citado en inglés en *Decision on the proposal for disqualification of Mr. Bruno Boesch* en *Caratube International Oil Company LLP & Mr. Devincci Salah Hourani* contra Kazajstán (ARB/13/13), de 20/II/2014.

⁶⁰⁸ *Decision on the proposal for disqualification of Mr. Bruno Boesch* en *Caratube International Oil Company LLP & Mr. Devincci Salah Hourani* contra Kazajstán (ARB/13/13), de 20/III/2014; pág. 75 [Trad. Propia].

la aplicación de la CNMF al articulado sobre resolución de disputas en los TBIs⁶⁰⁹ y, en segundo lugar, del trato que los tribunales arbitrales debían dar a la alegación de Estado de necesidad por parte de Argentina⁶¹⁰, como circunstancia que atenuaría o eximiría de responsabilidad internacional por acciones llevadas a cabo por el gobierno de la Argentina durante las crisis económicas sufridas en aquél país. Las posturas mantenidas por el árbitro recusado en dichas investigaciones académicas eran contrarias a los intereses de las demandantes, que alegaron que el árbitro recusado «ya [había] prejuzgado un elemento esencial del conflicto que es objeto de este arbitraje»⁶¹¹.

Para la mayoría del tribunal,

«la mera muestra de una opinión, incluso si ésta es relevante en un arbitraje particular, no es suficiente para sostener una recusación. [De forma que] Para que la recusación sea estimada, debe mostrarse que dicha opinión trae causa en el apoyo a una de

⁶⁰⁹ Según la información contenida en la Decisión, se trata de un libro titulado *International Investment Arbitration*, de Campbell MCLACHLAN, en el que compara los asuntos Maffezini contra España (CIADI ARB/97/7) y Plama Consortium contra Bulgaria (CIADI AR/03/24). En el primero, en la *decisión del tribunal sobre excepciones a la jurisdicción*, de 25/I/2000, en el párrafo 56, el tribunal declaró que «puede concluirse que si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, sea ésta la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias; de otro modo se incurriría en contravención de dicho principio». Mientras que en la *Decisión sobre la jurisdicción* del segundo caso, emitida el 8/II/2005, el tribunal afirmaba que «El presente tribunal no entiendo cómo se puede alcanzar la armonización de las cláusulas de resolución de controversias basándose en la aplicación de la CNMF. Más bien parece que el tratamiento y la auto-adaptación de la CNMF –como alega el demandante– tendría como efecto que un inversor pudiera optar y escoger cláusulas de los distintos TBIs (de entre los firmados por la demandada) [...] una situación tan caótica –en realidad contraproduktiva para la armonización– no puede ser entendida como la intención de las Partes Contratantes» (pár. 219). Según la demandante, el árbitro recusado formulaba su punto de vista, según el cual «la motivación del Tribunal en *Plama* debe ser preferida sobre la de *Maffezini*», vid. *Decision on Claimants' proposal to disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator* en el asunto Urbaser S.A. y Consorcio de aguas Bilbao Bizkaia contra la República Argentina (ARB/07/26), pár. 55.

⁶¹⁰ Se trata de MCLACHLAN, C.; «*Investment Treaties and general international law*» en *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 57, 2008; págs. 361-401, donde el autor manifiesta que «Uno de los casos más graves de opiniones encontradas entre tribunales arbitrales hasta la fecha cristalizó en septiembre de 2007 con la publicación de la *Decisión del Comité de Anulación* en CMS c. Argentina. El Comité entendió que el tribunal había aplicado el tratado frente a la alegación de Argentina del estado de necesidad de manera de forma enigmática y defectuosa –en original en inglés, *cryptically and defectively*–, pero (entendió) que el tribunal arbitral no se había excedido en el ejercicio de sus facultades y, por tanto, la intervención del Comité de Anulación para corregir este asunto no tenía fundamento. Como resultado, por tanto, permanecieron intactos dos laudos totalmente inconsistentes contra el mismo Estado sobre el mismo objeto» (pág. 364) [Trad. Propia].

⁶¹¹ *Decision on Claimants' proposal to disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator* en el asunto Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia et al. c. República Argentina (ARB/07/26), de 19/XII/2012, pár. 23.

las partes del arbitraje, en un interés directo o indirecto en el resultado del litigio o en una relación con cualquier individuo conectado con el arbitraje»⁶¹².

Seguidamente, la mayoría del tribunal destacó que la del árbitro recusado se trataba de una opinión académica⁶¹³ y que, además, las opiniones de los árbitros son de gran peso en un sistema en el que las decisiones no se basan en el precedente⁶¹⁴. Tras ello, procedió a analizar el contenido de las opiniones concretas que servían de base a la recusación, llegando a la conclusión de que, por el contenido de dichas opiniones, el recusado era «capaz de prestar total atención y consideración a las posiciones mantenidas por cada parte envuelta en el presente caso»⁶¹⁵ con total independencia e imparcialidad. La propuesta de recusación fue, en consecuencia, rechazada.

2.3.2.2.1. Cuestiones críticas

Las salvaguardas para impedir que quien deba juzgar haya tenido un contacto previo con el objeto del litigio son múltiples. Por un lado, las legislaciones estatales de tradición continental son extensas en este punto, normalmente prohibiendo que pueda juzgar quien haya tenido un contacto previo con el litigio en calidad de juez, de asesor jurídico o como autoridad pública⁶¹⁶. En el mismo sentido, se expresa el USC en la sec. 455 del Título 28. El juez Deane del HCA de Australia también recoge el contacto previo con el objeto del litigio como uno de los casos contrarios a la apariencia de imparcialidad dentro de la jurisprudencia del *Common Law*⁶¹⁷.

En Derecho internacional, el TEDH declaró, en 2010, en su sentencia *Vera-Fernández Huidobro c. España* que se reputa imparcial al juez que conoce de un asunto tras haber tenido conocimiento previo del objeto del mismo, con ocasión del desempeño de cargos ejecutivos⁶¹⁸. La Regla 34 de procedimiento y prueba del TPI reserva dos párrafos para regular esta situación vetando la posibilidad de que puedan sentarse en la formación del tribunal quienes haya participado en cualquier procedimiento judicial iniciado antes de su participación en la causa en que la persona objeto de investigación o enjuiciamiento haya sido una de las partes y quienes hayan desempeñado funciones en el ejercicio de las cuales cabría prever

⁶¹² Íbid., pár. 45.

⁶¹³ Íbid., pár. 47.

⁶¹⁴ Íbid., pár. 49.

⁶¹⁵ Íbid., pár. 54; Cfr. Pár. 58.

⁶¹⁶ Así en el art. L-731-1.5º del COJ (parte legislativa antigua) francés; en el art. 115.1 e y f del *Código de Processo Civil* portugués; el art. 51.4 del *Codice di Procedura Civile* italiano; en los apartados 6 y 7 del artículo 41 de la ZPO alemana y en el artículo 219, apartados 11ª, 16ª y 19ª de la LOPJ española

⁶¹⁷ Vid. Sentencia HCA en *Webb & Hay v R...*, párrafo 12, opinión de Deane J

⁶¹⁸ Un asunto que venía referido al juez Garzón, nombre que, por otros motivos, ha aparecido reiteradamente en este trabajo. Vid. STEDH 6/1/2010, asunto Vera-Fernández c. España, pár. 123.

que se formó una opinión sobre la causa. Sin embargo, una sentencia del TPIY, dos años anterior a la promulgación de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPI, rechazaba que fuese contrario a los requisitos de imparcialidad el hecho de que una jueza hubiese sido miembro de una Comisión del ECOSOC que había investigado la violencia contra las mujeres y en el que se habían investigado ciertos delitos que se habían cometido en la guerra de los Balcanes y que se imputaban, en aquél momento, al acusado⁶¹⁹.

Dentro de la jurisprudencia estatal sobre arbitraje, ya se ha puesto de manifiesto que en este punto, en España, donde no se regula este particular en la LA, los tribunales han emitido sentencias contradictorias⁶²⁰. Sin embargo, y en cuanto a los peritos que han tenido un contacto previo con el asunto, según la jurisprudencia alemana, no es imparcial el árbitro que había sido designado de oficio para actuar como perito en un procedimiento anterior entre las mismas partes y que versase sobre temas relacionados con el objeto litigioso del arbitraje actual⁶²¹.

En cuanto al arbitraje inversor-estado, cabría aquí recordar la estricta postura que en este punto mantiene la CCI, según la cual, no es imparcial el árbitro que había representado a la parte contraria a la que lo nomina en un procedimiento anterior, en calidad de abogado⁶²²; ni el árbitro que había actuado como tal en un procedimiento arbitral anterior ya finalizado cuyo laudo había servido de base para sostener la pretensión del arbitraje actual⁶²³; ni el árbitro que había sido juez en el juicio doméstico anterior al arbitraje⁶²⁴; ni, finalmente, el árbitro que había actuado como mediador en el mismo asunto con anterioridad a la iniciación del arbitraje⁶²⁵. También ha sido estricta la postura de la CCE, que ha declarado que no respeta los requerimientos de la imparcialidad el árbitro que, en su calidad de empresario, había licitado para el mismo concurso cuyo incumplimiento era objeto de arbitraje⁶²⁶, ni tampoco aquél árbitro que es

⁶¹⁹ STPIY Fiscal c. Anto Furundžija (Caso TPIY n1 IT-95-17/1-A), de 21 de julio de 2000; pág. 200.

⁶²⁰ Así, si por un lado, la SAP Barcelona, sección 15ª, de 15 de mayo de 2009 [JUR/2009/434323] declaraba que no compromete la imparcialidad el árbitro que ha intervenido en el contrato principal como asesor jurídico, en la SAP Barcelona, Sección 14ª, de 28 de julio de 2005 [JUR/2005/237376], se entendió que quien hubiese asesorada previamente a una de las partes no puede actuar como árbitro.

⁶²¹ Vid. Expedientes 11 SchH 01/04, resuelto el 28/VI/2004, HansOLG Hamburg, y 10 SchH 02/06, resuelto el 04/VII/2006, OLG Karlsruhe.

⁶²² Vid. WHITESELL, A.M.; «*Independence in ICC Arbitration...*»; Caso 2, op. cit., pág. 20.

⁶²³ Íbid., caso 7, pág. 21

⁶²⁴ Íbid., caso 6, pág. 21

⁶²⁵ Íbid., caso 2, pág. 21

⁶²⁶ Caso SCC Arb 2012/002 en HAVEDAL, A.; «*SCC Practice note...*»; op. cit., pág. 5

abogado de una de las parte en un procedimiento en el que se interrogaban a los mismos testigos que en el actual⁶²⁷.

En cuanto a las Directrices IBA, éstas incluyen en el listado rojo renunciabile la situación en la que «el árbitro ha intervenido en el asunto» (directriz 2.1.2), dentro de la lista naranja, se incluye también la situación en que «el árbitro desempeña en la actualidad funciones de árbitro, o lo ha hecho dentro de los tres años anteriores, en otro arbitraje con tema relacionado en el que estaba involucrada una de las partes» (directriz 3.1.5). Finalmente, las propias reglas de arbitraje CIADI norman que «no podrá ser nombrada miembro del Tribunal ninguna persona que haya actuado previamente como conciliador o árbitro en cualquier procedimiento para el arreglo de la diferencia» (regla 1.4 de arbitraje CIADI).

En cuanto al sistema CIADI, varias formaciones arbitrales tuvieron oportunidad de pronunciarse sobre situaciones de contacto previo con el objeto del proceso en *Saint-Gobain*, *Participaciones Inversiones Portuarias*, *Tidewater*, *İçkale* y *Caratube*. En las cuatro últimas solicitudes de recusación, la situación denunciada era que los recusados habían formado parte de un tribunal arbitral anterior que había tenido que decidir sobre una o varias cuestiones parecidas o idénticas y, además, en procedimientos contra las mismas partes. Recuérdese que más arriba se abordaron las recusaciones de *Repsol* y *Suez*, en las que se denunciaba que existían dudas justificadas sobre la imparcialidad de ciertos árbitros que habían emitido en arbitrajes anteriores laudos adversos a los estados que los recusaban. Este tipo de situaciones implican un contacto previo de los árbitros con el objeto del litigio, si bien fueron abordadas con anterioridad porque lo que se reprochaba en aquéllos casos era más bien la existencia de prejuicios desfavorables hacia los recusantes.

En *Participaciones*, lo que se denunció fue que el recusado había formado parte de un tribunal arbitral CIADI anterior en la que la demandada era también Gabón y cuyos supuestos fácticos eran similares, al haber tenido lugar en el mismo período temporal, además, las cuestiones jurídicas materiales que serían objeto de debate eran también similares. Este supuesto era parecido al de *Tidewater*, en que el árbitro recusado había formado parte de otro tribunal en que la demandada también era Venezuela y en el que igualmente se había planteado la cuestión de si el estado venezolano había prestado su consentimiento avanzado al arbitraje. Por su parte, los fundamentos de la propuesta de recusación en *İçkale* fueron prácticamente calcados a los de *Tidewater*: el árbitro de *İçkale* había participado en otro procedimiento, habiendo sido nombrado por la demandada y debiendo decidir sobre una misma cuestión jurídica de tipo formal, a la sazón, si el TBI entre

⁶²⁷ Caso SCC Arb V 190/2010 en MUTIS TÉLLEZ, F.; «*Arbitrators' independence and impartiality...*»; op. cit., págs. 7 y 8

Turquía y Turkmenistán obligaba a los inversores a demandar ante los tribunales domésticos de éste país antes de iniciar el arbitraje inversor-estado. Todas estas solicitudes de recusación fueron rechazadas al entender los miembros no recusados que decidir sobre cuestiones de derecho no compromete la imparcialidad de los árbitros. Sin embargo, leídas *a contrario sensu*, todas las decisiones estudiadas hasta aquí, parecían admitir que la imparcialidad sí podría verse comprometida allí donde los árbitros tuvieran que decidir sobre cuestiones de hecho a las que ya se hubiesen enfrentado con anterioridad.

En el asunto *Caratube*, los miembros no recusados del tribunal se tuvieron que enfrentar al problema señalado: si la previa decisión sobre las mismas cuestiones de hecho implicaría la quiebra de la imparcialidad. En este asunto, el recusado había sido nombrado en otro arbitraje que tenía un sustrato fáctico parcialmente común a *Caratube*. En concreto, ambos arbitrajes implicaban a la misma demandada, la causa alegada para la violación del TBI era la misma –la campaña de persecución del gobierno de Kazajstán sobre la misma persona y sus allegados– y, además, en ambos procedimientos se proponía la declaración en calidad de testigos de las mismas personas, algunas de las cuales no podrían prestar declaración al estar detenidas. Siendo así, los miembros restantes del tribunal arbitral entendieron que el recusado tendría información de la que carecería el resto del tribunal, provocando de este modo un desequilibrio en el seno del tribunal, por lo que la propuesta de recusación resultó aceptada.

Por tanto, se puede afirmar que allí donde ha habido un contacto previo con el objeto del asunto, los tribunales arbitrales del sistema CIADI han centrado sus decisiones en la naturaleza de las cuestiones abordadas con anterioridad por los recusados: si esas cuestiones son de tipo jurídico, como la existencia del consentimiento previo, la aplicación de la CNMF a la cláusula de arbitraje inversor-estado en los TBI o la necesidad de acudir a la jurisdicción nacional como requisito previo para iniciar un arbitraje de inversiones, entonces no hay quiebra de la imparcialidad; ahora bien, si la naturaleza de las cuestiones tratadas es fáctica, es decir, si se refiere a unos mismos hechos, entonces parecería que en principio sí se puede confirmar la parcialidad del árbitro. Sin embargo, *Caratube* deja interrogantes sin contestar, como v. gr., ¿qué hubiese pasado si los testigos llamados a declarar hubiesen sido diferentes?, o ¿qué sucede cuando los hechos y las partes son los mismos, pero la causa de pedir es distinta? Se trata de dos cuestiones de difícil respuesta, que serán abordadas a continuación.

En cuanto al problema de si se hubiese o no quebrado la imparcialidad del recusado en el supuesto de que los testigos de *Caratube* hubiesen sido diferentes al del anterior arbitraje, hay que aclarar que los miembros no recusados del tribunal no se pronunciaron sobre esta cuestión. Es cierto que las decisiones CIADI que antecedieron a *Caratube* parecían sugerir que lo relevante a la hora de apreciar la falta de independencia e imparcialidad era que los árbitros hubiesen tenido que decidir en otros procedimientos acerca de las mismas alegaciones fácticas de las

partes. Pero en *Caratube* el tribunal pareció dar gran importancia al hecho, muy preciso, de que los testigos llamados a declarar en este procedimiento ya habían sido escuchados anteriormente por el recusado y con referencia a los mismos hechos, en un procedimiento anterior, de manera que el recusado tenía una información de la que el resto del tribunal carecía. A pesar de la indeterminación del tribunal en *Caratube*, hay que poner de relieve que el ánimo de las decisiones sobre este tipo de recusaciones es el de evitar los desequilibrios que nacerían si un árbitro posee información de la que el resto de la formación carece, una información que, evidentemente, vendría referida a un particular objeto procesal. Por tanto, aunque en *Caratube* y el procedimiento anterior no se hubiesen propuesto a los mismos testigos, lo cierto es que la decisión más armoniosa con la doctrina anterior hubiese sido la de aceptar igualmente la solicitud de recusación, pues el riesgo de desequilibrio del tribunal era manifiesto.

Por otro lado, se entiende acertada la doctrina según la cual la el objeto procesal, es decir, la pretensión, viene determinada no por los hechos y su calificación jurídica, sino tan sólo por los hechos en tanto que hechos subsumibles en una norma jurídica material, que es lo que se conoce en Derecho procesal como tesis de la «sustanciación de la demanda»⁶²⁸. Esta doctrina se prefiere aquí por considerarse más respetuosa con las exigencias de la cosa juzgada y la litispendencia. De esta manera, lo que importaría, para saber si nos encontramos ante un mismo objeto procesal, sería la realidad de los hechos que sirven de fundamento a la pretensión. Por tanto, a la pregunta de ¿qué sucede cuando los hechos son los mismos que en un arbitraje previo, pero la causa de pedir es modificada?, la respuesta que cabría dar es que, en ese caso, un árbitro que hubiese participado en el arbitraje anterior incurriría en un efectivo contacto previo con el objeto del proceso, poniendo así en duda su imparcialidad.

El contacto previo del árbitro con el objeto del procedimiento aun fue denunciado en una recusación más: la de *Saint-Gobain*. Se trata, como ya se ha puesto de manifiesto, de un caso fronterizo con el de la «confusión de roles» y la «relación amistosa» estudiados *supra*. Sin embargo, presenta una serie de particularidades que aconsejan que su estudio se enmarque dentro de esta categoría de «contacto previo con el objeto del procedimiento».

⁶²⁸ Explica GIMENO SENDRA que «dentro de la “*causa petendi*” cabe distinguir [...] la alegación de hechos, de la fundamentación jurídica, con lo que surge la pregunta, consistente en determinar, si ambos fundamentos, de hecho o de derecho, o tan sólo los de hecho constituyen el elemento esencial de la pretensión [...]. A este respecto surgieron, a principios del S. XX, en Alemania, dos doctrinas antitéticas: la de la “individualización” y la de la “sustanciación de la demanda” [...] De conformidad con la primera tesis, lo decisivo para la formación del objeto procesal es la individualización que ha de efectuar el demandante de los hechos en los correspondientes preceptos materiales [...] para la teoría de la sustanciación, lo que conforma el objeto procesal son los hechos que sirven de fundamento a la pretensión». Vid. GIMENO SENDRA, V.; *Derecho procesal civil...*; op. cit., págs. 210 y 211.

Recuérdese el sustrato del caso: el árbitro nombrado por Venezuela fue recusado sobre la base de que había trabajado para los servicios jurídicos internacionales de Argentina, como empleado del Estado, debiendo ejercer sus funciones en varios arbitrajes inversor-estado. Para la recusante, el recusado tendría que enfrentarse ahora, como árbitro, a cuestiones similares a aquéllas que debió argumentar a favor de Argentina. Con buen criterio, la mayoría del tribunal manifestó que el recusado no estaría atado a las opiniones defendidas en su anterior calidad de abogado, ya que «es esencial para la tarea de un abogado exponer la posición que resulte favorable para sus clientes»⁶²⁹. De manera que no parece que sea una conclusión válida sostener que el haber defendido la mejor postura de los clientes implique necesariamente hacer prevalecer dicha posición cuando se ejerce como árbitro. Por esta razón, la propuesta de recusación fue rechazada. Se estima aquí que dicha decisión fue correcta.

En todo caso, es necesario recordar aquí que este supuesto, aunque parecido, no constituye un caso de confusión de roles, que, por regla general, sí tendría fuerza suficiente como para poner en duda la imparcialidad de los árbitros. La diferencia radica, principalmente, en que los roles no coinciden en el tiempo y en que el cliente y la parte nominadora no son las mismas, sino que son distintas, para el caso, Argentina y Venezuela. El problema de la confusión de roles no es tanto que un árbitro actúe como abogado porque esa sea su profesión y confunda los papeles desenvueltos por una y otra profesión. El problema es que, con ocasión de compatibilizar los roles de árbitro y abogado, quien actúe como árbitro lo haga para defender los intereses de los clientes que contratan sus servicios en calidad de abogado. Ese problema no estaba presente en *Saint-Gobain*.

2.3.2.3. Otros motivos de recusación alegados: relaciones familiares entre dos árbitros distintos

Sólo una vez se ha solicitado la recusación de un árbitro en base a sus vínculos familiares con otro árbitro. Se trata de la recusación planteada en el litigio *Getma International c. República de Guinea*. La causa que dio pie a la solicitud de recusación fue que el árbitro nombrado por la demandante era hermano de otro árbitro, también nombrado por la demandante, ante otro procedimiento contemporáneo con identidad de partes y basado en los mismos hechos, pero ante la CCJA de la OHADA. Para la recusante, el hecho de que el recusado fuese hermano del árbitro nombrado por la misma demandante ante la CCJA de la OHADA formaba parte de una «estrategia deliberada con el fin de crear un vínculo directo

⁶²⁹ Decisión sobre la propuesta de la demandante de recusar al Sr. Gabriel Bottini del Tribunal en virtud del Artículo 57 del Convenio CIADI en el asunto *Saint-Gobain Performance Plastics Europe* (ARB/12/13), de 27 de febrero de 2013; pár. 80.

entre los dos tribunales»⁶³⁰, lo que implicaría la ruptura de la igualdad de las partes, el riesgo de comunicación de informaciones privilegiadas y el riesgo de influencia sobre el enjuiciamiento del árbitro⁶³¹.

A la hora de decidir, la mayoría del tribunal negó que el vínculo familiar próximo entre ambos árbitros fuese un hecho concluyente a la hora de establecer la ausencia de independencia del árbitro recusado⁶³². También rechazó que el riesgo de que los árbitros implicados intercambiasen informaciones pudiese servir de base para la recusación, al tratarse de una especulación de la recusante, que además requeriría la violación de normas éticas y deontológicas⁶³³. Finalmente, el tribunal tampoco consideró que el vínculo familiar entre árbitros plantease un riesgo objetivo de que el recusado se viese influido por las decisiones tomadas por su hermano en el arbitraje paralelo⁶³⁴, en ese sentido, el tribunal apreció que no existía relación patrimonial ni profesional entre los hermanos desde hacía por lo menos 13 años y que, por lo tanto, dicho riesgo era una simple presunción de la recusante⁶³⁵. Por todo ello, la solicitud de recusación fue rechazada.

⁶³⁰ *Décision sur la demande en récusation de monsieur Bernardo M. Cremades, Arbitre en Getma International, NCT Necotrans, Getma International Investissements & NCT Infrastructure & Logistique (ARB/11/29), de 28/VI/2012; p. 32.*

⁶³¹ *Ibid.*

⁶³² *Ibid.*; p. 67.

⁶³³ *Ibid.*; p. 69.

⁶³⁴ *Ibid.*; p. 75.

⁶³⁵ *Ibid.*; p. 76.

Derechos y deberes de los árbitros en el sistema CIADI

3. El deber de revelación

3.1. Introducción

La Regla 6.2 de las Reglas de Arbitraje CIADI dispone que:

«En la primera sesión del Tribunal o antes, cada árbitro firmará una declaración cuyo texto será el siguiente: [...] “Adjunto una declaración sobre (a) mi experiencia profesional, de negocios y otras relaciones (de haberlas) con las partes, tanto anteriores como actuales y (b) de cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en mi imparcialidad⁶³⁶ de juicio. Reconozco que al firmar esta declaración asumo una obligación continua de notificar prontamente al Secretario General del Centro cualquier relación o circunstancia de aquéllas mencionadas que surjan posteriormente durante este procedimiento”.

Se entenderá que ha renunciado el árbitro que no hubiere firmado tal declaración al finalizar la primera sesión del Tribunal»⁶³⁷.

Esta redacción fue incluida en la última reforma de las Reglas de Arbitraje, que tuvo lugar en el 2006. Las dos versiones anteriores del texto -de 1982 y 2003- no incluían más que una sucinta declaración otorgada por las personas propuestas para ejercer de árbitros que rezaba «Adjunto una declaración sobre mi experiencia profesional, de negocios y otras relaciones (de haberlas) con las partes, tanto anteriores como actuales»⁶³⁸.

Las susodichas redacciones anteriores no incluían expresamente un deber de revelación como se configura éste en la actualidad en gran número de regulaciones⁶³⁹. En un documento del Secretariado, del año 2004, éste expone las razones para la reforma de la Regla 6.2: en primer lugar, porque el aumento de casos ante el CIADI recomienda la inclusión de dicho deber y, en segundo lugar, en

⁶³⁶ En el texto, también auténtico en inglés, en vez de a la «imparcialidad», se hace referencia a la «*independence*». De la misma manera, en el texto auténtico en francés, la palabra elegida es «*indépendance*».

⁶³⁷ Idéntica redacción se puede encontrar en el Artículo 13 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario CIADI.

⁶³⁸ Además, desde la versión original de 1968, la Regla 6.2 establecía también que quienes hubiesen sido propuestos para la nominación debían declarar lo siguiente: «A mi leal saber y entender no hay razón alguna por la que no deba servir en el Tribunal de Arbitraje constituido por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones con respecto a la diferencia entre ___ y ___».

⁶³⁹ Según pone de relieve TUCILLO, el deber de revelación es una creación jurisprudencial estadounidense. En particular, del SCOTUS, el cual afirmó, en su sentencia de 18/X/1968 dictada en el asunto *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty & others*, la existencia de una obligación arbitral de informar a la parte adversa de la eventual relación con su contraparte o de un interés común en la controversia. Vid. TUCILLO, R.; *L'imparzialità...*; op. cit., pág. 31 (nota al pie 101).

ese momento se trataba de un deber incluido en un gran número de reglamentos de arbitraje, citando, en particular, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI⁶⁴⁰.

Pero también se trata de un deber previsto en gran parte de las legislaciones nacionales basadas en la Ley Modelo CNUDMI⁶⁴¹, e incluso se recoge en algunas legislaciones no basadas en dicha Ley Modelo⁶⁴². En lo que hace al arbitraje institucional, se podría afirmar que existe una incorporación unánime de dicho deber en los respectivos reglamentos de arbitraje⁶⁴³, además de en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ Vid. ICSID SECRETARIAT; «Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration (Discussion Paper)»; 22/X/2004; págs. 11-13. En efecto, el art. 9 del Reglamento de 1976 establecía que «la persona propuesta como árbitro deberá revelar a quienes hagan averiguaciones en relación con su posible nombramiento todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. Una vez nombrado o elegido, el árbitro revelará tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas».

⁶⁴¹ Es el caso, por ejemplo, del artículo 1686 del CJ belga, del art. 17 de la LA de 2003 española, del art. 8 de la sección 8 de la ArbCA nigeriana, del párrafo 1036 de la ZPO alemana, del art. 1428 del CCo mexicano, de la sección 684.0013 de los *Statutes* de Florida (EEUU) para el arbitraje internacional, del art. 12.1 de la Ley 19971 chilena, del artículo 12.1 de la *Commercial Arbitration Act* canadiense, de los numerales 1 y 2 del artículo 28 del DLArb peruano y de la sección 25 de la ArbOrd de Hong Kong. En todas ellas se nota la impronta de la Ley Modelo CNUDMI, según la cual la persona a quien se comunique su nombramiento deberá revelar «todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia»; estableciendo así una obligación que subsiste durante todo el arbitraje, aunque sin pronunciarse acerca de las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación ni la existencia de un deber de investigación. Dentro de las legislaciones nacionales basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI, se separa de esta tendencia la LAC de Venezuela, que no recoge tal deber de revelación.

⁶⁴² Así, por ejemplo, dicho deber de revelación viene recogido en la el artículo 13 de la LAV portuguesa, en el art. 1456 del NCPC francés y en la sección 682.041 de los *Statutes* de Florida (EEUU) para el arbitraje interno, destacando esta última por una regulación realmente minuciosa de dicho deber de revelación y estableciendo que un ejercicio defectuoso de dicho deber constituirá un motivo de anulación del laudo. Por otro lado, no hay rastro de tal deber en las regulaciones argentina, italiana, ecuatoriana, pakistaní y del Reino Unido. En cuanto al Derecho histórico español, el deber de revelación aparecía en la Ley de Arbitraje de 1988, en su artículo 17.3, pero no en la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953.

⁶⁴³ Aparece, por ejemplo, en el artículo 9.4 del Reglamento de la DIS de 2018, donde se señala que se deberán revelar aquéllos «hechos o circunstancias que, desde una perspectiva objetiva, puedan hacer surgir dudas justificadas a las partes acerca de la independencia e imparcialidad» del árbitro, lo que constituye una redacción sin duda original y que aborda un problema puesto de manifiesto por parte de la doctrina, acerca de los hechos que deben ser revelados. También se prevé tal deber en el artículo 14.2 del Reglamento de 2010 de la CCE y en el art. 11 de las Reglas de Arbitraje de 2012 de la CPA, que además contienen en un anexo un modelo de declaración de independencia e imparcialidad que es prácticamente idéntico al de la Regla 6 de las Reglas de Arbitraje CIADI. Lo mismo ha de decirse de los numerales 2 y 3 del art. 11 del Reglamento de la CAM de 2015, del art. 11.4 del Reglamento de la HKIAC de 2013 y, finalmente, de los numerales 2 y 3 del art. 11 del Reglamento de la CCI de 2013 que, al igual que en el caso del Reglamento de la DIS, establecen que

3.2. Funciones del deber de revelación

Dentro de las funciones que cumple el deber de revelación, CLAY ha destacado que se trata de un mecanismo preventivo de la independencia e imparcialidad de los árbitros, ya que mediante su cumplimiento «el árbitro alertará a las partes sobre los riesgos de vulneración de su independencia y de este modo inmunizará a la instancia arbitral contra toda acción posterior que tenga por objeto dichos riesgos», con lo cual el deber de revelación se configuraría como un «seguro de vida» de la instancia arbitral⁶⁴⁵. Por su parte, MATHEUS LÓPEZ prefiere hablar de un «efecto purificador», que se produce cuando el árbitro, al haber revelado todos los hechos que podrían afectar a su independencia, provoca que toda objeción posterior se halle destinada a fracasar «pues se entiende que ha habido [...] una renuncia de las partes a objetar respecto a los hechos revelados»⁶⁴⁶.

Por lo tanto, se puede decir que la función del deber de revelación es a la vez preventiva y purificadora: un correcto cumplimiento de dicho deber tendrá la virtualidad de infundir suficiente confianza a las partes en cuanto a la independencia de los árbitros y, con ello, evitará el planteamiento de ulteriores recusaciones o acciones de nulidad frente al laudo definitivo. Esta función es común al deber de revelación en todos los ordenamientos, si bien existen aspectos como el alcance y las consecuencias del incumplimiento del deber que adquieren soluciones particulares dentro del sistema CIADI. Dicho alcance y consecuencias serán objeto de estudio a continuación.

3.3. Vigencia temporal del deber de revelación

En un análisis general del deber de revelación, FERNÁNDEZ ROZAS afirma que éste «comienza en el momento designación (sic) o propuesta de nombramiento el árbitro (sic) por lo que no posee un carácter meramente estático toda vez que persiste hasta que se produzca el momento de la emisión del laudo arbitral»⁶⁴⁷. Un parecer similar es compartido por MATHEUS LÓPEZ, quien califica al deber de revelación como un «deber permanente» que se inicia «*ante causam arbitratum*», a

las personas propuestas para el cargo de árbitro deberán revelar las circunstancias capaces de hacer surgir dudas acerca la independencia «desde el punto de vista de las partes».

⁶⁴⁴ En concreto, en el artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2013, con redacción idéntica a la de la Ley Modelo.

⁶⁴⁵ CLAY, T.; *L'arbitre...*; op. cit., pág. 318

⁶⁴⁶ MATHEUS LÓPEZ, C.A.; «Reflexiones sobre el deber de revelación del árbitro» en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*; tomo XXVIII, 2, 2016; pág. 270

⁶⁴⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; «Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su transgresión» en *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*; vol. VI, nº3, 2013; pág. 817

partir de que se le plantea a un candidato la posibilidad de ser designado y continúa «*intra causam arbitratum*», desde la designación formal hasta el término de la instancia arbitral⁶⁴⁸.

Sin embargo, estos análisis se refieren al deber de revelación en sentido abstracto, es decir, sin limitarse a un sólo sistema de arbitraje. El interrogante que surge, por lo tanto, es si concretamente en el sistema CIADI el deber de revelación está limitado a la presentación de la declaración firmada⁶⁴⁹ o, si por el contrario, dicho deber de revelación se extiende a lo largo del proceso, en caso de circunstancias sobrevenidas o sobre las cuales se adquiere conocimiento una vez iniciado el arbitraje. Inequívocamente la respuesta es que, también en el sistema CIADI, el deber de revelación se trata de un deber permanente, según se desprende de la dicción literal de la propia Regla 6.2⁶⁵⁰.

A pesar de lo anterior, el deber permanente en el sistema CIADI tiene una particularidad, si se le compara con otros reglamentos o leyes de arbitraje, como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Si en éstos el deber de revelación se articula en relación a las partes, en el sistema CIADI, se realiza ante el Secr. Gral. del CIADI, que es el representante legal y el funcionario principal del Centro (Art. 11 Convenio CIADI). En todo caso, se debe entender que éste habría de comunicar a las partes la información proveniente del cumplimiento del deber de revelación por los árbitros⁶⁵¹.

Más allá del alcance temporal del deber de revelación, la doctrina ha identificado un problema en cuanto al momento de presentación de la declaración firmada de la Regla 6. Si, por un lado, la redacción de dicha Regla indica sin ambages que el momento de la presentación de dicha declaración será «en la primera sesión del Tribunal o antes», por otro lado, la doctrina ha indicado que dicha presentación no debería tener lugar en la audiencia organizativa, cuando el

⁶⁴⁸ MATHEUS LÓPEZ, C.A.; «*Reflexiones...*»; op. cit., págs. 269 y 270.

⁶⁴⁹ Según CLAY, el deber de revelación tiene dos facetas. La primera se concreta antes del inicio del arbitraje, con la presentación de la declaración de imparcialidad –en original, en francés, «*déclaration d'impartialité*»; dicha declaración coincidiría con la declaración firmada de la Regla de Arbitraje CIADI 6.2-, que el autor galo define como «el acto por el cual los árbitros revelan a ambas partes todas las relaciones que mantienen, o no, con cada una de ellas» [Trad. Propia]. Tras la presentación de la declaración de imparcialidad, y mientras dure la instancia arbitral, el deber de revelación subsiste. Vid. CLAY, T.; *L'arbitre...*; op. cit., págs. 319-343.

⁶⁵⁰ En este sentido, vid. WEBSTER, T. H.; *Handbook...*; op. cit., pág. 395.

⁶⁵¹ En efecto, esta es la intención de los reformadores de las Reglas de Arbitraje CIADI de 2006. Así se desprende de la nota explicativa a la reforma de la Regla 6.2, contenida en ICSID SECRETARIAT; «*Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations*» (Working Paper); 12/V/2005; pág. 12; en donde, luego de afirmar el carácter continuo de la obligación de revelar, se indica que «tras recibir la declaración la transmitiría a los otros miembros del tribunal y a ambas partes» [Trad. Propia].

tribunal ya se ha constituido de conformidad con la Regla 6.1 de Arbitraje CIADI, sino antes, para evitar cualquier perjuicio a las partes⁶⁵². El perjuicio surgiría en el caso de que, una vez constituido el tribunal e iniciado el arbitraje, las partes tuviesen noticia, por primera vez y a causa de la declaración de los árbitros, de la existencia de una circunstancia que hiciera surgir a una o ambas partes dudas justificadas sobre la imparcialidad del árbitro, viéndose en tal caso dichas partes obligadas a recusar al árbitro y, en caso de ser aceptada la recusación, de nombrar a un árbitro sustituto.

3.4. Alcance del deber de revelación en el sistema CIADI

3.4.1. Alcance temporal

A diferencia de las Directrices IBA, las Reglas de Arbitraje CIADI no establecen un límite temporal específico a las relaciones o circunstancias que deban ser reveladas. La subregla (a) obliga a revelar las relaciones con las partes «tanto anteriores como actuales», mientras que la subregla (b) obliga a revelar cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en la imparcialidad del árbitro, pero sin establecer límite temporal alguno.

En la Decisión sobre recusación de *Alpha Projektholding c. Ucrania*, los miembros no recusados del tribunal concluyeron que la subregla (b) exige la revelación de hechos, que hayan tenido lugar en cualquier momento, mientras que la subregla (a) exige la total revelación de todas las relaciones con las partes, incluso aquéllas que sean antiguas⁶⁵³. Sin embargo, esta afirmación choca con la realizada por la mayoría del tribunal arbitral de *Tidewater c. Venezuela*. En este caso, en la Decisión sobre recusación, emitida sólo nueve meses después de *Alpha Projektholding*, se afirma que «como regla general, los árbitros nombrados en tribunales CIADI deben revelar nombramientos a otros tribunales arbitrales por una de las partes o sus filiales dentro de los tres años anteriores»⁶⁵⁴. No parecería descabellado pensar que la afirmación de la mayoría del tribunal en *Tidewater* fuese el fruto de la influencia de las Directrices IBA, que establecen el límite temporal de tres años en varias de las situaciones descritas. En todo caso, la argumentación de *Alpha Projektholding*, al estar basada en la literalidad de las Reglas de Arbitraje CIADI, debe prevalecer.

⁶⁵² WEBSTER, T. H.; *Handbook...*; op. cit., pág. 392.

⁶⁵³ *Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz* en *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania* (Caso CIADI n° ARB/01/16), de 19/III/2010; pág. 54.

⁶⁵⁴ *Decision on claimant's proposal to disqualify professor Brigitte Stern, Arbitrator* en *Tidewater Inc. et al. c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/10/5), de 23/XII/2010; pág. 51.

3.4.2. Alcance objetivo

El alcance objetivo del deber de revelación responde a la pregunta de ¿qué relaciones y circunstancias deben ser puestas en conocimiento de las partes? La respuesta se ha de concretar en, primero, qué criterio o criterios se han de seguir para decidir qué información es relevante de cara a su revelación; segundo, si existe alguna lista de situaciones concretas que indique cuáles deben ser reveladas y cuáles no; tercero, qué debe hacerse con las circunstancias que se reputan de conocimiento público y notorio y, finalmente, qué grado de diligencia han de tener los árbitros a la hora de investigar aquéllas relaciones que puedan surgir de su conexión profesional -o de otro tipo- con entidades que mantienen un haz complejo de relaciones con una multitud de sujetos.

3.4.2.1. Criterios de determinación de la información a revelar

En cuanto al criterio que se ha de seguir para decidir qué información es relevante de cara a ser revelada, la doctrina tiende a diferenciar entre un criterio objetivo y uno subjetivo. El criterio subjetivo podría venir referido a las parte o al árbitro, es decir, o bien presupondría que el árbitro decidiría según su propio criterio qué circunstancias hacen surgir dudas acerca de su independencia e imparcialidad, o bien obligaría al árbitro a adoptar la perspectiva de las partes para identificar tales circunstancias⁶⁵⁵. Por su parte, un criterio objetivo podría obtenerse, según algunos autores, mediante la asunción de la perspectiva de un «tercero razonable»⁶⁵⁶ o mediante la asunción de una doble subjetividad, revelando lo que el árbitro considere por sí mismo y, además, «aquello que las partes considerarían una causa de recusación»⁶⁵⁷.

Uno y otro criterio han sido acogidos por los tribunales CIADI. Así, el criterio de la tercera persona razonable puede encontrarse en la segunda Decisión sobre la recusación de *Suez*⁶⁵⁸, así como en la de *Alpha Projektholding*⁶⁵⁹. Por su parte, en la

⁶⁵⁵ MATHEUS LÓPEZ, C.A.; «Reflexiones...»; op. cit., pág. 271.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, pág. 272.

⁶⁵⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; «Contenido ético...»; op. cit., pág. 815

⁶⁵⁸ *Decision on a second proposal for the disqualification of a member of the arbitral tribunal* en *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA y Vivendi Universal, SA c. la República Argentina* (Caso CIADI nº ARB/03/19), de 12/V/2008; pár. 46.

⁶⁵⁹ *Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz* en *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania* (Caso CIADI nº ARB/01/16), de 19/III/2010; pár. 66.

Decisión sobre recusación de *Total*, que es posterior en el tiempo, se establece que el criterio debe ser de tipo subjetivo y centrado en la perspectiva del árbitro, al enunciar que

«El árbitro [...] determina, en su propio criterio, es decir, con un criterio subjetivo, si en su opinión una determinada circunstancia puede ser percibida por las partes como una circunstancia que afecta a su capacidad de emitir un juicio independiente»⁶⁶⁰.

Más allá del criterio aplicable, reviste gran interés determinar a qué tipo de situaciones se ha de aplicar el criterio de que se trate: si sólo a aquellas situaciones que constituyen efectivamente una quiebra de la independencia e imparcialidad de los árbitros o si también a aquéllas que, sin llegar a constituir una quiebra, pueden comprometer de alguna manera tales principios. Lo cierto es que en la doctrina acerca de las diferentes modalidades de arbitraje no existe un consenso en torno a este punto⁶⁶¹. Con todo, lo cierto es que, si se compara la Regla de Arbitraje 6 del CIADI con el artículo 57 del Convenio, parece que las situaciones a que se refieren son distintas. Si el Convenio, a la hora de regular la recusación, se refiere a la «carencia» de independencia e imparcialidad, la Regla 6.2 se refiere a circunstancias que puedan cuestionar la confianza en la imparcialidad de juicio. No se trata en este segundo caso de volver sobre el criterio de las «dudas razonables» o de la «apariencia», que exige que el árbitro, además de ser imparcial e independiente, no dé lugar a dudas razonables sobre tal imparcialidad e independencia. Lo que se busca a la hora de ejercer el deber de revelación es poner de relieve toda circunstancia que pueda afectar a la imparcialidad del árbitro, ya

⁶⁶⁰ *Decisión sobre la propuesta de la República Argentina de recusación de la Sra. Teresa Cheng en Total, SA c. República Argentina (Caso CIADI nº ARB/04/01), de 26/VIII/2015; pág. 133.*

⁶⁶¹ De tal forma que, para algún autor, las causas de recusación y las circunstancias que han de ser reveladas son las mismas, mientras que, otros defienden estándares diferentes. Un ejemplo de defensa de la primera postura se pueden encontrar en MARTÍNEZ ESPÍN, P.; «*Artículo 16. Aceptación de los árbitros*» en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.); *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*; Bosch Editores, Barcelona, 2004; pág. 371..

Por otro lado, lo cierto es que la mayoría de autores son favorables a que las circunstancias que han de ser reveladas sean mucho más amplias que las que dan pie a la recusación. En tal sentido, ha afirmado ALONSO que «[para el árbitro] la mejor alternativa quizá consista en revelar todo lo que directamente crea que debe revelar y además lo que dude si debe revelar»; opinión que es compartida por CRIVELLARO. Mientras que comentando la legislación peruana, CASTILLO FREYRE y SABROSO MINAYA han sostenido se han de revelar no sólo las circunstancias que a todas luces vulneran los principios de independencia e imparcialidad, sino también aquéllas «que a la luz de su lectura o de su conocimiento por la contraparte pudiesen dar lugar a entender que el árbitro de alguna manera se pudiera encontrar comprometido con respecto a su independencia, imparcialidad y autonomía». Vid. ALONSO, J.M.; «*Transparencia en la designación de árbitros y la prevención de conflictos de intereses*» en *Revista Jurídica de Castilla y León*; núm. 29, 2013; págs. 1-16. CRIVELLARO, A.; «*Does the Arbitrators' Failure to Disclose Conflicts of Interest Fatally Lead to Annulment of the Award? The Approach of the European State Courts*» en *The Arbitration Brief*, vol. 4, núm. 1, 2014; págs. 121-141. CASTILLO FREYRE, M; SABROSO MINAYA, R.; «*Los Árbitros y el Deber de Revelación en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento*» en *Revista Derecho y Sociedad*, núm. 44, 2015; págs. 245-255.

sea de forma real o aparente⁶⁶². En definitiva, parece razonable afirmar que las circunstancias que han de ser reveladas son mucho más amplias que a las circunstancias que, razonablemente, puedan sembrar dudas acerca de la independencia e imparcialidad del árbitro⁶⁶³.

Sin embargo, en este trabajo se defiende que estos criterios se antojan cuestionables, ya que ofrecen poca seguridad jurídica a las partes. A la misma conclusión ya ha llegado también CLAY, quien, para solventar el problema de la falta de certidumbre de los citados criterios, ha propuesto una solución doble: o bien se deberían redactar cuestionarios detallados que serían respondidos por las personas propuestas para desempeñar el cargo de árbitro antes de ser efectivamente nombrados, o bien se debe exigir a los árbitros que revelen «todas las relaciones anteriores con las partes, sus abogados y los co-árbitros, sin distinción de notoriedad, antigüedad o calidad»⁶⁶⁴. Sea como fuere, debe tenerse en cuenta que ni el Convenio ni las Reglas de Arbitraje CIADI regulan este particular, por lo que la interpretación dependerá de cada tribunal arbitral particular.

3.4.2.2. Situaciones concretas que han de ser objeto de revelación

Algún tribunal arbitral CIADI e, incluso, el Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI han tenido la ocasión de declarar que varias situaciones particulares no merecían ser reveladas, al considerarlas *de minimis*. Es el caso de la Decisión sobre recusación de *Universalc. Venezuela*, en donde el recusado no reveló que poco más de año y medio antes había prestado servicios profesionales a la parte actora de otro arbitraje CIADI, *Azurix II*, en calidad de abogado, conjuntamente con la asesoría jurídica que lo había nombrado en *Universal*. El Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI Robert Zoellick aceptó la argumentación del recusado: que su participación en *Azurix II* se había limitado a la primera vista oral, siendo por tanto una participación incidental, y que la circunstancia denunciada debía considerarse como una

⁶⁶² Ha coincidido en que los estándares del art. 57 del Convenio y la Regla 6.2 son distintos el tribunal de *Tidewater c. Venezuela*. Vid. *Decision on claimants' proposal to disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator* en el asunto *Tidewater Inc. et al. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI nº ARB/10/5), de 23/X/2010, pág. 39.

⁶⁶³ El deber de revelación de la Regla 6.2 del CIADI es, en opinión de STANIČ, más estricto que el que suele manejarse en el arbitraje internacional. Vid. «*Challenging Arbitrators and the Importance of Disclosure: Recent Cases and Reflections*» en *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 16, 2009, págs. 205-235. Una opinión que contrasta con la de MALINTOPPI, quien defiende que el estándar sigue siendo vago MALINTOPPI, L.; «*Arbitrators' Independence and Impartiality*» en MUCHLINSKI, P.; ORTINO, F.; SCHREUER, C.; *Oxford Handbook of International Investment Law*; Oxford University Press, Oxford, 2008; pág. 826. Ambos puntos de vista son, sin embargo, compatibles.

⁶⁶⁴ CLAY, T.; *L'arbitre...*; op. cit., págs. 322-325.

situación del Listado Verde⁶⁶⁵, en clara alusión a la clasificación propuesta en las Directrices IBA, según la cual, las circunstancias incluidas en tal Listado Verde no tienen por qué ser reveladas; una afirmación que se antoja desacertada, por cuanto que en las Directrices IBA no se recogen situaciones similares en su Listado Verde, aunque sí es idéntica a la situación regulada en la Directriz 3.3.9⁶⁶⁶, incluida en el Listado Naranja de las Directrices IBA, lo que significa que la situación debería haber sido revelada. Sea como fuere, el Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI entendió que no era necesario revelar tal relación profesional previa.

Otra circunstancia que, según se entendió, no debió haber sido revelada se puso de manifiesto en *EDF International c. Argentina*. Allí, la demandada había descubierto que la recusada era miembro de la junta directiva de un gran banco que tenía acciones en varias empresas de las que también era accionista la demandante. En su razonamiento, la mayoría del tribunal entendió que no se puede encontrar «nada inherentemente sospechoso en la participación de la profesora [recusada] en la junta directiva de la institución financiera implicada»⁶⁶⁷. Se trata esta de la misma circunstancia denunciada en *Suez II* y por el comité de anulación de *Vivendi*. El mensaje y el tono tajante de *Vivendi* parece más apropiado -como se argumentó en el capítulo anterior- también en este particular: la situación denunciada, por su extrema gravedad, debía haber sido revelada al inicio del arbitraje.

Parece que sería recomendable excluir la posibilidad de desechar una vulneración del deber de revelación al considerar una determinada circunstancia no revelada como *de minimis*. Por un lado, porque no deja de tratarse éste de un concepto jurídico indeterminado y por lo tanto abierto a distintas interpretaciones. Pero, por otro lado, porque el concepto «*de minimis*» ha sido pensado para ser aplicado a las situaciones que comprometen la independencia o imparcialidad de los árbitros. Por lo tanto, quizás sería más correcto denominar una vulneración del deber de revelación como *de minimis*, pero no rechazar una recusación bajo el argumento de que la relación o el interés no revelado era *de minimis*, ya que esa circunstancia es irrelevante a la hora de apreciar una vulneración del deber de revelación. Recuértese que, como se acaba de argumentar, el deber de revelación

⁶⁶⁵ *Decision on the proposal to disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, Arbitrators* en *Universal Compression International Holdings, SLU c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI nº ARB/10/9), de 20/V/2011; pág. 104.

⁶⁶⁶ La dicción literal de la Directriz 3.3.9 de las *Directrices IBA* es la siguiente: «En la actualidad o dentro de los tres años anteriores el árbitro y otro árbitro o un abogado de una de las partes en el arbitraje han actuado conjuntamente como abogados en el mismo caso».

⁶⁶⁷ *Challenge Decision regarding Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler* en *EDF International SA, SAUR International SA, León Participaciones Argentinas SA c. República Argentina* (Caso CIADI ARB/03/23), de 25/VI/2008; pág. 99.

abarca un haz de relaciones e intereses mucho más amplio que los que justifican un apartamiento por vulneración de los principios de independencia e imparcialidad.

Más allá de estas dos manifestaciones particulares, dentro de las modalidades en que se podría materializar el criterio objetivo se encontraría principalmente la aplicación de aquellos listados de situaciones que, descritas en abstracto, indicarían a los árbitros cuáles relaciones y circunstancias merecerían ser reveladas y cuáles no. Por su popularidad en el arbitraje inversor-estado, aquí se abordará el estudio de las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses; aunque es cierto que, dentro del arbitraje internacional comercial, coexisten otras normas de *Soft Law* que regulan esta materia; si bien su incidencia en el arbitraje CIADI es nula a día de hoy.

3.4.2.2.1. Las Directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en el Arbitraje Internacional

Las Directrices IBA fueron promulgadas el 22 de mayo de 2004⁶⁶⁸ y habían sido redactas por un Grupo de Trabajo conformado por 19 expertos en arbitraje internacional, provenientes del Comité de arbitraje de la IBA, entre los que se encontraban conocidos árbitros del sistema CIADI, como Gabrielle Kaufmann-Kohler, Emmanuel Gaillard, Bernard Hanotiau o Albert Jan van der Berg⁶⁶⁹. Diez años más tarde, en 2014, el Comité de arbitraje de la IBA concluyó la primera revisión de las *Directrices IBA*⁶⁷⁰. La finalidad de las *Directrices IBA* es proveer a la comunidad arbitral internacional de unas normas que puedan ser aplicables tanto al arbitraje comercial como al de inversiones, teniendo en cuenta las distintas culturas jurídicas y los pareceres de los actores relevantes del arbitraje⁶⁷¹. En palabras de BALL: «El objetivo del Grupo de Trabajo era remediar la incertidumbre,

⁶⁶⁸ GILL, J.; «*The IBA Conflicts Guidelines – Who’s using them and how?*» en *Dispute Resolution International*, vol. 1, núm. 1, 2007; pág. 58.

⁶⁶⁹ DE WITT WIJNEN, O.L.O.; VOSER, N. y RAO, N.; «*Background information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in international arbitration*» en *Business Law International*, vol. 5, núm. 3, 2004; págs. 433 y 436.

⁶⁷⁰ IBA; *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014*; 2014; págs. i y ii.

⁶⁷¹ Ídem.

La necesidad que impulsa la redacción y publicación de las Directrices IBA es explicada por ROGERS de la siguiente manera: «Según los procedimientos que regulan los arbitrajes se han ido volviendo más refinados, formales y transparentes, han ido contraponiendo a temas éticos relacionados, que siguen siendo vagos, indeterminados y *ad hoc*. El resultado es el incremento de la presión para que se produzcan mejoras en las normas que regulan la conducta profesional de varios actores del sistema. Una respuesta a estas presiones fue la promulgación de las Directrices IBA». Vid. ROGERS, C.A.; *Ethics...*; op. cit., pág. 91.

al redactar directrices que fuesen claras y detalladas y que pudiesen ser aplicadas uniformemente en arbitrajes internacionales y en todos los países»⁶⁷².

El primer Grupo de Trabajo estableció primero unas «Normas Generales estableciendo la mejor práctica internacional en relación a la imparcialidad e independencia»⁶⁷³ y, segundo, propuso una «lista de situaciones recurrentes basadas en la jurisprudencia de diferentes jurisdicciones, así como en sus propias experiencias»⁶⁷⁴. Como explican RAO, VOSER y DE WITT, al proponer dicha lista de situaciones recurrentes, el Grupo de Trabajo consideró ciertos problemas, como que las listas representaban una simplificación de situaciones que normalmente son complejas, o que algunas situaciones fueron percibidas por los miembros del Grupo de Trabajo de manera diferente. De manera que se matizó que las listas no son ni pretenden ser exhaustivas, y se determinó que, por regla general, las Normas Generales deben prevalecer, en parte porque algunas normas tienen una redacción inevitablemente abierta y, además, estableció que se deberían practicar revisiones periódicas para que se tengan en cuenta las necesidades prácticas⁶⁷⁵. En todo caso, la apuesta por establecer un estándar más cuantitativo que cualitativo es visto por ROGERS como un paso que permitirá reducir ambigüedades, a la vez que se conseguiría disminuir el riesgo para las partes que podrían prever cuándo su recusación resultará fallida, y también para los árbitros, que podrían identificar mejor aquéllas recusaciones realizadas de mala fe⁶⁷⁶, todo lo cual se considera aquí acertado.

La primera parte de las Directrices IBA, las Normas Generales, establecen un principio general en su artículo 1:

«Cada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento concluya de forma definitiva por cualesquiera otros métodos»

De seguido, bajo la rúbrica «Conflictos de intereses», se indica que los árbitros no deberán aceptar su designación si tuviesen dudas acerca de su imparcialidad o independencia, a la vez que se explica qué debe considerarse como duda justificada: aquéllas circunstancias por las que «una tercera persona, con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del

⁶⁷² BALL, M.; «*Probity deconstructed: How helpful, really, are the new International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration?*» en *Arbitration International*, vol. 21, 2005; pág. 323.

⁶⁷³ DE WITT WIJNEN, O.L.O.; VOSER, N. y RAO, N.; «*Background information on the IBA Guidelines...*»; op. cit., pág. 434

⁶⁷⁴ *Íbid.*

⁶⁷⁵ *Íbid.*; pág. 435.

⁶⁷⁶ ROGERS, C.A.; *Ethics...*; op. cit., pág. 244.

asunto, llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso» (art. 2.b de las Directrices IBA). Las «Normas Generales» también regulan los casos en que los árbitros deberían revelar hechos o circunstancias que podrían comprometer su imparcialidad (art. 3), el efecto de la renuncia de las partes a recusar en tiempo y forma (art. 4), los sujetos a quienes van dirigidas las Directrices, bajo la rúbrica «Ámbito de aplicación» (art. 5), la manera en que se deben tratar procesalmente las relaciones entre los árbitros y sus bufetes si éstos participan del arbitraje (art. 6) y, finalmente, el deber de información de las partes para con las otras partes y el tribunal acerca de sus relaciones con los árbitros y el deber de los árbitros de realizar averiguaciones para identificar la existencia de posibles conflictos de intereses (art. 7).

En la segunda parte de las Directrices IBA, bajo la rúbrica «Aplicación práctica de las Normas Generales», se recogen una serie de situaciones fácticas clasificadas en cuatro grupos o listados: el «listado rojo irrenunciable», el «listado rojo renunciabile», el «listado naranja» y el «listado verde». En los listados rojos se reflejan «situaciones específicas susceptibles, dependiendo de los hechos de cada caso concreto, de crear dudas justificadas sobre la imparcialidad de independencia del árbitro»⁶⁷⁷. El listado naranja, por su parte, «es una enumeración no exhaustiva de situaciones que, dependiendo de los hechos del caso particular, pueden, a los ojos de las partes, crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro»⁶⁷⁸. Finalmente, el listado verde contiene «situaciones específicas que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear un conflicto de intereses»⁶⁷⁹. Por lo tanto, al no comprometer la independencia en sentido iusprivatista de los árbitros, las situaciones descritas en el listado verde no tienen por qué revelarse⁶⁸⁰.

El «listado rojo irrenunciable» recoge tan sólo cuatro situaciones: aquélla en la que el árbitro y parte son la misma persona (art. 1.1), aquélla en la que el árbitro es gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia de una de las partes o de una entidad que tiene un interés económico directo en el laudo (art. 1.2), aquélla en la que el árbitro tiene un interés económico o personal significativo en una de las partes o en el resultado del litigio (art. 1.3) y aquélla en la que el árbitro o su bufete de abogados asesora con regularidad a una parte, percibiendo con ello ingresos significativos (art. 1.4).

⁶⁷⁷ IBA; *Directrices IBA...*; pág. 20.

⁶⁷⁸ Ídem, pág. 21.

⁶⁷⁹ Ídem, pág. 23.

⁶⁸⁰ Ídem, pág. 9.

Las situaciones del listado rojo renunciante se refieren a relaciones del árbitro con la controversia, como el contacto previo del árbitro con el asunto (art. 2.1.2) o el asesoramiento legal respecto de la controversia a una de las partes (art. 2.1.1). También recogen situaciones en las que el árbitro tiene un interés directo o indirecto en la controversia, por ejemplo, porque es accionista de una de las partes (art. 2.2.1), o porque un pariente cercano del árbitro tiene interés económico en el resultado de la controversia (art. 2.2.2) o por que el árbitro esté relacionado con una persona contra la cual la parte vencida en el arbitraje «pueda dirigir un recurso» (art. 2.2.3). También recoge el listado rojo, finalmente, ciertas relaciones del árbitro con las partes, tanto relaciones profesionales que producen una dependencia laboral y económica (arts. 2.3.1-2.3.7), como relaciones de tipo familiar con las partes (art. 2.3.8), si bien atenuadas con respecto a las situaciones incluidas en el listado rojo irrenunciante. Como se explica en las propias Directrices IBA, las partes pueden aceptar la designación de un árbitro que incurra en alguno de los casos planteados por el listado rojo renunciante, siempre y cuando estén plenamente informados del conflicto de intereses y todas las partes manifiesten explícitamente su conformidad con que la persona involucrada desempeñe funciones de árbitro en dicho asunto, a pesar del conflicto de intereses⁶⁸¹.

Por último, el listado naranja acoge una serie de situaciones que se pueden considerar atenuadas con respecto a las del listado rojo renunciante. Se trataría de relaciones profesionales entre el árbitro y una de las partes dentro de los tres años anteriores al inicio del arbitraje (art. 3.1), de servicios profesionales prestados en la actualidad (art. 3.2), relaciones entre el árbitro y alguno de los abogados de las partes u otras personas que intervienen en el arbitraje (arts. 3.3 y 3.4), así como otras circunstancias, como relación entre el árbitro y la institución arbitral (art. 3.5.3) o manifestaciones de los árbitros con relación a aspectos del arbitraje (art. 3.5.2).

A pesar de que, en los años siguientes a su publicación, las Directrices IBA no gozaron de gran popularidad, como se desprende del estudio llevado a cabo por GILL⁶⁸², sí ha llegado a ser recurrente su alusión tanto por recusantes como por sus

⁶⁸¹ Ídem, pág. 12.

⁶⁸² Se trata de la investigación que realiza en «*The IBA Conflicts Guidelines – Who's using them and how?*» de 2007, donde explica que de 19 países estudiados, en dos de ellos no se utilizaban en absoluto –España y República Checa-, mientras que en diez países se utilizan en diferentes grados –Austria, Canadá, Francia, Alemania, Hong Kong, Italia, Países Bajos, Suecia, Reino Unido y Estados Unidos de América-, gozando de cierta popularidad en sólo siete países (Australia, China, Nueva Zelanda, Singapur, Suiza y Tailandia), si bien tras una breve análisis de los resultados de su investigación, parecen que las categorizaciones son cuanto menos bastante generosas. La misma conclusión se puede acoger en cuanto a las instituciones arbitrales estudiadas. Vid. GILL, J.; «*The IBA Conflicts Guidelines...*»; op. cit.

contrapartes en los tribunales CIADI, con una función de sustento de las propuestas de recusación⁶⁸³. También han sido utilizadas por algunos tribunales CIADI como Derecho material, sirviendo de soporte –sin que se pueda afirmar que hayan sido aplicadas– para las decisiones sobre propuestas de recusación, teniendo en este caso todas ellas un resultado desestimatorio⁶⁸⁴. Pero las Directrices IBA han servido, inclusive, de base para la decisión de una propuesta de recusación. Se trata de la del asunto Perenco contra Ecuador (ARB/06/6), cuya particularidad, destacada *supra*, se refiere a la existencia de un acuerdo pre-arbitral entre las partes –conocido como el *Acuerdo de octubre de 2008*–, en virtud del cual se establecían ciertas particularidades a la hora de recusar⁶⁸⁵.

En 2008, el Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI Robert Zoellick se pronunció sobre el valor de las Directrices IBA con ocasión de la Decisión de recusación dictada en Participaciones Inversiones Portuarias SARL contra Gabón (ARB/08/17). Allí, la demandada se había valido de las Directrices para sostener su alegación. El Presidente Zoellick indicó que «las Directrices IBA invocadas por la demandada no tienen más que un valor indicativo, incluso aunque se entienda que eventualmente

Esta inicial desconfianza hacia las Directrices IBA es confirmada por BORN en BORN, G.; *International Commercial Arbitration*; Wolters Kluwer, Alphen aan der Rijn; 2014; pág. 1985-2, que es citado en ROGERS, C.A.; *Ethics...*; op. cit., pág. 244: «Una gran cantidad de instituciones arbitrales acogieron las Directrices IBA con cierta frialdad. La CCI declaró que no aplicaría las Directrices IBA (ni ningunas otras directrices) al resolver recusaciones internacionales; la LCAI también se mostró escéptica sobre la utilidad de las Directrices en las recusaciones institucionales» [Trad. Propia].

⁶⁸³ Así, sin ánimo de exhaustividad, se han citado las Directrices IBA en las propuestas de recusación de Electrabel contra Hungría (ARB/01/19) de 25/II/2008, pág. 10; Tidewater Inc. et al. contra Venezuela (ARB/10/5) de 23/XII/2010, párrafos 13-14, 17-18 y 23; OPIC Karimum Corporation contra Venezuela (ARB/10/14), de 5/V/2011, párrafos 17 y 34; Universal Compression International Holdings, SLU contra Venezuela (ARB/10/9), de 20/V/2011, párrafos 13, 22, 25, 21 y 38; (I) ConocoPhillips Company et al. contra Venezuela (ARB/01/30), de 27/II/2012, párrafo 52; Getma International et al. contra República de Guinea (ARB/11/29), de 28/VI/2012, párrafo 32; Caratube International Oil Company LLP et al. contra Kazajstán (ARB/13/13), de 20/III/2014, párrafo 30; İçkale İnşaat Limited Şirketi contra Turkmenistán (ARB/10/24), de 11/VII/2014, pág. 91 y Total S.A. contra Argentina (ARB/04/01), de 26/VIII/2015, párrafos 48, 61, 70.

⁶⁸⁴ Así, por ejemplo, en las decisiones sobre la recusación en Hrvatska Elektroprivreda, dd contra Eslovenia (ARB/05/24), de 6/V/2008, párrafo 19; Alpha Projektholding GmbH contra Ucrania (ARB/07/16), de 19/III/2010, párrafos 56, 63, 66 y 74; Saint-Gobain Performance Plastics Europe contra Venezuela (ARB/12/13), de 27/II/2013, párrafo 85; (IV) ConocoPhillips contra Venezuela (ARB/07/30), de 15/XII/2015, párrafo 36 y (VI) ConocoPhillips Company et al. contra Venezuela (ARB/07/30), de 26/VII/2016, pág. 12.

⁶⁸⁵ Por su particular interés, se transcribe aquí el texto del acuerdo: «Cada parte tendrá el derecho de recusar un árbitro dentro de un período de 60 días desde la fecha en que dicha parte adquiera conocimiento de la causa de recusación, con independencia de que dicha fecha sea anterior o posterior a la ejecución de acuerdo. El derecho a recusar caduca tras el período de 60 días. En caso de que dicha recusación tenga lugar, las partes acuerdan que debe ser resuelta por el Secretario-General de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, debiendo para ello aplicar las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional» [Trad. Propia]. Vid *Decision on Challenge to arbitrator* (PCA Case No. IR-2009-1) en Perenco contra Ecuador (ARB/08/6), de 8/XII/2009; pág. 9.

pueden aportar una indicación útil»⁶⁸⁶. Sin embargo, el valor otorgado a las Directrices IBA pareció vacilante. Tan sólo cuatro meses después de aquella Decisión sobre la recusación, la mayoría del tribunal en *Alpha Projektholding GmbH* declaraba que:

«los otros dos miembros no recusados encuentran que las Directrices IBA son instructivas, ya que están relacionadas con el estándar CNUDMI de las “dudas justificadas”, al que se hace referencia en el documento de debate y en el documento de trabajo que llevó a la adopción de [la Regla de Arbitraje 6.2.IV.b)]. Asimismo, [...] las Directrices IBA han sido ampliamente utilizadas como un catálogo de fundamentos para la recusación, así como para [disipar las dudas en torno a cuáles han de ser] los parámetros del deber de obligación de los árbitros. Múltiples tribunales [arbitrales] a la hora de aplicar la Convención CIADI han reconocido la autoridad persuasiva de las Directrices IBA»⁶⁸⁷.

Téngase en cuenta que, a pesar de parecer otorgarle un estatus de mayor relevancia a las Directrices, la mayoría del tribunal de *Alpha Projektholding*, en realidad, estaba intentando en ese momento establecer los límites del deber de revelación de la Regla de Arbitraje 6. Es al calor de esa argumentación que trae a colación a las Directrices IBA, que juegan así, para este tribunal, un papel predominantemente hermenéutico de las Reglas de Arbitraje CIADI.

A pesar de lo anterior, en los años siguientes, y con carácter general, el carácter no vinculante otorgado por el Presidente Zoellick a las Directrices IBA fue seguido por los tribunales arbitrales a la hora de dirimir las solicitudes de recusación⁶⁸⁸. A pesar de algunas aparentes vacilaciones en cuanto a cuál debiera ser el papel de las Directrices⁶⁸⁹, lo cierto es que a día de hoy existe consenso en el sistema CIADI en torno a dos puntos:

⁶⁸⁶ Decisión sobre la propuesta de recusación en PIP Sàrl contra Gabón (ARB/08/17); pág. 24 [en francés; Trad. Propia].

⁶⁸⁷ *Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz* en el asunto Alpha Projektholding GmbH contra Ucrania (ARB/07/16), de 19/III/2010; pág. 56 [Trad. Propia].

⁶⁸⁸ Así, por ejemplo en el asunto Urbaser S.A. y Consorcio de aguas Bilbao Bizkaia contra la República Argentina (ARB/07/26), de 12/VIII/2010, pág. 37; Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc. y Jaime Jurado contra Panamá (ARB/06/19), de 7/IX/2011, pág. 57; Tidewater Inc. et al. contra Venezuela (ARB/10/5) de 23/XII/2010, párrafos 41-43.

⁶⁸⁹ Así se puede interpretar la redacción de la *Decision on the proposal to disqualify Professor Phillippe Sands, Arbitrator* en el asunto OPIC Karimum Corporation contra Venezuela (ARB/10/14), de 5/V/2011, en cuyo párrafo 48, la mayoría del tribunal, sin negar carácter vinculante a las Directrices IBA, indica que «Aceptamos que las Directrices IBA no son concluyentes para los propósitos de la decisión que se nos exige en esta recusación, y que los ejemplos contenidos de las Directrices IBA no son exhaustivos ni decisivos por sí mismos [...]. Sin embargo, las Directrices IBA indican que los nombramientos múltiples [de un árbitro por una parte] son un asunto relevante a la hora de evaluar la imparcialidad e independencia y, en nuestra opinión, son correctas en este punto». [Trad. propia].

1. Los tribunales pueden considerar que las *Directrices IBA* tienen un valor «meramente indicativo»⁶⁹⁰; aunque también aluden a veces a ellas como «referencias útiles»⁶⁹¹;

2. Si bien, en ningún caso constituyen Derecho aplicable a la hora de decidir sobre una propuesta de recusación, ya que todas las partes que litigan ante tribunales CIADI han decidido someterse al estándar establecido en el artículo 57 del Convenio⁶⁹².

Se podría aún añadir un punto más en el que con buen criterio han insistido las mayorías de los tribunales de *Caratube* y *Total*: «las *Directrices IBA* versan, fundamentalmente, sobre estándares relativos al deber de declarar y no sobre los estándares aplicables a una solicitud de recusación»⁶⁹³⁶⁹⁴. Esto es acorde, además, con el objetivo de tales directrices.

3.4.3. Circunstancias notorias

⁶⁹⁰ Universal Compression International Holdings, SLU contra Venezuela (ARB/10/9), de 20/V/2011, párrafo 76; Getma International et al. contra República de Guinea (ARB/11/29), de 28/VI/2012, párrafo 62; Caratube International Oil Company LLP et al. contra Kazajstán (ARB/13/13), de 20/III/2014, párrafo 59 y Total S.A. contra Argentina (ARB/04/01), de 26/VIII/2015, párrafo 98.

⁶⁹¹ Blue Bank International y Trust (Barbados) contra la República Bolivariana de Venezuela (ARB/12/20), de 12/X/2013; pár. 62; Burlington Resources, Inc. contra Ecuador (ARB/05/5), de 13/XII/2013, pár. 69 y (II) Fábrica de Vidrios de los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. contra República Bolivariana de Venezuela (ARB/12/21), de 28/III/2016; párrafo 34.

⁶⁹² Universal Compression International Holdings, SLU contra Venezuela (ARB/10/9), de 20/V/2011, párrafo 76; (I) ConocoPhillips Company et al. contra Venezuela (ARB/07/30), de 27/II/2012, pár. 59; Getma International et al. contra República de Guinea (ARB/11/29), de 28/VI/2012, párrafo 62; Blue Bank International y Trust (Barbados) contra la República Bolivariana de Venezuela (ARB/12/20), de 12/X/2013; pár. 62; Burlington Resources, Inc. contra Ecuador (ARB/05/5), de 13/XII/2013; Caratube International Oil Company LLP et al. contra Kazajstán (ARB/13/13), de 20/III/2014, párrafo 59; Total S.A. contra Argentina (ARB/04/01), de 26/VIII/2015, párrafo 98 y (II) Fábrica de Vidrios de los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. contra República Bolivariana de Venezuela (ARB/12/21), de 28/III/2016; párrafo 34.

⁶⁹³ Caratube International Oil Company LLP et al. contra Kazajstán (ARB/13/13), de 20/III/2014, párrafo 59 y Total S.A. contra Argentina (ARB/04/01), de 26/VIII/2015, párrafo 98.

⁶⁹⁴ Habiendo estudiado la idoneidad de la utilización de *Directrices IBA* dentro del sistema CIADI, CLEIS llega a una conclusión pesimista por tres razones: primero, que las *Directrices*, a pesar de proveer una guía clara y de ayuda, siguen sin ser concluyentes para la mayoría de los problemas prácticos, ya que sólo son predictibles aquéllas situaciones recogidas en los listados rojos y verde, que son muy restringidos; segundo; porque pareciera que las particularidades del arbitraje de inversiones hubiesen sido dejadas de lado al momento de redactar las *Directrices*: por ejemplo, no se prevén ni las situaciones en las que actúan como árbitros funcionarios estatales, ni las situaciones de intercambio de roles –en inglés, en original, *role switching*– entre abogados y árbitros. Por último, según esta autora, incluso allí donde se abordan las particularidades del arbitraje de inversiones, las *Directrices IBA* son bastante indulgentes, de esta manera, las solicitudes de recusación basadas en el nombramiento repetido del mismo árbitro no justifican, según las *Directrices*, la recusación, cuando el resultado ha sido el contrario en recusaciones planteadas ante la CCE o la CCI. Vid. CLEIS, M.N.; *The independence...*; op. cit., págs. 167-189.

En un estudio clásico de 1893, STEIN diferenció entre dos tipos de hechos notorios: por un lado, los «hechos notorios en general» o «extraprocesales» –en original en alemán, *Allgemeinkundige*–, por otro, los «hechos notorios para el tribunal» –en original en alemán, *Gerichtskundige*⁶⁹⁵. Los primeros son definidos como «hechos tan generalmente percibidos o divulgados sin refutación con una generalidad tal, que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse tan convencido de ellos como el juez en el proceso con base en la práctica de la prueba»⁶⁹⁶. Los segundos serían aquéllos sobre los cuales el tribunal tiene conocimiento normalmente como resultado del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Según la configuración dada en el arbitraje internacional al deber de revelación, las circunstancias notorias serían sólo aquéllas de naturaleza extraprocesal, en el sentido de que el sujeto sobre el cual se predica la notoriedad acerca de las circunstancias o relaciones de los árbitros son las partes del arbitraje, pero no el tribunal. Es decir, lo relevante a la hora de discernir si una circunstancia es o no notoria es la perspectiva de las partes.

Con ocasión de sendos estudios enfocados en la jurisprudencia francesa, han sostenido primero FOUCHARD y más tarde CLAY que los tribunales de aquél país tan sólo eximen a los árbitros de revelar una clase de circunstancias: aquéllas que gozan de notoriedad⁶⁹⁷. Para el segundo de estos autores, sin embargo, la notoriedad es una noción muy relativa. Ello porque lo que es notorio suele serlo siempre para un grupo de personas, pero no para todas. De tal manera que, para este segundo autor, cuando se trata de hechos notorios, «la necesidad de revelar dependerá de cada individuo, de sus conocimientos, su cultura, sus informaciones, en pocas palabras, según su personalidad»⁶⁹⁸. Por esta razón, concluye, «la notoriedad es, así, un criterio falsamente objetivo»⁶⁹⁹; un criterio que produce un desplazamiento de la pregunta ¿qué debe ser revelado? a la pregunta ¿qué necesita

⁶⁹⁵ STEIN, F. (autor); DE LA OLIVA SANTOS, A. (traductor); *El conocimiento privado del juez*; Editorial Temis, Santiago de Chile, 2017; pág. 170.

⁶⁹⁶ Ídem, pág. 169.

⁶⁹⁷ Vid. FOUCHARD, P.; «*Le Statut de l'arbitre dans la jurisprudence française*» en *Revue de l'Arbitrage*; n° 3, 1996; pág. 352; este autor cita concretamente las sentencias de la *Cour d'Appel* de París de 9/IV/1992, 8/VII/19994, 12/I/1995, 23/III/19995 y 12/I/1996. Cfr. CLAY, T.; *L'arbitre...*; op. cit., pág. 325.

⁶⁹⁸ CLAY, T.; *L'arbitre...*; op. cit., pág. 325. (Trad. Propia). Esta idea también se puede rastrear en STEIN, para quien la notoriedad varía a lo largo del tiempo, pero también de una localidad o un estado a otro e, incluso, de un grupo profesional o social a otro. Vid. STEIN, F. (autor); DE LA OLIVA SANTOS, A. (traductor); *El conocimiento...*; op. cit., págs. 162-164.

⁶⁹⁹ CLAY, T.; *L'arbitre...*; op. cit., pág. 325.

ser revelado?, un desplazamiento que, a juicio de CLAY, perjudica la seguridad jurídica de las partes⁷⁰⁰.

Por tanto, la notoriedad es problemática. Por un lado, la definición de «notoriedad», según el DRAE, es «cualidad de lo que es público y sabido por todos»⁷⁰¹; si bien, por otro lado, en realidad muy pocas circunstancias son conocidas, o conocidas de la misma forma, por todas las personas. Quizás sea apropiado diferenciar entre notoriedad y publicidad, siendo que publicidad significa, también según una acepción del DRAE, «cualidad de lo que es accesible a todos»⁷⁰². Se trata de una postura adoptada incluso por un tribunal CIADI, *Suez*⁷⁰³, en donde se distinguió las «circunstancias de dominio público» –en original en inglés, *matter of public record*- de las circunstancias notorias; siendo que, en el caso particular, la condición de la recusada, como directiva de un importante banco de inversiones suizo, sería una circunstancia de dominio público, pero no notoria, ya que era razonable pensar que la demandada no tenía que conocer esta circunstancia, si bien la podría haber llegado a conocer fácilmente, por ejemplo mediante una sencilla búsqueda en internet.

Se trata esta de una distinción importante en el sistema CIADI, por cuanto que la participación de un determinado árbitro en arbitrajes anteriores, así como la parte que lo ha nominado en tales arbitrajes y la fecha de los mismos son informaciones disponibles con facilidad en el sitio web del Centro⁷⁰⁴, en aplicación de la Regla 22.1 del Reglamento Administrativo y Financiero CIADI⁷⁰⁵. Es este un registro que, además, se configura como accesible a cualquier persona, en cumplimiento de la Regla 23.2 de dicho Reglamento.

Al hilo de esta distinción entre circunstancias notorias y circunstancias de dominio público, cabe apuntar que no parece razonable esperar que las segundas

⁷⁰⁰ CLAY, T.; «*L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable*» en VAN COMPERNOLLE, J. y TARZIA, G.; *L'impartialité du juge et de l'arbitre*; Ed. Bruylant, Bruselas, 2006; pág. 224.

⁷⁰¹ Disponible *online* en <http://dle.rae.es/?id=QeqV7rN>. Consultado el 01/X/2018.

⁷⁰² Disponible *online* en <http://dle.rae.es/?id=UYYYKIUK> cfr. con <http://dle.rae.es/?id=UYbbTs8>. Consultados el 01/X/2018.

⁷⁰³ *Decision on a second proposal for the disqualification of a member of the arbitral tribunal* en *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA y Vivendi Universal, SA c. la República Argentina* (Caso CIADI nº ARB/03/19), de 12/V/2008; pár. 45.

⁷⁰⁴ En efecto, se pueden consultar *online* en la siguiente dirección: <https://icsid.worldbank.org/en/pages/cases/pendingCases.aspx?status=p>. Consultado el 01/X/2018.

⁷⁰⁵ Según tal Regla, «El Secretario General publicará de manera apropiada información sobre las actividades del Centro, incluyendo el registro de todas las solicitudes de conciliación y de arbitraje y, en su debida oportunidad, una indicación de la fecha y manera de terminación de cada procedimiento».

estén exentas de revelación por los árbitros. En este sentido resolvió la mayoría del tribunal en *Tidewater* cuando razonó que: «La Regla 6(2) no limita la revelación a circunstancias que no sean de dominio público. La redacción de esta regla abarca todo, sin distinguir entre categorías de circunstancias a revelar»⁷⁰⁶.

Finalmente, si bien el tema particular de las circunstancias notorias no se menciona en las Reglas de Arbitraje CIADI, ni los tribunales arbitrales se han pronunciado sobre el particular, cabe entender, por el mismo motivo esgrimido en *Tidewater*, que las circunstancias notorias no quedan exentas del deber de revelación en el sistema CIADI; esto es, la Regla 6(2) engloba todo tipo de circunstancias, independientemente de que dichas circunstancias sean conocidas por todos. En cualquier caso, se podría afirmar que, en la práctica, la concurrencia de circunstancias notorias a la hora de evaluar la imparcialidad e independencias de los árbitros del sistema CIADI se antoja residual.

3.4.4. Deber de investigación del árbitro

Dos abogados de una importante firma multinacional han afirmado que «la naturaleza y el alcance de la obligación de revelación requieren necesariamente que el árbitro efectúe una investigación de las circunstancias que pueden poner en duda su independencia»⁷⁰⁷. Este deber de investigación, que es anejo al deber de revelación –y, por lo tanto, también tiene carácter continuo⁷⁰⁸–, adquiere mayor relevancia en grandes bufetes jurídicos; bufetes que no pocas veces tienen por socios y empleados a cientos de personas en sus múltiples oficinas repartidas en una pluralidad de países, lo que puede dar como resultado que no todos sus trabajadores se conozcan. Este factor, unido al gran volumen de trabajo y a la inherente complejidad de su actividad profesional, puede ocasionar un gran

⁷⁰⁶ *Decision on claimant's proposal to disqualify professor Brigitte Stern, Arbitrator en Tidewater Inc. et al. c. Venezuela (Caso CIADI nº ARB/10/5), de 23/XII/2010; pár. 46.* Sin embargo, unos párrafos más adelante, la mayoría del tribunal justifica la no revelación de la circunstancia denunciada en la particular solicitud recusación –a la sazón, el nombramiento de la recusada por la demandada en otros dos arbitrajes CIADI–, porque dicha falta de revelación había sido «el fruto de un ejercicio honesto de juicio» por su parte, ya que la recusada había creído que, al estar disponible la información en el sitio web del CIADI, no hacía falta su revelación. Este razonamiento no deja de ser contradictorio con lo defendido por la propia mayoría del tribunal, que enuncia una regla general para, a continuación, excepcionarla. Sea como fuere, el criterio del «fruto del ejercicio honesto del juicio» fue adoptado en otras resoluciones posteriores.

⁷⁰⁷ MANTILLA-SERRANO, F.; PINSOLLE, P.; «*La independencia del árbitro y su obligación de revelación*» en *Arbitraje Internacional. Pasado Presente y Futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*; Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2013; pág. 890.

⁷⁰⁸ MANTILLA-SERRANO, F.; PINSOLLE, P.; «*La independencia del árbitro...*»; op. cit., pág. 891.

desconocimiento de los sujetos con los que el bufete mantiene relaciones de tipo profesional. Situaciones similares a esta se podrían encontrar en grandes empresas multinacionales, como por ejemplo bancos o *holdings comerciales*.

Esta circunstancia incide naturalmente en las relaciones en que participan los árbitros, multiplicándolas y multiplicando con ello la posibilidad de que se den en la práctica situaciones comprometedoras desde el punto de vista de la independencia y la imparcialidad. A esta apreciación se podría oponer el hecho de que la ignorancia acerca de tales relaciones excluiría una parcialidad por parte del árbitro; es decir, no cabe esperar que el árbitro decida favorecer o perjudicar a alguien con el que mantiene algún tipo de relación si no es consciente de la existencia de dicha relación. Si bien es cierto que, desde la perspectiva de la parte perjudicada, es comprensible que el hecho de que un árbitro sea miembro de una empresa con relaciones profesionales o intereses de algún tipo en su contraparte, siembre la desconfianza en dicha parte, a pesar de alegar el árbitro implicado su desconocimiento. Por otro lado, hay que tener en cuenta que, a día de hoy, la complejidad de estas situaciones se ve paliada por la facilidad con la que se puede llevar a cabo el deber de investigación echando mano de la tecnología disponible⁷⁰⁹.

Dentro del sistema CIADI ha tenido lugar una polémica discusión en torno a si se puede derivar de las Reglas de Arbitraje la existencia de un deber de investigación por parte de los árbitros a la hora de preparar la revelación. Por un lado, la mayoría del tribunal de *Suez c. Argentina* lo negó: para esta mayoría, el hecho de que la recusada fuese una directiva de un gran banco no le exigía a ésta que llevase a cabo una investigación acerca de las circunstancias comprometidas en que pudiese incurrir, ya que las Reglas de Arbitraje no lo exigen⁷¹⁰.

Por otro lado, este razonamiento fue fuertemente criticado dos años más tarde por el comité de anulación del laudo resultante en *Suez*. Para dicho comité «cualquiera que aspire a una posición de director en un banco internacional de importancia debería entender el posible alcance de los intereses de dicho

⁷⁰⁹ Así lo corroboran MANTILLA-SERRANO y PINSOLLE, al afirmar que «en los grandes despachos de abogados, está (sic) investigación se encuentra facilitada por las herramientas informáticas que proporcionan, no sólo la lista de todos los clientes de dicho despacho, sino también la lista de las compañías vinculadas con dichos clientes». Vid. MANTILLA-SERRANO, F.; PINSOLLE, P.; «*La independencia del árbitro...*», op. cit., pág. 891.

⁷¹⁰ *Decision on a second proposal for the disqualification of a member of the arbitral tribunal* en *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA y Vivendi Universal, SA c. la República Argentina* (Caso CIADI nº ARB/03/19), de 12/V/2008; párrafos 45-47.

banco»⁷¹¹, de manera que debe «realizar un esfuerzo especial para tratar apropiadamente y con mucho cuidado los conflictos que puedan surgir»⁷¹². Esto exigiría que «cualquier árbitro que llegue a ser miembro del directorio de un banco internacional (debe) primero investigar si el banco tiene alguna conexión con alguna de las partes del arbitraje»⁷¹³, ya que «la Regla 6 de las Reglas de Arbitraje [...] requiere una investigación apropiada y adecuada»⁷¹⁴.

Se puede sostener, entonces, que el deber de revelación lleva aparejado un deber de investigación en el sistema CIADI, que es consecuencia lógica de aquél. Un deber, que si bien no debería ser extremadamente exhaustivo, sí se debe cumplir con cautela en aquéllos casos en que el árbitro nombrado forme parte de bufetes o sociedades mercantiles, cuyo tamaño y volumen de negocios provoque que en su seno se produzca un alto número de relaciones e intereses entre sus miembros.

3.4.4.1. Sobre la existencia de un deber de investigación de las partes

Basándose en una sentencia del BGer suizo, dictada en un asunto en que se cuestionaba la imparcialidad de unos árbitros del TAS de Lausana, MANTILLA-SERRANO y PINSOLLE han explorado la posible existencia de un deber de investigación de las partes⁷¹⁵. En tal sentencia, se afirma que las partes, tan pronto como tengan conocimiento del motivo de recusación del árbitro deben hacerlo valer, siendo que ese motivo de recusación puede constituirse en base a lo que efectivamente conozca el recusante, pero también a lo que «podría conocer prestando la atención necesaria»⁷¹⁶.

Nada sobre tal deber de investigación se recoge en el Convenio o las Reglas de Arbitraje CIADI y ni la doctrina ni los tribunales han declarado que su existencia derive de otro principio o norma del sistema CIADI. Además, en *Tidewater* la mayoría del tribunal entendió, con buen criterio, que «en general, considerando el alcance de su deber de revelación, el árbitro no debe confiar en la diligencia debida de los asesores jurídicos de las partes» ya que los árbitros «siempre estarán en la mejor posición para reunir, evaluar y revelar información precisa relevante de cara

⁷¹¹ Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo emitido el 20/VIII/2007 presentada por la República Argentina en el asunto Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal SA c. República Argentina (Caso CIADI nº ARB/97/3), de 10/VIII/2010; pár. 220.

⁷¹² Ídem, pár. 221.

⁷¹³ Ídem, pár. 222.

⁷¹⁴ Ídem, nota al pie 63.

⁷¹⁵ Vid. MANTILLA-SERRANO, F.; PINSOLLE, P.; «*La independencia del árbitro...*», op. cit., pág. 892.

⁷¹⁶ Sentencia 4P.267/2002 del BGer Suizo, 1ª corte civil, de 27/V/2003; considerando 4.2.2.1.

a sus potenciales conflictos»⁷¹⁷. Por todo ello, parece que lo más razonable es excluir la existencia de un tal deber de investigación de las partes en el sistema CIADI.

3.5. Consecuencias de la quiebra del deber de revelación

Varios autores son tajantes a la hora de exigir la imposición de una sanción a una revelación incompleta. Es el caso de MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, quienes defienden que «la omisión del deber de revelación puede constituir una vía franca para exigir la responsabilidad del árbitro»⁷¹⁸. También ALLEN y MALLETT sostienen que la inclusión de sanciones explícitas podría conseguir que los árbitros fuesen más proactivos y exhaustivos a la hora de revelar potenciales conflictos de interés desde el comienzo del procedimiento⁷¹⁹. Por su parte, CLAY sostiene que, en caso de que la revelación defectuosa o incompleta se descubra antes de la emisión del laudo, el árbitro implicado debe ser apartado y, tanto en un caso como en otro, tal árbitro debería afrontar responsabilidad civil⁷²⁰.

Sin embargo, para CLAY es necesario disociar la automaticidad entre árbitro que no revela correctamente y laudo anulable, por cuanto que, «para que el laudo sea anulado, no sólo hace falta que la declaración de independencia sea incompleta, sino también que el laudo aparezca como imparcial»⁷²¹. En un sentido parecido, las *Directrices IBA* establecen que «el solo hecho de que el árbitro no haya revelado ciertos hechos o circunstancias no implica por sí solo que el árbitro deba ser calificado de parcial o falta de independencia: ello dependerá sólo de los hechos o circunstancias que no se revelaron»⁷²².

Los tribunales CIADI que han tenido que pronunciarse sobre este particular han declarado que el mero incumplimiento del deber de revelación no amerita el apartamiento del árbitro implicado. Ello ha sucedido no sólo cuando se ha considerado que el incumplimiento es consecuencia del «honesto ejercicio de la discrecionalidad», o sea, de la buena fe del árbitro implicado, como en *Nations*

⁷¹⁷ *Decision on claimant's proposal to disqualify professor Brigitte Stern, Arbitrator* en *Tidewater Inc. et al. c. Venezuela* (Caso CIADI nº ARB/10/5), de 23/XII/2010; pár. 51.

⁷¹⁸ MERINO MERCHÁN, J.F.; CHILLÓN MEDINA, J.M.; *Tratado de Derecho...*; op. cit., pág. 562.

⁷¹⁹ Vid. ALLEN, N; MALLETT, D.; «*Arbitrator disclosure – no room for colour blind*» en *Asian International Arbitration Journal*, vol 7, núm. 2, 2011; págs. 118-147.

⁷²⁰ CLAY, T.; *L'arbitre...*; op. cit., pág. 339. Este autor afirma que dicha sanción ha sido prevista jurisprudencialmente, tanto en Francia como en Suiza para el caso en que se descubre el quebrantamiento del deber de revelación una vez ya se ha emitido laudo: en el caso francés en la forma de anulación del laudo y en el caso helvético en la de estimación de un recurso de revisión frente al laudo; vid. *ibid.*, pág. 337.

⁷²¹ *Ídem*, pág. 338.

⁷²² IBA; *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014*; pág. 22.

*Energy*⁷²³ o *Total*⁷²⁴, sino también cuando dicha buena fe no se pone de manifiesto, como es el caso de *EDF International*⁷²⁵, *Electrabel*⁷²⁶, *Alpha Projektholding*⁷²⁷ y la primera y cuarta recusaciones de *ConocoPhillips*⁷²⁸. Si bien, en todo caso, como puso por vez primera de relieve la mayoría del tribunal en *Alpha Projektholding*,

«Ciertos hechos o circunstancias son de tal magnitud que una quiebra de su revelación o bien (1) evidenciaría por sí misma una falta de confianza en el ejercicio de un juicio independiente e imparcial por parte de la persona afectada, o bien (2) sería suficiente, en unión con los hechos o circunstancias no revelados, para inclinar la balanza en ese sentido».

Esta postura parece bastante razonable. En todo caso, también sería recomendable que las Reglas de Arbitraje normasen una sanción para la quiebra del deber de revelación. Evidentemente, habrá que sopesar, a la hora de diseñar el sistema sancionador, si esa quiebra es fruto de buena o mala fe; pero en todo caso, la situación actual es que las Reglas de Arbitraje CIADI establecen claramente un deber de revelación cuya violación no parece implicar ninguna sanción, con lo cual se convierte, a la sazón, en un deber inexistente. No se oculta aquí que un mero incumplimiento de este deber, en casos donde no se produzca una efectiva quiebra de la imparcialidad e independencia de los árbitros, no amerita la anulación del laudo, ni quizás tampoco deba ser tenido por sí mismo como un motivo de recusación. En este sentido, la eventual sanción debería ser moderada y no debería, por otro lado, entorpecer el normal transcurso del arbitraje, que sería uno de los efectos de la recusación. Además, la sanción debería ser soportada sólo por el árbitro que no ha cumplido razonable y diligentemente con su deber de revelación, pero no por las partes del arbitraje. A tal fin, la imposibilidad de poder ser nominado en otros tribunales arbitrales CIADI por un determinado período de tiempo parece, quizás, una sanción más apropiada en este sentido.

⁷²³ *Decisión sobre la propuesta de recusación del Dr. Stanimir A. Alexandrov* en el asunto Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc., y Jaime Jurado c. República de Panamá (Caso CIADI nº ARB/06/19), de 7/IX/2011; pág. 76.

⁷²⁴ *Decisión sobre la propuesta de la República Argentina de recusación de la Sra. Teresa Cheng* en Total, SA c. República Argentina (Caso CIADI nº ARB/04/01), de 26/VIII/2015; pág. 141.

⁷²⁵ *Challenge Decision regarding Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler* en EDF International SA, SAUR International SA, León Participaciones Argentinas SA c. República Argentina (Caso CIADI ARB/03/23), de 25/VI/2008; párrafos 98 y 123.

⁷²⁶ *Decision on the claimant's proposal to disqualify a member of the tribunal* en Electrabel SA c. República de Hungría (Caso CIADI nº ARB/07/19), de 25 de febrero de 2008; pág. 43.

⁷²⁷ *Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbowicz* en Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania (Caso CIADI nº ARB/01/16), de 19/III/2010; pág. 64.

⁷²⁸ *Decision on the proposal to disqualify L. Yves Fortier, Q.C., Arbitrator* en ConocoPhillips Company et al. c. República Bolivariana de Venezuela; de 27/II/2012; pág. 60 y *Decision on the proposal to disqualify L. Yves Fortier, Q.C., Arbitrator* en ConocoPhillips Petrozuata B.V. et al. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI nº ARB/07/30), de 26/VII/2016; pág. 12.

4. Los deberes de confidencialidad y transparencia

En 2001, CLAY se refería a la confidencialidad como uno de los «componentes naturales» del arbitraje⁷²⁹. Sin embargo, en los años recientes, dicha confidencialidad se ha ido poniendo en entredicho, especialmente en lo relativo al arbitraje de inversiones, dando pie a su limitación y a la aparición de un nuevo principio, el de transparencia, opuesto en gran medida al de confidencialidad. La postura del sistema CIADI ha sido vacilante en este aspecto y lo cierto es que, a día de hoy, en las Reglas de Arbitraje y en el Convenio conviven preceptos que beben de uno y otro aspecto, dejando normalmente en manos de las partes la determinación de sus límites. Por esta razón, se ha optado por un estudio conjunto de ambos deberes.

4.1. El deber de confidencialidad

A pesar de que no se puede hablar de que el deber de confidencialidad tenga un reconocimiento universal, sí es cierto que está presente en numerosas legislaciones nacionales⁷³⁰ y su presencia es muy marcada en los reglamentos de arbitraje institucionales⁷³¹. Sin embargo, más allá de una mera declaración de su existencia, el alcance y límites de tal deber no aparece, por regla general, desarrollado en dichos instrumentos.

Como apunte previo, se debe hacer una aclaración: el deber de confidencialidad no sólo atañe a los árbitros, sino también a las partes y sus asesores, en relación con la información dada a conocer por sus adversarios. El deber también se extiende a las instituciones de arbitraje y a sus empleados. A

⁷²⁹ Vid. CLAY, T.; *L'arbitre...*; op. cit., pág. 595. En un sentido similar, en un estudio sobre arbitraje interno e internacional español, BARONA VILAR afirma que «A mi parecer, no es necesario [establecer legalmente el deber de confidencialidad] para entender que la no difusión de informaciones aportadas y vertidas a lo largo del arbitraje es un deber ineludible de cuantos participan en él». Vid. BARONA VILAR, S.; «Artículo 24. Principios de igualdad, audiencia y contradicción» en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*; Civitas ediciones, 2004, Madrid; pág. 907.

⁷³⁰ Se puede encontrar, por ejemplo, en el art. 24.2 de la LA España, el art. 51.1 del DLArb de Perú o el art. 42 de la LAC de Venezuela, todas ellas basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI. Pero también se puede encontrar en el art. 1464.IV del NCPC francés, que no está basado en dicha Ley Modelo.

⁷³¹ Es el caso del artículo 44 del Reglamento de arbitraje de la Institución Alemana de Arbitraje –por sus siglas en alemán, DIS–, del art. 6 del Estatuto de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, del art. 44 del Reglamento de Arbitraje de la HKIAC, del art. 49 del Reglamento de arbitraje de la CAM o del art. 46 del Reglamento de arbitraje de la CCE.

pesar de ello, este trabajo se centrará solamente en el deber de confidencialidad que pesa sobre los árbitros⁷³², en atención al objetivo de la presente investigación.

4.1.1. Contenido general

Un esbozo del contenido de dicho deber ha sido expuesto por CLAY, quien apunta a que, en cuanto al límite temporal del deber, éste se extiende no sólo durante todo el arbitraje, sino aún después de terminado y, además, en determinados casos, puede que la vigencia temporal de la confidencialidad se adelante incluso a la aceptación del nombramiento⁷³³. En cuanto al alcance objetivo de la confidencialidad, JIMÉNEZ-BLANCO afirma que el objeto de la confidencialidad se extiende a a) la existencia misma del arbitraje y en consecuencia los datos concernientes a los detalles de la disputa: las partes, las acciones ejercidas, las peticiones de las partes, la existencia de reconvenición, la composición del tribunal arbitral, de la identidad de los abogados, de los testigos y peritos; b) los documentos que pueden obrar en el arbitraje -los escritos de las partes, las decisiones del tribunal, los documentos aportados por las partes, los informes periciales o cualesquiera otras pruebas-; c) las audiencias de celebración de prueba y en su caso de conclusiones; d) las deliberaciones del tribunal arbitral; e) el laudo, hasta su comunicación a las «[p]artes y respecto de terceros, más allá de esa comunicación a las partes. Ello no obstante, determinados laudos pueden resultar publicados conforme a su normativa aplicable»⁷³⁴.

En cuanto a la confidencialidad de las audiencias, cabe resaltar que, para hacerla efectiva, CLAY considera que es necesario revestir a los árbitros de la potestad de impedir el acceso de terceros a las mismas, salvo si existiese acuerdo de las partes en cuanto a su publicidad⁷³⁵. La eventual existencia de un acuerdo entre las partes en cuanto a la publicidad de las deliberaciones sí parece más problemática a la hora de ser aplicada, por cuanto que pesaría una prohibición insalvable de revelar el contenido de las mismas⁷³⁶; una prohibición que, se sostiene aquí, no deriva del acuerdo de las partes, sino más bien de una necesidad

⁷³² En palabras de JIMÉNEZ-BLANCO, «El árbitro o el tribunal arbitral es la categoría que probablemente se asuma en mayor medida que está vinculada por una obligación de confidencialidad»; en JIMÉNEZ-BLANCO, G.; «Confidencialidad en el arbitraje» en *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*; vol. VIII, núm. 3º, 2015; pág. 741.

⁷³³ CLAY, T.; *L'arbitre...*; op. cit., pág. 597.

⁷³⁴ Vid. JIMÉNEZ-BLANCO, G.; «Confidencialidad en el arbitraje...»; op. cit., pág. 742. Por su parte, CLAY incluye tanto los documentos presentados por las partes, como el contenido de las audiencias entre el tribunal y las partes y, naturalmente, las deliberaciones del tribunal arbitral. CLAY, T.; *L'arbitre...*; op. cit., pág., 599.

⁷³⁵ CLAY, T.; *L'arbitre...*; op. cit., pág. 600.

⁷³⁶ Ídem.

de orden público⁷³⁷, ya que, sin tal prohibición, la finalidad del arbitraje, en tanto que método heterocompositivo de solución de controversias, podría resultar gravemente dañada, por ejemplo en el caso de que, con ocasión del conocimiento de las posturas defendidas por los miembros del tribunal, se les vitupere con el objetivo de erosionar la *auctoritas* de la formación de árbitros, o de aplacar su imparcialidad, en uno y otro caso, atacando a la efectividad del procedimiento. Además, en el caso de que un árbitro adelante el sentido del fallo a una de las partes, se podría estar quebrando la igualdad de trato de los litigantes, lo que podría redundar, incluso, en un grave perjuicio económico a uno de ellos, si, por ejemplo, la parte condenada alza sus bienes o si, por ejemplo, terceras personas evitan pérdidas patrimoniales derivadas de una previsible merma en la cotización de las acciones de la condenada, al venderlas antes del conocimiento público del fallo.

A pesar de ello, CLAY enumera una serie de supuestos en que no se produciría la quiebra del deber de mantener en secreto las deliberaciones, como la emisión de un voto particular disidente, la falta de firma de algún árbitro o la indicación de que el laudo no haya sido emitido por la mayoría del tribunal o por unanimidad⁷³⁸. Todos ellos se antojan excepciones legítimas a tal deber, que se justifican también por un equilibrado balance entre las exigencias de orden público y los intereses de las partes en verificar que sus posiciones fueron tenidas en cuenta por el tribunal.

Una situación complicada es aquélla en que, con ocasión del desarrollo de su obligación profesional, el árbitro adquiere conocimiento de la comisión de hechos delictivos o ilícitos por parte de los litigantes, planteándose entonces el dilema

⁷³⁷ La confidencialidad de las deliberaciones viene también sancionada para el caso de la jurisdicción, por ejemplo, para el caso español, vid. art. 233 LOPJ, si bien se puede afirmar que es la tónica general en la gran mayoría de sistemas judiciales estatales. Sin embargo, no parece que se pueda hablar de universalidad en este particular. Por un lado, NADELMANN ha referido que, en Derecho histórico, la publicidad de las deliberaciones ha sido una nota común a varios tribunales en distintos puntos de Europa. Por otro lado, la publicidad de las deliberaciones aún subsiste en algún tribunal, caso, por ejemplo, del Tribunal de las Aguas de Valencia, un tribunal consuetudinario español, de los protegidos por el art. 125 CE, pero también se da en la jurisdicción ordinaria de algún país, como es el caso del Supremo Tribunal Federal y del Tribunal Superior do Trabalho, de Brasil, cuyas deliberaciones son dadas a conocer al público vía internet mediante conexiones en directo. Finalmente, se ha indicado que, recientemente, el Presidente del Tribunal Supremo de Winsconsin en EEUU ha planteado tal posibilidad. Vid. NADELMANN, K.H.; «*The Judicial Dissent...*»; op. cit., 1959. Asimismo, vid. ARMENGOT VILAPLANA, A.; «*Los principios del procedimiento ante el Tribunal de las Aguas de Valencia*» en BONET NAVARRO, J. (dir.); *El Tribunal de las Aguas de Valencia. Claves jurídicas*; Institució Alfons el Magnànim-Diputació de Valencia; Valencia, 2014; pág. 320. En cuanto a la propuesta del Presidente del TS de Winsconsin, vid. OLDFATHER, C.M.; «*The Prospect of Open Deliberations in the Winsconsin Supreme Court*» en *Judicature*, vol. 95, núm 2, 2011; págs. 94 y 95. Por último, si se desea acceder al contenido videográfico de las deliberaciones del STF y del TST brasileños, éstas se pueden encontrar en línea en el siguiente enlace: <https://www.youtube.com/channel/UCsW4QSB1USsu9ouuFUWe4Iw>; consultado el 01/X/2018.

⁷³⁸ CLAY, T.; *L'arbitre...*; op. cit., pág. 601.

para los árbitros entre dar a conocer tales hechos a las autoridades o atenerse al deber de secreto profesional. Para CREMADES y CAIRNS, los tribunales arbitrales deberían investigar cuestiones de cohecho, blanqueo de capitales o fraude grave siempre que sean puestas de manifiesto ante el tribunal e independientemente del deseo de las partes, y deberían, además, recoger sus conclusiones en el laudo⁷³⁹. A la misma conclusión llega LLAMZON, para quien existe una obligación por parte de los tribunales en tal sentido, ya que los árbitros CIADI no sólo tienen obligaciones hacia las partes, sino también hacia la población del Estado parte y hacia la comunidad internacional⁷⁴⁰. Con todo, a pesar de que esta postura parece más que razonable, no se debe olvidar que una investigación por parte de los tribunales arbitrales CIADI, cuando se tiene noticia de un hecho con relevancia penal, debería ser extremadamente cautelosa a la hora de evitar invadir competencias propias de las jurisdicciones penales estatales⁷⁴¹.

Finalmente, en cuanto a la naturaleza del deber de confidencialidad en los ordenamientos jurídicos estatales, se debe diferenciar entre el deber de confidencialidad precontractual y el postcontractual. En el primer caso, es decir, cuando aún no se ha hecho efectivo el nombramiento del árbitro, pero sí se han iniciado las negociaciones tendentes a tal nombramiento, la naturaleza del deber es legal y derivaría, por un lado, de lo estipulado en las leyes reguladoras del arbitraje y, por otro, de la regulación penal de su contravención. En el caso de

⁷³⁹ Vid. CREMADES, B.; CAIRNS, D.J.A.; «*Trans-national public policy in international arbitral decision-making: the cases of bribery, money-laundering and fraud*» en KARSTEN, K.; BERKELEY, A. (Eds.); *Arbitration – Money Laundering, Corruption and Fraud*; ICC Publishing, París, 2003; pág. 65-92. Por su parte, entiende CLAY que en los casos más graves se produciría una pérdida de la causa del contrato de arbitraje entre las partes y el árbitro. Vid. CLAY, T.; *L'arbitre...*; op. cit., pág. 598. Se ha de entender que tal pérdida de causa permitiría la revelación de tales hechos a las autoridades.

⁷⁴⁰ Vid. LLAMZON, A.P.; *Corruption in international investment arbitration*; Oxford University Press, Oxford, 2014; págs. 226-228.

⁷⁴¹ Por supuesto, se podría plantear el problema de qué hacer cuando las autoridades nacionales competentes no investigan tales hechos o los investigan de forma fraudulenta. Puede resultar útil en tal sentido recordar los supuestos de admisibilidad de un asunto ante el TPI cuando existe un conflicto con la jurisdicción estatal. En efecto, el artículo 17 ETPI reza: «el TPI teniendo [...] resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo».

Ante tales casos, por lo tanto, la obligación de investigar los hechos delictivos por parte del tribunal arbitral CIADI puede tener sentido. No obstante, de manera obvia existiría un límite insalvable, consistente en que en ningún caso podría el tribunal arbitral aplicar la ley penal del Estado de que se trate.

España, se trataría del artículo 24.2 de la LA y del art. 199.2 del CP. En el segundo caso, es decir, cuando ya se ha perfeccionado el contrato de arbitraje, la obligación no es sólo de naturaleza legal, sino también contractual; de manera que su quiebra supondría también una sanción de tipo indemnizatoria por incumplimiento contractual.

4.1.2. La confidencialidad en el sistema CIADI

Las Reglas de Arbitraje CIADI imponen un claro deber de confidencialidad a los árbitros. A dicho deber se comprometen éstos en el mismo instante en que aceptan su nombramiento⁷⁴², por cuanto que la Regla de arbitraje 6.2 dispone que

«En la primera sesión del Tribunal o antes, cada árbitro firmará una declaración cuyo texto será el siguiente [...] “me comprometo a mantener con carácter confidencial toda la información que llegue a mi conocimiento⁷⁴³ a consecuencia de mi participación en este proceso, así como del contenido de cualquier laudo que este Tribunal dicte”».

Más allá de este compromiso, las Reglas de Arbitraje regulan ámbitos específicos de confidencialidad. Es el caso de la Regla 15, que se ocupa de declarar el secreto de las deliberaciones:

«1. Las deliberaciones del Tribunal se realizarán en privado y permanecerán secretas.
2. Sólo los miembros del Tribunal tomarán parte en sus deliberaciones. Ninguna otra persona será admitida a menos que el Tribunal decida otra cosa»

Para WEBSTER, la obligación impuesta por la Regla 15 se mantiene incluso allí donde las partes acuerdan renunciar a la confidencialidad del procedimiento⁷⁴⁴. Una observación que parece acertada, si se tiene en cuenta que, como se defendió más arriba, la naturaleza del deber de confidencialidad de las deliberaciones es de orden público y no convencional. Por lo demás, el citado autor entiende que las consecuencias de esta Regla serían, por un lado, que los votos particulares no deben tratar en detalle las deliberaciones del tribunal, si bien es cierto que, cuando se rompe el principio de colegialidad –por ejemplo, cuando una decisión no fuese consultada con alguno de los miembros del tribunal arbitral-, entiende que la objeción a dicha ruptura se puede incluir en el voto particular⁷⁴⁵. También

⁷⁴² Para WEBSTER, se trata de una condición de aceptación del nombramiento como árbitro, lo cual, a buen entender, significa que la aceptación del compromiso es innegociable. Vid. WEBSTER, T.H.; *Handbook...*; op. cit., pág. 392.

⁷⁴³ Sin embargo, entiende WEBSTER que esta cláusula no abarca aquéllas informaciones que sean de conocimiento público. Vid. WEBSTER, T.H.; *Handbook...*; op. cit., pág. 392.

⁷⁴⁴ Ídem, pág. 393.

⁷⁴⁵ Ídem.

quebraría la prohibición de mantener en secreto las deliberaciones el hecho de que un miembro del tribunal comentase con una parte o con un tercero interesado lo debatido en una deliberación⁷⁴⁶. Ambas proposiciones se antojan acertadas.

Por otro lado, debe advertirse que la Regla 15.2 permite que el tribunal deje de estar presente en las deliberaciones a terceras personas. En tal caso, WEBSTER entiende, con buen criterio, que tales personas no deben tomar parte en las deliberaciones, siendo que dicha Regla estaría pensada, especialmente, para los secretarios de los tribunales, que llevan a cabo una labor de apoyo a aquéllos⁷⁴⁷.

Además, la Regla 48.4 establece que «el Centro no publicará el laudo sin el consentimiento de las partes. Sin embargo, el Centro deberá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del Tribunal», lo que viene a apuntalar el principio según el cual los laudos deben permanecer secretos, a menos que las partes acuerden lo contrario⁷⁴⁸. Se trata de un calco de lo dispuesto en el artículo 48.5 del Convenio, según el cual el Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes, lo que refuerza esta disposición, blindándola frente a posibles reformas de las Reglas de Arbitraje. Según SCHREUER, esta prohibición de publicar los laudos se debe hacer extensiva a todo tipo de documentos emitidos por el tribunal arbitral, lo cual constituye, por lo demás, la práctica habitual del CIADI⁷⁴⁹. Con todo, se considera que esta solución es controvertida, por cuanto que obvia la tensión existente dentro del sistema CIADI entre un modelo de confidencialidad influido por el del arbitraje comercial internacional –pensado para litigios sobre cuestiones mercantiles entre partes privadas- y los asuntos que se ventilan ante el Centro, que suelen afectar a las políticas públicas de los Estados, es decir, se trata de litigios que presentan un interés público.

Finalmente, se puede afirmar que la confidencialidad es más tenue en lo que hace a las actuaciones orales, otorgando la Regla 32.2 a los miembros del Tribunal la facultad decisoria en cuanto a la publicidad de las mismas. Si bien se debe tener en cuenta que las partes tienen un poder de veto sobre este particular, como

⁷⁴⁶ Ídem, pág. 433.

⁷⁴⁷ Ídem, pág. 434.

⁷⁴⁸ La regulación de la publicación de los laudos viene contenida en la Regla 22 del Reglamento Administrativo y Financiero del Centro, que atribuye la responsabilidad de la publicación al Secretario General.

⁷⁴⁹ SCHREUER, C.H.; *The ICSID Convention...*; op. cit., pág. 838. Lo sugerido por este autor también coincide con lo dispuesto en la Regla 22 del Reglamento Administrativo y Financiero, según el cual –y leído *a contrario sensu*-, las partes deben consentir la publicación de «las actas y demás actuaciones del procedimiento».

puntualiza tal Regla⁷⁵⁰. Nótese que se puede dar el caso, del todo paradójico, en que el tribunal decida sobre la publicidad de todo o parte de las vistas, a la vez que el laudo podría permanecer confidencial, por voluntad de las partes.

4.2. El deber de transparencia

La puesta en cuestión del carácter absoluto del deber de confidencialidad fue realizada ya, en 1995, por el HCA de Australia en el asunto *Esso/BHP c. Plowman*, en donde la mayoría del tribunal negó que fuese posible alcanzar la completa confidencialidad de los procedimientos arbitrales. Las razones que obstaban a tal carácter absoluto eran varias. Como el hecho de que los testigos no quedarían obligados por tal deber, o que en diversas situaciones el laudo tendría que ser revelado ante un tribunal ordinario –por ejemplo, si la parte vencedora instaba su ejecución forzosa- o, finalmente, que existían otras circunstancias en las cuales una parte podría verse autorizada a revelar a terceras partes la existencia del arbitraje y del laudo –por ejemplo, cuando una autoridad pública competente exija a una empresa estatal bajo su control que le revele un documento que ésta ha obtenido a través de un arbitraje; que, por lo demás, era el escenario que se planteaba en autos⁷⁵¹. En cualquier caso, la mayoría del tribunal estableció, *óbiter dicta*, que las

⁷⁵⁰ Si la redacción actual de dicha Regla es «Salvo objeción de alguna de las partes, el Tribunal, tras consultar con el Secretario General, podrá permitir, sujeto a los arreglos logísticos pertinentes, que otras personas, además de las partes [...] asistan a la totalidad o parte de las audiencias o las observen...» antes de la reforma de 2006, la dicción era «El Tribunal decidirá, con el consentimiento de las partes, cuales otras personas pueden asistir a las audiencias, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal». Como se puede apreciar, la modificación puede calificarse de meramente cosmética, por cuanto que, al fin y al cabo, las partes pueden vetar la decisión del Tribunal. Ello a pesar de que en el debate acerca de la reforma necesaria, se veía necesario acabar con tal poder de veto de las partes, por ejemplo, en se decía que la Regla 32.2 «debería ser enmendada para que no fuese necesario conseguir el consentimiento de ambas partes para que el Tribunal pueda permitir la asistencia de ciertas categorías de personas e, incluso, que las declare abiertas al público. Tales enmiendas, deberían requerir al tribunal, antes de tomar su decisión, a tener en consideración el punto de vista de las partes». Vid. ICSID SECRETARIAT; «Possible improvements of the Framework for ICSID Arbitration (Discussion Paper)»; 22/X/2004; pág. 12.

Incluso la redacción que se propuso para la reforma de dicha Regla era totalmente diferente a la que finalmente se le dio. Así, en el documento de trabajo intitulado *Suggested changes to the ICSID Rules and Regulations* se establecía la siguiente propuesta: «Tras consultarlo con el Secretario General y con las partes en la medida de lo posible, el Tribunal podrá permitir a otras personas, además de las partes, sus agentes y abogados, testigos y peritos durante la testifical y los funcionarios del Centro, asistir u observar todo o parte de las actuaciones orales...». Vid. ICSID SECRETARIAT; «Suggested changes to the ICSID Rules and Regulations»; 12/V/2005; pág. 10.

⁷⁵¹ Más supuestos se podrían recoger aquí: por ejemplo, JIMÉNEZ-BLANCO cita al artículo 82 de la Ley del Mercado de Valores, hoy ya derogado, pero que subsiste, en cierta forma en el art. 32 del

consideraciones de interés público adquieren especial significancia en el contexto de arbitrajes en el que una parte es un Estado⁷⁵². Y la relevancia de esta consideración es patente.

En 2005, diez años después de la emisión de la conocida sentencia del HCA de Australia, VAN HARTEN ponía de manifiesto dos cuestiones relativas al arbitraje de inversiones; a saber: que la estructura jurídica del arbitraje de inversiones había sido construida sobre el modelo del arbitraje comercial internacional⁷⁵³, que era un mecanismo de resolución de conflictos propios del Derecho privado, y que esta circunstancia minaba la independencia, apertura y rendición de cuentas del modelo de arbitraje de inversiones⁷⁵⁴, una modalidad de arbitraje que no aplica Derecho privado, sino más bien internacional público, en litigios en los que los intereses públicos son, en palabras de IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, «incuestionables»⁷⁵⁵.

Para este último autor, «la preocupación que provoca someter ciertas materias al control arbitral [...] se ve acrecentada [...] en procedimientos secretos no abiertos a la participación de terceros interesados y [en los que] las decisiones de los tribunales no están sujetas a la obligación de la publicación»⁷⁵⁶. La apuesta, en 2008, de IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA era la de aumentar la transparencia del arbitraje de inversiones, lo que contribuiría a que la sociedad civil pudiera «[ejercer] un control sobre la actuación de los tribunales arbitrales»⁷⁵⁷. Esta preocupación se convirtió en lo que FERNÁNDEZ MASÍA calificó como «una de las mayores críticas con las que se enfrenta el arbitraje internacional, y más en

Real Decreto-ley 21/2017, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia del mercado de valores; según el cual «Cuando corresponda, los organismos rectores de un SMN y SOC deberán proporcionar, o en su caso, asegurarse de que existe información públicamente disponible que permita que los usuarios puedan formarse una opinión sobre los instrumentos negociados...», de forma que las sociedades cotizadas tendrían la obligación de dar a conocer la información relevante que pueda influir en la cotización de un instrumento financiero. Este ejemplo parece de especial relevancia para el arbitraje de inversiones, en el cual la parte actora acostumbra a ser una sociedad de capital. Vid. JIMÉNEZ-BLANCO, G.; «Confidencialidad en el arbitraje...»; op. cit., pág. 745.

⁷⁵² Vid. *Esso/BHP v. Plowman* [1995], HCA. Resulta también de interés el análisis de esta sentencia en PRYLES, M.; «Confidentiality» en *Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*; Newman & Hill, Juris Publishing, 2004, Nueva York; págs. 415-427.

⁷⁵³ VAN HARTEN, G.; *The Emerging System of International Investment Arbitration*; ProQuest LLC, Ann Arbor, 2005; pág. 66.

⁷⁵⁴ Ídem, pág. 186.

⁷⁵⁵ IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, I.; «Atenuación de los rasgos de confidencialidad y privacidad del arbitraje de inversión» en *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*; vol. I, nº 1, 2008; pág. 142.

⁷⁵⁶ Ídem, pág. 145

⁷⁵⁷ Ídem, pág. 146

concreto cuando se trata de resolver las controversias entre Estados y particulares en materia de inversiones»⁷⁵⁸.

4.2.1. Contenido general del deber en el arbitraje de inversiones

Para paliar esta situación, la CNUDMI promulgó el 16 de diciembre de 2013 el Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado –de ahora en adelante, *Reglamento sobre Transparencia CNUDMI*. En síntesis, dicho Reglamento prevé la atribución de amplias facultades al tribunal arbitral para que permitan la presentación de escritos por terceros particulares no litigantes, es decir, por parte de *amicus curiae* (art. 4), lo cual es una reivindicación tradicional de quienes defienden un aumento de la transparencia en el arbitraje inversor-Estado. Además, se prevé la publicación en un archivo a cargo del Secr. Gral. de la ONU (art. 8) de información, al inicio del procedimiento arbitral, relativa al nombre de las partes litigantes, el sector económico afectado y el tratado en virtud del cual se formula la demanda (art. 2), la publicación de la notificación de arbitraje, el escrito de demanda y el de contestación, una lista de todas las pruebas, escritos presentados por terceros, las transcripciones de las audiencias y las órdenes procesales, decisiones y laudos del tribunal arbitral (art. 3), la posibilidad, para otros Estados parte en el TBI o TMI, de presentar escritos sobre cuestiones relativas a la interpretación del tratado (art.5) y la publicidad de las audiencias (art. 5). Siendo que, en todos los casos, el tribunal goza de amplios poderes para declarar como confidencial o protegida determinada información, impidiendo así su publicación (art. 7) y para modular el alcance del resto de las medidas descritas, con el objetivo de evitar que se perturbe o dificulte innecesariamente el procedimiento (arts. 4.5 y 5.4) o «por motivos logísticos» (art. 6.3).

El Reglamento sobre Transparencia CNUDMI está pensado para ser aplicado a los arbitrajes de inversiones que se desarrollen según el Reglamento de Arbitraje CNUDMI, al calor de TBI aprobados el 1 de abril de 2014 o después de esa fecha (art. 1.1). Sin embargo, se prevé que las partes del litigio –esto es, el Estado y el inversor extranjero- o del tratado –esto es, los Estados firmantes del TBI- acuerden su aplicación con carácter retroactivo (art. 1.2); además, se permite su aplicación en arbitrajes que se sigan ante otro tipo de Reglamentos (art. 1.9), lo que incluiría

⁷⁵⁸ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.; «¿Es compatible la confidencialidad con el arbitraje en inversiones extranjeras? Hacia una mayor transparencia y participación de terceros en los procedimientos arbitrales inversor-Estado» en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*; Vol. 19, nº 1, 2007; pág. 2.

al CIADI, cuando las partes así lo convinieran. Si bien en ese caso, se dispone que el Reglamento de Transparencia prevalecería sobre las Reglas de Arbitraje CIADI, aunque no sobre el TBI correspondiente (art. 1.8).

Con el ánimo de extender la aplicación del Reglamento, se promulgó la Convención de la ONU sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado⁷⁵⁹ -de ahora en adelante, *Convención sobre Transparencia*-, que entró en vigor el 18 de octubre de 2017, tras haber sido ratificada por tres Estados: Mauricio, Canadá y Suiza. La Convención establece básicamente dos vías de aplicación del Reglamento sobre Transparencia CNUDMI.

La primera, intitulada «aplicación bilateral o multilateral», está pensada para aquéllos casos en que los dos estados parte en el TBI o en el TMI del que surge el arbitraje inversor-Estado hayan ratificado la Convención sobre Transparencia. En estos casos, es suficiente con que ambos estados no hayan formulado reservas a la aplicación de la Convención para que el Reglamento sobre Transparencia se aplique, con independencia del Reglamento de Arbitraje seguido en el caso concreto (art. 2.1). La segunda vía de aplicación, denominada «oferta unilateral de aplicación», ha sido ideada para las situaciones en que el Estado demandado es parte de la Convención, pero no el Estado del cual es nacional el demandante. Como es natural en estos casos, la aplicación del Reglamento sobre Transparencia CNUDMI no es automática, sino que exige el consentimiento por parte del demandante (art. 2.2).

El balance del Reglamento sobre Transparencia CNUDMI ha de ser indudablemente positivo: aborda todos los puntos críticos del procedimiento que se han puesto sobre la mesa como necesitados de mayor transparencia, a la vez que permite una amplia adaptación a cada caso concreto, otorgando, para ello, extensas facultades al tribunal arbitral, el cual, asimismo, se ve obligado a velar por la aplicación del Reglamento. Además, se cuida con encomiable delicadeza la garantía de los principios de igualdad de armas y de contradicción y se establecen

⁷⁵⁹ También conocida de manera informal como la *Convención de Mauricio*, por haber sido éste el Estado que acogió la celebración de su firma el 10 de diciembre de 2014. Hasta el momento, 23 Estados han firmado la Convención: Australia, Alemania, Bélgica, Benín, Bolivia, Camerún, Canadá, Congo, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Gabón, Gambia, Iraq, Italia, Luxemburgo, Madagascar, Mauricio, Países Bajos, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Árabe Siria, Suecia y Suiza. Aparte de todos estos estados, el 29 de enero de 2015, se emitió desde la Unión Europea una propuesta de decisión del Consejo Europeo que le autorizaba a la firma de la Convención; firma que no aparece registrada a día de hoy en la web de la CNUDMI. Vid. Disponible *online* en el siguiente enlace: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html, consultado el 01/X/2018.

mecanismos razonables para proteger adecuadamente las informaciones confidenciales.

El punto débil de dicho Reglamento es, sin duda, la dificultad de su aplicación: especialmente en lo que concierne a su limitación temporal, lo que puede implicar que su aplicación quede reducida en la práctica. Por su parte, la Convención sobre Transparencia resolvería perfectamente el impase causado por la vigencia temporal del Reglamento, aunque el hecho de que tan sólo tres Estados lo hayan ratificado a día de hoy, siembra dudas acerca de su futura eficacia. Dudas que sólo se podrán despejar con el transcurso del tiempo.

4.2.2. La transparencia en el sistema CIADI

Tras la publicación de los documentos de trabajo con las propuestas de modificación de las Reglas de Arbitraje CIADI en 2004, una ola de optimismo pareció calar en parte de la doctrina, que vio en tales propuestas una oportunidad para cimentar un nuevo marco jurídico que asegurase un cierto estándar de transparencia en el arbitraje CIADI⁷⁶⁰. Sin embargo, como ya se tuvo oportunidad de referir, la reforma llevada a cabo en 2006 resultó, finalmente, muy limitada, lo cual contrastaba con la ambición de la propuesta del Secretariado reflejada en tales documentos de trabajo.

De esta manera, a falta de un instrumento homólogo al Reglamento de Transparencia CNUDMI, en el sistema CIADI no existe ninguna norma jurídica que regule un cierto estándar de transparencia. Las partes en el litigio o los estados parte en el TBI o TMI podrían aplicar el propio Reglamento de la CNUDMI, si bien esta posibilidad no ha tenido lugar a día de hoy. Por otro lado, existe una tendencia en ciertos TMI y TBI de incluir regulaciones sobre la transparencia de los arbitrajes inversor-estado surgidos a su abrigo. Este es el caso, por ejemplo, del CAFTA-DR⁷⁶¹, de los TBIs entre Canadá y Eslovaquia⁷⁶², entre Canadá y Perú⁷⁶³, entre Canadá y Rumanía⁷⁶⁴ y entre Canadá y los Estados Unidos de América⁷⁶⁵.

⁷⁶⁰ Ejemplos de ese optimismo se pueden encontrar en FERNÁNDEZ MASIÁ, E.; «¿Es compatible...; especialmente en págs. 9-11. Y en MANN, H.; COSBEY, A.; PETERSON, L.; VON MOLTKE, K; «Comments on ICSID Discussion Paper "Possible improvements of the framework for ICSID arbitration"»; International Institute for Sustainable Development, diciembre de 2004.

⁷⁶¹ Vid. Art. 10.21 del CAFTA-DR. Dicho artículo fue aplicado en el arbitraje CIADI nº ARB/10/23 entre Teco Guatemala Holdings, LLP c. Guatemala (comité de anulación); vid. *Resolución procesal nº 1*, de 1 de agosto de 2014, pár. 19.

⁷⁶² Vid. Anexo B. Dicho anexo fue aplicado en el arbitraje CIADI nº ARB/14/14 entre EuroGas Inc. y Belmont Resources Inc. c. República Eslovaca; vid. *Resolución procesal nº 2*, de 16 de abril de 2015.

Pero más allá de las soluciones particulares que ciertos estados puedan prever para sus arbitrajes inversor-estado ante el CIADI, se puede afirmar que existe una necesidad de abordar este problema desde un nivel global. Una necesidad que viene impuesta por la creciente preocupación en cuanto a la opacidad de los tribunales CIADI, circunstancia más que criticable si se toma en cuenta la potestad que tienen estos tribunales de decidir en asuntos de un altísimo interés público⁷⁶⁶. Por ello, la propuesta fallida de 2006 resulta, bajo este prisma, más que sensata y su abandono, inexplicable. Sea como fuere, los litigantes particulares han podido llegar a acuerdos en cuanto a la transparencia en no pocas ocasiones, acuerdos que vinculan, como es lógico, a los tribunales CIADI.

4.2.3. Acuerdos de transparencia y confidencialidad en el arbitraje CIADI

Los acuerdos de transparencia y confidencialidad son perfeccionados por las partes al comienzo de cada arbitraje y suelen cristalizarse en la primera resolución procesal del tribunal. Los elementos que, normalmente, vienen regulados en tales resoluciones procesales suelen ser múltiples: la lengua del arbitraje, el lugar del arbitraje, las reglas aplicables, los miembros del tribunal y sus honorarios, la transcripción de las audiencias, el calendario procesal, la atribución de la facultad para establecer plazos o la publicación de documentos del arbitraje, entre otros.

En cuanto al contenido de la regulación de la publicación de documentos, suelen darse cuatro posibilidades: que las partes acuerden publicar íntegramente el laudo, las resoluciones y las decisiones del tribunal⁷⁶⁷; que la publicación de

⁷⁶³ Vid. Art. 835. Este artículo fue aplicado en el arbitraje CIADI n° ARB/14/21 entre Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú; vid. *Resolución procesal n° 1*, de 27 de enero de 2015; pár. 24.

⁷⁶⁴ Vid. Anexo C. Tal anexo se aplicó en el arbitraje CIADI n° ARB/15/31 entre Gabriel Resources Ltd. c. Rumanía; vid. *Procedural order n° 1*, de 26 de agosto de 2016, pár. 23.

⁷⁶⁵ Vid. Art. 10.21. Dicho artículo fue incorporado al arbitraje CIADI n° ARB/16/34 entre Bridgestone Licensing Services y la República de Panamá; vid. *Resolución procesal n° 1*, de 11 de julio de 2017; pár. 27.

⁷⁶⁶ En tal sentido, vid. HORODYSKI, D.; «*Democratic deficit of investment arbitration in the view of Rules on Transparency and Mauritius Convention on Transparency*» en *US-China Law Review*; vol. 13, 2016; págs. 160-173 (en especial, págs. 163-163); EBERHARDT, P.; OLIVET, C.; *Profiting...*; op. cit., pág. 9; EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE (PARLAMENTO EUROPEO); «*Investor-State Dispute Settlement (ISDS). State of play and prospects for reform*»; Bruselas, 2014; pág. 4.

⁷⁶⁷ El texto normal de las cláusulas de este tipo es: «Las partes otorgan su consentimiento a la publicación del laudo y de cualquier resolución o decisión expedida en el presente procedimiento, por el CIADI». Tales son los casos, por ejemplo, de Raymond Charles Eyre c. Sri Lanka (caso CIADI n° ARB/16/25), vid. *Procedural Order n. 1*, de 1/VI/2017, pár. 23; Abertis Infraestructuras c. Argentina (caso CIADI ARB/15/48), vid. *Resolución procesal n. 1*, de 11/X/ 2016, pár. 23; Standard

tales documentos sea sujeta a una «edición» previa de sus textos⁷⁶⁸; que se remita la regulación a lo dispuesto en un TBI o un TMI⁷⁶⁹; o, finalmente, que se acuerde la confidencialidad absoluta del arbitraje⁷⁷⁰. En cuanto a esto, se podría afirmar que los efectos de acordar la publicación de todo tipo de resoluciones procesales, de decisiones y del laudo deberían ser iguales a los efectos de acordar la publicación de los mismos reservándose las partes la facultad de editar los textos. Tal edición vendría referida a datos o informaciones recogidos en las resoluciones del tribunal arbitral, pero provenientes de documentos confidenciales aportados por las partes; siendo que autorizar a publicar las resoluciones del tribunal arbitral –e, incluso los documentos no confidenciales aportados por las partes– no puede equivaler a autorizar a publicar el texto de información confidencial, con lo cual la facultad de eliminar los pasajes que incluyan dicha información se debe entender que es irrenunciable para las partes.

Chartered Bank (Hong Kong) Ltd. c. República Unida de Tanzania (caso CIADI ARB/15/41), vid. *Procedural order n. 2*, de 11/X/2016, párr. 23; Cortec Mining Kenya Ltd. et al. c. Kenia (caso CIADI ARB/15/29), vid. *Procedural order n. 1*, de 29/III/2016, párr. 23; ACP Axos Capital GmbH c. Kosovo (caso CIADI ARB/15/22), vid. *Procedural order n. 1*, de 10/II/2016, párr. 23; Menzies Middle East Africa S.L. c. Senegal (caso CIADI ARB/15/21), vid. *Procedural order n. 1*, de 30/X/2015, párr. 24; Poštová banka a.s. et al. c. República Helénica (caso CIADI ARB/13/8), vid. *Procedural order n. 1*, de 20/XII/2012, párr. 23; Churchill Mining PLC c. Indonesia (caso CIADI ARB/12/14), vid. *Procedural order n. 1*, de 6/XII/2012, párr. 19; Adel A. Hamadi Al Tamimi c. Sultanato de Omán (caso CIADI ARB/11/33), vid. *Procedural order n. 1*, de 13/VII/2012, párr. 19 y International Quantum Resources et al. c. República Democrática del Congo (caso CIADI ARB/10/21), vid. *Ordonnance de Procédure n. 2*, de 6/X/2011, párr. 19

⁷⁶⁸ La redacción de estas cláusulas acostumbra a ser del tipo: «las partes consientes la publicación del laudo, resoluciones procesales y decisiones de este tribunal, sujetas la edición del texto continente de información confidencial». Se puede encontrar esta cláusula en United Utilities (Tallin) B.V. et al. c. Estonia (caso CIADI ARB/14/24), vid. *Procedural Order n. 1*, de 5/VI/2015, párr. 23. Una redacción similar puede encontrarse en Global Telecom Holding S.A.E. c. Canadá (caso CIADI ARB/16/16), vid. *Procedural order n. 1*, de 13/VI/2016, párr. 23

⁷⁶⁹ Son los casos, por ejemplo, de Teco Guatemala Holdings LLP c. Guatemala (comité de anulación; caso CIADI ARB/10/23), vid. *Resolución procesal n. 1*, de 1/VII/2014, párr. 19, en donde se remite al art. 10.21 del CAFTA-DR; EuroGas Inc. y Belmont Resources Inc. c. Eslovaquia (caso CIADI ARB/14/14), vid. *Procedural order n. 1*, de 16/IV/2015, párr. 19, en el que se declara aplicable el Anexo B del TBI entre Canadá y Eslovaquia; Bear Creek Mining Corp. c. Perú (caso CIADI ARB/14/21), vid. *Resolución procesal n. 1*, de 27/I/2015, párr. 24, donde se hace referencia al art. 835 del TBI entre Canadá y Perú; Gabriel Resources c. Rumanía (caso CIADI ARB/15/31), vid. *Procedural order n. 1*, de 26/VIII/2016, párr. 23, donde se remite al Anexo B del TBI entre Canadá y Rumanía; Bridgestone Licensing Services c. Panamá (caso CIADI ARB/16/34), vid. *Resolución procesal n. 1*, de 11/VII/2017, párr. 27, en que se refiere al art. 10.21 del TBI Canadá-EEUU

⁷⁷⁰ Esto ha tenido lugar, por ejemplo en los asuntos Transglobal Green Energy et al. c. Panamá (caso CIADI ARB/13/28), vid. *Procedural order n. 1*, de 17/III/2015, párr. 23 (se trata este de un caso en que el tribunal acordó la confidencialidad ante el bloqueo por parte de Panamá); Marco Gavazzi et al. c. Rumanía (caso CIADI ARB/12/25), vid. *Procedural order n. 1*, de 11/III/2013, párr. 19 y Burimi SRL et al. c. Albania (caso CIADI ARB/11/18), vid. *Procedural order n. 1 and decision on bifurcation*, de 18/IV/2012, párr. 18.

Una regulación más pormenorizada se encuentra en el articulado o en los anexos de los TBI que prevén la regulación de este extremo. Por supuesto, tales TBI vinculan a los tribunales arbitrales, aunque no hayan sido acordados por todas las partes del litigio. Este tipo de regulaciones abordan la publicación de documentos, el acceso público a las audiencias y la participación de *amicus curiae*. Además, estas regulaciones otorgan amplios poderes a los tribunales para decidir acerca de la clasificación de determinada información como confidencial, así como para decidir sobre los mecanismos más adecuados para proteger tal información, a la vez que les prohíbe exigir a las partes la aportación de documentación cuya publicación pudiera infringir el ordenamiento público estatal⁷⁷¹.

⁷⁷¹ Así, por ejemplo, el art. 1 del Anexo C del TBI entre Canadá y Rumanía o de los apartados 1, 2 y 7 del art. 10.21 del TBI entre Canadá y Perú.

5. Deberes procesales de los árbitros CIADI

5.1. Deber de fallar

El apartado 2 del artículo 42 del Convenio reza de la siguiente manera «[el] Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley». Se trata esta de una cláusula que inevitablemente recuerda a la prohibición del *non liquet*⁷⁷² que se da en algunos ordenamientos jurídicos⁷⁷³.

Sin embargo, lo cierto es que tal prohibición no se encuentra recogida en las leyes nacionales de arbitraje basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI⁷⁷⁴, ni en los reglamentos de arbitraje institucional más importantes en materia de inversiones⁷⁷⁵, ni en las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. Aunque sí se puede hallar en algunas leyes nacionales de arbitraje no inspiradas en tal Ley Modelo; si bien en estos casos, la prohibición transmuta en una menos específica obligación de fallar⁷⁷⁶, más acorde con la naturaleza de la relación arbitral, que es eminentemente contractual privada y no pública.

⁷⁷² La expresión *non liquet* es utilizada explícitamente en el texto igualmente auténtico del Convenio en inglés. Se trata de la prohibición de no fallar amparándose en la excusa de la falta de claridad de los preceptos legales aplicables.

Como explicó el historiador del Derecho VILLAPALOS SALAS, «el juez puede estimar o desestimar la demanda del actor y puede [...] absolver por insuficiencia de pruebas, pero como observó MORDECHAI, no puede eludir las exigencias de su función alegando que en la causa no se establece con claridad los hechos –duda de hecho-, que no se conoce con claridad la norma aplicable –duda de Derecho- o que no existe norma aplicable al caso controvertido –laguna jurídica.

La exclusión del *non liquet* tuvo su origen en el sistema jurídico romano [...]. En la '*extraordinaria cognitio*' [...] el juez con duda *facti* o *iuris*, podía remitir la causa mediante una relación hecha al tribunal imperial, bien proponiendo una simple '*questio iuris*', resuelta la cual, la causa tornaba para su resolución al juez a quo, o bien elevando el pleito al emperador para que éste lo sentenciase». Vid. VILLAPALOS SALAS, G. «Los orígenes del principio *non liquet*» en *Revista jurídica Española*. La Ley, 1981; págs. 981-984.

⁷⁷³ En ese sentido, cabría citar, en España, el artículo 1.7 del Código civil, el art. 448 del Código penal y la STS 23/1988, en la que el TC estableció que «la necesidad de que los juzgadores resuelvan *secundum legem* y ateniéndose al sistema de fuentes establecido es un presupuesto implícito e inexcusable del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva», con lo cual tal principio sería, además, una derivación del art. 24 CE. En Derecho comparado, se puede encontrar la misma cláusula en el artículo 4 del Código Civil francés y también en el art. 141 del Nuevo Código de Proceso Civil brasileño. Transformado en una prohibición más amplia de denegación de justicia, se puede encontrar en los códigos penales francés (art. 434.7.1) y belga (art. 258).

⁷⁷⁴ Es el caso de la propia Ley Modelo, así como de las legislaciones sobre arbitraje belga, canadiense, chilena, española, floridana (EEUU), hongkonesa, mexicana, nigeriana, peruana y venezolana.

⁷⁷⁵ Es el caso de los reglamentos de la CCI y de la CCE.

⁷⁷⁶ Es el caso, por ejemplo, de las ya derogadas leyes de arbitraje españolas, tanto en la de 1953, como en la de 1988. En aquella, el artículo veinticinco establecía que «la aceptación de los árbitros dará derecho a cada una de las partes para compelerles a que cumplan con su encargo bajo la pena

En cuanto a la historia concreta de este precepto, cabe referir que del estudio de los documentos históricos de la redacción del Convenio CIADI se infiere que los delegados nacionales de los comités no estimaron necesario discutir su contenido. Si bien en una de las escasas referencias al mismo, el presidente del comité afirma que el precepto ha sido incluido en varios de los tratados que han sido tenidos en cuenta para la redacción del Convenio⁷⁷⁷.

Tal afirmación debe ser puesta en entredicho. En primer lugar, porque la prohibición del *non liquet* no se encuentra recogida ni en el ETIJ, ni en el Convenio de la Haya de 1907, que son los instrumentos jurídicos en que pareció basarse preponderantemente el Convenio CIADI⁷⁷⁸. En segundo lugar, porque la prohibición del *non liquet* es muy controvertida cuando se trata de aplicar el Derecho internacional. Siendo que la aplicación del Derecho internacional público es bastante común en los arbitrajes de inversiones, no sólo porque así lo prevé el artículo 42.1 del Convenio, sino también porque los TBI son tratados internacionales.

La controversia parece haber surgido con fuerza tras la emisión, en 1996, del fallo del TIJ sobre la *Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o empleo*

de responder de los daños y perjuicios». Mientras que en la más moderna de 1988, se decía en su artículo 16, que «[l]a aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Corporación o Asociación, a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa». En un sentido similar la Ley de arbitraje y mediación ecuatoriana fija que «aceptado por los árbitros el encargo de tales, éstos tienen la obligación irrestricta de cumplir las funciones que la presente Ley les asigna, debiendo responder a las partes, en caso de incumplimiento de sus funciones por los daños y perjuicios que su acción u omisión les causare, a menos que se trate de un impedimento justificado». Finalmente, habría que traer a colación el artículo 1457 del Código de proceso civil francés, se dispone que «corresponde al árbitro proseguir su misión hasta que ésta termine a menos que justifique un la existencia de un obstáculo o una causa legítima de abstención o renuncia» [Trad. Propia]. En estos dos últimos casos, sin embargo, la asimilación con una eventual prohibición del *non liquet* para el ámbito arbitral es inadecuada, porque bajo la causa de exclusión de la responsabilidad recogida en las leyes ecuatoriana y francesa parece razonable que se pueda incluir «el silencio u oscuridad de la ley». Por otro lado, en cuanto a las leyes españolas, en este ordenamiento se prevé una sanción penal para los jueces y juezas que violen la prohibición del *non liquet*; pues bien, tal delito no puede ser cometido en ningún caso por los árbitros, sino sólo por los miembros del poder judicial.

⁷⁷⁷ Vid. «*Consultative meeting of legal experts*», Santiago de Chile, 3-7/II/1964 en CIADI; *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States. Documents concerning the Origin and the Formulation of the Convention*; Vol. 2, parte I; Washington D.C., 1968; pág. 330.

⁷⁷⁸ Aunque sí aparece en el artículo 11 de las Reglas Modelo sobre Procedimiento Arbitral de 1958, elaboradas por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, y pensadas para la solución de controversias entre Estados; si bien se trata de un instrumento de recorrido muy limitado. Su texto es el siguiente: «el tribunal no debe emitir un fallo de *non liquet* sobre la base del silencio u oscuridad del Derecho aplicable».

de armas nucleares. Antes de esa fecha, dentro de la doctrina, un autor tan influyente dentro del Derecho internacional público como Hersch LAUTERPACHT había defendido que la prohibición del *non liquet* era un principio que se derivaba de la inclusión de los principios generales del Derecho como parte del sistema de fuentes aplicable por el TIJ, establecido por el importante artículo 38 del ETIJ⁷⁷⁹. Esta postura contraria a la prohibición del *non liquet* había sido respaldada incluso por alguna jurisprudencia del TPJI, como la del caso *Lotus*, de 1927. Allí, el desaparecido tribunal había establecido que Turquía era competente para enjuiciar a un teniente francés por un ilícito cometido en altamar, fundamentando su decisión en que, si bien no existía ninguna norma que le habilitara para ello, tampoco había ninguna norma que se lo impidiera⁷⁸⁰.

Pero, como se adelantó, en 1996 el TIJ tuvo que pronunciarse sobre una opinión consultiva de la Asamblea General de la ONU en la que se le preguntaba si «está permitido en Derecho internacional recurrir a la amenaza o al uso de las armas nucleares en cualquier circunstancia». Tras aceptar a trámite la opinión consultiva, según lo estipulado en el Capítulo IV del ETIJ, y tras analizar el Derecho internacional vigente, el Tribunal eludió dar una respuesta inequívoca, acogiéndose a la falta de regulación de la materia en Derecho internacional público⁷⁸¹.

⁷⁷⁹ Como explica SCOBIE, «la prohibición de la declaración de *non liquet* es un componente fundamental del concepto de Derecho de LAUTERPACHT, porque este es el corolario necesario del Estado de Derecho –en inglés, en original, *Rule of Law*- y de la justiciabilidad de las disputas». Vid. SCOBIE, I.G.M; «*The Theorist as Judge: Hersch Lauterpacht's concept of the international judicial function*» en *European Journal of International Law*, vol. 8, núm. 2, 1997; págs. 264-298. La cita es de la página 274.

⁷⁸⁰ En efecto, el TPJI explicó que «se debe sostener que no existe principio de derecho internacional alguno, según los términos del Artículo 15 de la Convención de Laussane del 24 de julio de 1923, según el cual se impida la instrucción del proceso criminal en consideración. Consecuentemente, Turquía al instruir un proceso criminal en virtud de la discreción que el derecho internacional deja a cada Estado soberano no ha actuado, en ausencia de tales principios, de un modo contrario a los principios de derecho internacional a los que se refiere el acuerdo especial» [Trad. Propia]. Lo relevante es la adopción por el Tribunal del principio según el cual los Estados pueden hacer todo aquello que no esté prohibido por el Derecho. Éste es un principio liberal de gran raigambre en los Estados liberales, derivado del derecho a la libertad. Pero en este trabajo se considera que es cuanto menos cuestionable que se pueda inferir la existencia del tal principio en el Derecho internacional público, que es un Derecho creado principalmente por el consenso entre los propios Estados, que son sujetos principales de la sociedad internacional. Sin la existencia de una autoridad central internacional, tal derecho a la libertad parece que no se sostiene. Vid. Sentencia caso *Lotus* en TPJI; «*Affaire du "Lotus"*» en *Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale*, serie A, núm. 10, de 7/IX/1927. El texto citado se encuentra en la pág. 31.

⁷⁸¹ Aunque sí recordó la prohibición general de los crímenes de agresión y la obligatoria observación del Derecho humanitario aplicable en casos de conflictos armados. Para un análisis de la sentencia, vid. POZO SERRANO, M.P.; «*La licitud de la amenaza o del uso de armas nucleares*. La

Así, la hipotética prohibición del *non liquet* en Derecho internacional público ha de ser acogida con escepticismo. Como explica BODANSKY, los defensores del *non liquet* en el Derecho internacional público aducen tres razones principalmente en sustento de su posición. Primero, que a diferencia de lo que sucede en Derecho estatal, la sociedad internacional carece de una tradición y cultura jurídica comunes que pueda inculcarle confianza en los tribunales y sus fallos. En vez de ello, la capacidad de persuasión y la legitimidad de los tribunales internacionales dependen en gran medida del grado en que éstos den eficacia a normas que han sido previamente aceptadas por los Estados. Segundo, que la inexistencia de un legislativo internacional implica que no hay mecanismos que puedan corregir fallos judiciales insatisfactorios para los intereses de la sociedad internacional. En tercer y último lugar, que el *non liquet* permite a los tribunales internacionales no verse compelidos a entrar en un área –la creación de Derecho internacional público- que está reservada a la acción diplomática y a las directrices de política internacional de los Estados, al evitar que los tribunales internacionales se vean en la disyuntiva de tener que dar su aprobación expresa al *status quo* o tener que crear nuevas normas de Derecho internacional⁷⁸². Estos argumentos han sido planteados inicialmente para los tribunales internacionales, pero en este trabajo se considera que son también extrapolables a los tribunales arbitrales CIADI, a causa de la propia naturaleza de estos organismos.

A la hora de analizar el alcance de la obligación contenida en el art. 42.2 del Convenio, parece adecuado diferenciar entre dos implicaciones de dicho artículo. La primera sería una obligación de fallar. La segunda sería la imposibilidad de aludir a la oscuridad y el silencio del Derecho como excusa para eludir la primera de las obligaciones.

En cuanto a la obligación de fallar es necesario apuntar a que ésta no abarca aquellos supuestos en que termina el proceso por avenencia entre las partes –Regla 43 de Arbitraje-, por terminación a solicitud de una de las partes –Regla 44- o por abandono de la instancia –Regla 45⁷⁸³-, ya que en estos casos la obligación desaparece al desaparecer el vínculo que une a las partes con el árbitro. Aunque

opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996» en Revista Española de Derecho Militar; núm. 69, vol. I, 1997; págs. 249-284.

⁷⁸² BODANSKY, D.; «*Non liquet*» en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*; 2006. Disponible online en el enlace: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1669?prd=EPIL>. Consultado el 01/X/2018.

⁷⁸³ Todos ellos supuestos asimilables a lo que la doctrina procesalista española denomina como «supuestos de terminación anormal del proceso». En la práctica, la terminación en virtud del art. 43.1 –asimilable a la transacción- y 44 –normalmente a causa del impago de las tasas de arbitraje por alguna de las partes- es bastante común en el sistema CIADI, no así la terminación por virtud del art. 45, que precisa de la inactividad de ambas partes.

hay que tener en cuenta que en el caso de avenencia entre las partes, éstas pueden solicitar al Tribunal que incorpore el avenimiento en un laudo⁷⁸⁴, lo cual es de evidente interés de las partes, ya que convierte dicho avenimiento en cosa juzgada y permite su ejecutabilidad. Aunque ante esta solicitud el Tribunal tiene no la obligación sino la facultad de emitir dicho laudo⁷⁸⁵. De esta manera, según WEBSTER, el Tribunal podrá denegar esta posibilidad cuando no comprenda la razón de la avenencia o cuando tenga dudas acerca de la realidad de las posiciones de las partes, emitiendo así una orden de terminación en vez de un laudo⁷⁸⁶.

Por otro lado, en cuanto a la imposibilidad de aludir a la oscuridad y el silencio del Derecho como fundamento para eludir la obligación de fallar, apunta muy oportunamente SCHREUER que tal prohibición se aplica por igual tanto a la negativa a emitir un laudo, como a la negativa a decidir sólo sobre ciertas cuestiones⁷⁸⁷. Es decir, lo que se prohíbe no es sólo que los árbitros se nieguen a emitir el laudo por esa razón, sino también que se nieguen a no responder a todas las cuestiones controvertidas que formen parte del objeto del procedimiento escudándose en tal fundamento. En otras palabras, los laudos también deben ser exhaustivos. Eso conecta al art. 42.2 del Convenio con el art. 48.3 del mismo.

5.2. Deber de exhaustividad

El artículo 48 del Convenio recoge los requisitos materiales de los laudos CIADI. El apartado 3 de dicho precepto establece que «[e]l laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes». Tal requisito debe ser puesto en relación con la Regla de Arbitraje 47 CIADI⁷⁸⁸, cuya letra i del

⁷⁸⁴ Se trataría, eso sí, de un laudo atípico, en el que desaparece la obligación de motivación en cuanto a la fundamentación fáctica y jurídica del fallo. Un ejemplo de este tipo de laudos se pueden encontrar en el caso *Trans-Global Petroleum Inc. c. Reino Hachemita de Jordania* (ARB/07/25), laudo de 8 de abril de 2009.

⁷⁸⁵ Esto parece chocar con el tratamiento procesal que se da a la figura homónima en Derecho doméstico. Por ejemplo, en el caso de que las partes quieran ejercer la transacción ante los tribunales españoles, la dicción de artículo 19.2 LEC obliga al tribunal a homologar dicha transacción, siempre que el objeto del proceso sea disponible. Sin embargo, esta apariencia es engañosa. Si en el caso de los tribunales españoles, éstos deben verificar que la transacción entre las partes es ajustada a Derecho, en el caso del sistema CIADI, los tribunales arbitrales también deben realizar una verificación, aunque en este caso más subjetiva, como explica WEBSTER.

⁷⁸⁶ WEBSTER, T.H.; *Handbook...*; op. cit., pág. 591.

⁷⁸⁷ SCHREUER, C.H.; MALINTOPPI, L.; REINISCH; A.; SINCLAIR, A.; *The ICSID Convention...*; op. cit., pág. 630.

⁷⁸⁸ Al estar incluido en las Reglas de Arbitraje, se puede decir que se trata éste de un deber cuya reforma o derogación resulta mucho más fácil que aquellos deberes recogidos en el Convenio. Si para modificar el Convenio hace falta lograr el acuerdo de las partes en el mismo, al ser éste un

apartado 1 estipula que «[e]l laudo [...] contendrá [...] la decisión del Tribunal sobre cada cuestión que le haya sido sometida».

Esta obligación no es otra que la de exhaustividad. Para PÉREZ-CRUZ MARTÍN, la razón de ser de la exhaustividad es la de evitar la llamada «incongruencia por defecto u omisiva»⁷⁸⁹, que se daría cuando en el laudo o en la sentencia no se da respuesta a todas las pretensiones de las partes⁷⁹⁰.

El deber de exhaustividad es recogido expresamente en algunas leyes procesales⁷⁹¹, y en otras, aunque no se recoja explícitamente, se puede entender como una derivación del deber de motivación. La solución en las leyes de arbitraje es similar; y así, apenas se puede encontrar el deber expresamente recogido en el CPN de Argentina⁷⁹² y también se puede encontrar en la AA del Reino Unido, si bien como un motivo de anulación⁷⁹³. Ninguna de estas leyes, como se sabe, están basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI. En el caso del espectro de legislaciones nacionales que sí se basan en la Ley Modelo, la única mención que se hace es en el DLArb peruano, que prevé que el tribunal arbitral pueda integrar el laudo en caso de que se hubiese omitido «resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal» (art. 58.1.c). Por su parte, ninguna mención se realiza en los reglamentos de arbitraje institucionales estudiados, ni tampoco en los Reglamentos de Arbitraje de la CNUDMI.

Como señala GIMENO SENDRA al referirse a la legislación española, a la hora de analizar los límites del deber de exhaustividad, se debe distinguir entre las

tratado internacional; el procedimiento para reformar las Reglas de Arbitraje es mucho más sencillo, ya que se trata de una competencia del Consejo Administrativo CIADI. Vid. Art. 6.1.c del Convenio.

⁷⁸⁹ También denominada '*ex silentio*' por CORTÉS DOMÍNGUEZ en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; MORENO CATENA, V.; *Derecho procesal civil. Parte General*; Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005; pág. 329.

⁷⁹⁰ Así en PÉREZ-CRUZ MARTÍN; A.J.; *Derecho...*; op. cit., pág. 381. Para una discusión acerca de la pertinencia del término, vid. GIMENO SENDRA, V.; *Derecho...*; op. cit., pág. 532 y 533. Recuérdese con GIMENO SENDRA que la congruencia «es una obligación [...] conforme a la cual la sentencia ha de adecuarse a las pretensiones de las partes, sin que pueda el tribunal otorgar más de lo pedido por el actor, menos de lo resistido por el demandante, ni fundar la sentencia en causas de pedir distintas a las que se han erigido en el objeto del proceso». Vid. GIMENO SENDRA, V.; *Derecho...*; op. cit., pág. 530.

⁷⁹¹ Es el caso, por ejemplo, del art. 218.1 de la LEC española y del art. 608.2 de CPC de Portugal.

⁷⁹² En cuyo artículo 754 se regula que «los árbitros pronunciarán su fallo sobre todas las pretensiones sometidas a su decisión».

⁷⁹³ Es decir, ha de leerse *a contrario sensu*. Se trata de la sección 68.2.d, en el cual se califica de «seria irregularidad» –en inglés, en original, *serious irregularity*; esta categoría de motivos son los que justifican en la legislación británica la anulación del laudo- «el incumplimiento por parte del tribunal de la obligación de tratar todos los temas que fueron argumentados ante él».

pretensiones de las partes y las alegaciones que las partes utilizan para sostener tales pretensiones. Así, con respecto a las alegaciones, «puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas», si bien respecto de las pretensiones, «la exigencia de réplica congruente se muestra con todo rigor»⁷⁹⁴. En el sistema CIADI, tal excepción al deber de exhaustividad ha sido reconocida incluso en las decisiones sobre anulación de los asuntos *Vivendi c. Argentina*⁷⁹⁵ e *Iberdrola c. Guatemala*⁷⁹⁶.

Además, también en referencia al sistema CIADI, SCHREUER enuncia el mismo principio al afirmar que «el requisito de la exhaustividad⁷⁹⁷ no significa que el laudo deba discutir todos los argumentos propuestos por las partes en sus alegatos». Ya que, según él, «en particular, el tribunal no tiene que abordar cada argumento [entiéndase, en el sentido de *alegaciones* utilizado por GIMENO SENDRA] alternativo si su aceptación de uno de ellos lleva al resultado deseado por la parte que lo propone»⁷⁹⁸. Esta conclusión se ve reforzada por la práctica⁷⁹⁹ y porque cuenta con el argumento a su favor de que beneficia la economía procesal, tan importante en los procesos arbitrales. Aquí se comparte en su totalidad que es una solución adecuada en el arbitraje CIADI.

⁷⁹⁴ GIMENO SENDRA, V.; *Derecho...*; op. cit., pág. 533.

⁷⁹⁵ En efecto, se afirma que «un tribunal del CIADI no tiene el deber de considerar en su laudo todo argumento presentado por las partes, a condición, por supuesto, de que los argumentos que efectivamente considere sean por sí mismos capaces de guiarlo hacia la conclusión a la que arribe y de que todas las cuestiones sometidas a un tribunal se decidan expresa o implícitamente». Vid. *Decisión sobre la anulación* del asunto Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal c. Argentina (Caso CIADI n° ARB/97/3) de 28/V/2003; pág. 87.

⁷⁹⁶ Donde se afirma que «[e]n opinión de este Comité, la alegación de Iberdrola de que las actuaciones de Guatemala son violatorias del TBI, con independencia de su legalidad interna, no supone plantear una nueva pretensión, sino sólo dar un argumento que apoya sus pretensiones. Por tanto, si el Tribunal no aborda expresamente ese argumento (aun cuando sí lo haga inequívocamente de manera implícita) no significa una violación grave a una norma fundamental de procedimiento». Vid. *Decisión sobre la solicitud de anulación de laudo presentada por Iberdrola Energía S.A.* en el asunto Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala (Caso CIADI n° ARB/09/5) de 13/I/2015; pág. 115.

⁷⁹⁷ Este autor califica al deber de exhaustividad como uno de los principios generales que subyacen al arbitraje. Vid. SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 816.

⁷⁹⁸ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 817.

⁷⁹⁹ Se trata, en efecto, de una práctica habitual en algunas decisiones de los comités de anulación. Por recoger algunas, se pueden resaltar la *Decisión sobre Anulación* del caso TECO Guatemala Holdings LLC c. Guatemala (Caso CIADI n° ARB/10/23) de 5/IV/2016 –v. párrafos 150, 159 y 167-; de la *Decisión sobre la anulación* del asunto Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal c. Argentina (Caso CIADI n° ARB/97/3) de 28/V/2003 –v. pág. 116- o de la *Decision on the Application by Guinea for Partial Annulment of the Arbitral Award* en el caso Maritime International Nominees Establishment c. Guinea (Caso CIADI n° ARB/84/4) de 14/XII/1989 –v. pág. 6.107-.

Finalmente, señala SCHREUER con acierto que los tribunales arbitrales sólo están obligados a pronunciarse sobre las cuestiones que las partes hayan planteado en el momento procesal oportuno. Y así lo ha sostenido en la práctica el comité de anulación del caso *WENA Hotels c. Egipto*⁸⁰⁰. Para saber a partir de qué momento precluye la posibilidad de plantear las pretensiones ante el tribunal arbitral, hay que atender a la Regla de Arbitraje 31, que regula las actuaciones escritas del procedimiento. Según este precepto, las actuaciones escritas tienen como objeto la presentación de los memoriales de las partes, de la réplica y de la dúplica. Tras esta fase, se abre la de actuaciones orales de la Regla de Arbitraje 32, que tiene por objeto la práctica de la prueba.

Con todo, en materia de plazos, se ha de tener en cuenta la Regla de Arbitraje 26.3, que permite realizar actuaciones de parte fuera de plazo ante circunstancias especiales. En este punto la práctica ha solido ser bastante generosa a la hora de conceder a las partes esta posibilidad⁸⁰¹, en casos, por ejemplo, de turbulencias políticas en el Estado demandado que le impidiesen ejercer la diligencia debida en este tipo de asuntos. Además, parecería más razonable sostener que cuando lo que se alega es la vulneración de derechos procesales los tribunales deberían actuar con mayor flexibilidad⁸⁰².

Por tanto, existen dos limitaciones del deber de exhaustividad: por una parte, que el tribunal o el comité *ad hoc* no deben abordar todas las alegaciones realizadas por las partes, aunque sí todas las pretensiones hechas valer por las mismas y; por otra parte, que sólo están obligados a resolver aquéllas pretensiones que hayan sido realizadas en el momento procesal oportuno.

5.3. Deber de motivar el laudo

⁸⁰⁰ Vid. *Decision on the Annulment* en el asunto *WENA Hotels c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI nº ARB/98/4), de 5/II/2002; pár. 82.

⁸⁰¹ Vid. *Award* en *Bevenuti Ltd. y Bonfant SRL c. República del Congo* (Caso CIADI nº ARB/77/2), de 15/VIII/1980; pár. 1.33. Publicado en *International Legal Materials*, vol. 21, núm. 1, 1982, págs. 740-766 (la referencia es de la pág. 747).

⁸⁰² Hay que tener en cuenta que, en algunos casos en que el tribunal comete error en la valoración de la prueba o en el razonamiento, se permite que la parte afectada plantee una solicitud de reconsideración de la resolución procesal de que se trate. Un ejemplo se puede encontrar en *Decision on respondent's request for reconsideration of the tribunal's Decision of 10 march 2014* en *ConocoPhillips Petrozuata et al. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI nº ARB/07/30) de 9/II/2016. En este caso, se solicitó a la mayoría del tribunal que reconsiderase el sentido de su decisión sobre la jurisdicción, a la luz de nuevas pruebas que contradecían los fundamentos fácticos de tal decisión.

El Convenio parece establecer una estrecha relación entre el deber de exhaustividad y el de motivación. Así, en la última oración del artículo 48.3 del Convenio se establece que «el laudo [...] será motivado». De la misma forma que en el caso de la obligación de exhaustividad, este deber ha de ser puesto en relación con la Regla de Arbitraje 47.1.i), en donde se dice que «el laudo contendrá [...] la decisión del Tribunal [...] junto con las razones en que funda su decisión». Finalmente, el Convenio refuerza este deber de motivación al regular su incumplimiento como una causa de anulación del laudo en el artículo 52.1.e) del mismo.

Se trata esta de una obligación, la de motivar las decisiones por las que se resuelve el fondo del asunto, que es universalmente aceptada. Así, se puede encontrar en las leyes que norman los procesos civiles a nivel nacional como un requisito indispensable de las sentencias⁸⁰³, y también en las normas que regulan el procedimiento de los tribunales internacionales⁸⁰⁴. Pero también se encuentra en las leyes de arbitraje –en estos casos, como un requisito de los laudos-, tanto las que se basan en la Ley Modelo de la CNUDMI⁸⁰⁵, como en las que no lo hacen⁸⁰⁶ y,

⁸⁰³ En efecto, la disposición se puede rastrear en el art. 607, apartados 3 y 4 CPC de Portugal; en el art. 455.I del NCPC de Francia; en el art. 313.1.6 de la ZPO de Alemania o en el art. 218.2 de la LEC de España. En este caso, se debe tener en cuenta también el art. 120.3 de la Constitución de 1978; y en el caso de Portugal, el art. 205.1 de su Constitución de 1976.

Por otro lado, en el caso inglés, explica ANDREWS que «hasta tiempos recientes, la práctica civil inglesa no reconocía el deber formal de los jueces de proveer motivos, ni siquiera para sus decisiones finales, aunque la costumbre –en inglés, en original, *convention*- inducía a los jueces a proveer dichos motivos». Si bien «la postura moderna, basada en un trío de decisiones de la CA, es que las decisiones finales en casos civiles deben contener los motivos: *Flannery v Halifax Estate Agencies Ltd* [[1999] EWCA Civ 811; en la que se estableció que cuando un juez optara por valorar una prueba pericial en detrimento de otra, su decisión debía ser motivada], *English v Emery Reimbold & Strick Ltd* [[2002] EWCA Civ 605; donde se estableció que el artículo 6.1 del CEDH era aplicable a los tribunales británicos e implicaba el deber de motivar las decisiones judiciales] y *North Range Shipping Ltd v Seatrans Shipping Corporation* [[2002] EWCA Civ 405]; donde se estableció que si una Corte de Apelaciones denegaba la autorización para apelar un laudo arbitral ante un tribunal superior, entonces era necesario justificar dicha denegación] (las últimas dos teniendo en cuenta el artículo 6.1 del CEDH)». Para este autor, entre las razones que apoyarían la motivación de las decisiones judiciales se encontrarían que la motivación mejora la calidad de las decisiones; que se explica y justifica la decisión, lo cual es importante para la parte vencida; que se proveen con ello los medios que hacen posible la impugnación de la decisión y que se permite a los profesionales de la práctica jurídica conocer la orientación de los altos tribunales. Vid. ANDREWS, 96 y ss. En todo caso, las CPR (sección 27.8.6) recogen el deber de motivación para las decisiones finales en reclamaciones de escasa cuantía (es decir, de hasta 10.000£).

⁸⁰⁴ Es el caso del art. 56.1 ETIJ, del art. 45.1 CEDH, del 30.1 ETIDM, del 74.5 del ETPI y 36 ETJUE.

⁸⁰⁵ Se encuentra recogido en la propia Ley modelo, en su artículo 31.2, que dispone que «el laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa, o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 30 [es decir, el laudo que homologa la transacción realizada por las partes]»; una

además, en los reglamentos de arbitraje institucionales más relevantes en materia de inversiones⁸⁰⁷ y, finalmente, en el propio Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI⁸⁰⁸.

Dentro de la doctrina española, y haciendo referencia a la jurisdicción, autores como PÉREZ-CRUZ MARTÍN⁸⁰⁹ y ORTELLS RAMOS⁸¹⁰ han recordado el vínculo que existe entre el deber de motivación de las resoluciones judiciales y el modelo jurídico-político del Estado de Derecho, de manera que la motivación es el vehículo por el cual se puede verificar la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales y la necesaria sumisión de los jueces a la Ley⁸¹¹. Además, el TC ha vinculado la vulneración del deber de motivación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de manera que en los supuestos excepcionales⁸¹² en que, como recuerda CORTÉS DOMÍNGUEZ, la decisión judicial sea fruto de un error patente⁸¹³, o sea irrazonada, irrazonable o arbitraria, entonces se deberá estimar el

disposición que es recogida por el CJ de Bélgica (art. 1713.4), donde además se prevé su violación como causa de anulación (vid. art. 1717.3.a.iv), por la LAC de Venezuela (art. 30), por la LA de España (art. 37.4), por la Ley de Arbitraje y Mediación de Nigeria (s. 26.3.a), por la ZPO de Alemania (art. 1054.2), por el CCo de México (art. 1448.II), por los Estatutos de Florida (s. 684.0042), por la LACI de Chile (art. 31.2), por la LAC de Canadá (s. 31.2), por el DLA de Perú (art. 56.1) y por la AO de Hong Kong (s. 67.1).

⁸⁰⁶ Como la LAV de Portugal (art. 42.3), la Ley de Arbitraje del Reino Unido (s. 52.4), el CPC de Italia (art. 823.5) y el CPC de Francia (art. 1482) y la histórica LA-1988 de España (art. 32.2). Por otro lado se echa en falta en la histórica LAP española de 1953, en el CPCC argentino, en la LAM ecuatoriana y en la Ley de arbitraje pakistaní.

⁸⁰⁷ Es el caso del art. 34.3 del Reglamento de Arbitraje de la HKIAC, del art. 36.1 de las Reglas de Arbitraje de la CCE y del art. 32.2 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

⁸⁰⁸ Tanto en el Reglamento de 2013 (art. 34.3), como en el anterior de 1976 (art. 32.3).

⁸⁰⁹ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.; *Derecho...*; op. cit., pág. 373. Este autor explica cómo durante el Antiguo Régimen el Rey Carlos III llegó incluso a prohibir la práctica de motivar las decisiones, común por aquel tiempo en la Audiencia de Mallorca.

⁸¹⁰ ORTELLS RAMOS, M.; *Introducción...*; op. cit., pág. 276.

⁸¹¹ En palabras del TC de España, «el requisito de la motivación de las resoluciones judiciales [...] actúa, en definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables, quienes pueden conocer así los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, y actúa también como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción». Vid. STC 314/2005, FJ 4.

⁸¹² Así GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ; 206. Cfr. ORTELLS RAMOS, M.; *Introducción...*; op. cit., pág. 278 y 279. Como explica VIVES ANTÓN, «el TC carece de competencia para revisar cualquier tipo de incorrección de decisiones judiciales [...] De modo que [...] el TC sólo puede examinar la corrección constitucional de las resoluciones judiciales, no su conformidad total con el ordenamiento jurídico»; Vid. VIVES ANTÓN, T.S.; «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal» en *Poder Judicial*; núm. Esp. II, 1988; pág. 104.

⁸¹³ El TC da una definición de error patente: «procede otorgar el amparo siempre que: a) el error no sea imputable a la negligencia de la parte, sino atribuible al órgano judicial; b) se trate de un error de hecho que resulte inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales; y c) sea un error determinante de la decisión adoptada, constituyendo el

recurso de amparo⁸¹⁴. Finalmente, en cuanto al alcance del deber de motivación, recuerda GIMENO SENDRA que éste abarca no sólo el razonamiento sobre el Derecho aplicable –es decir, la subsunción de los hechos concretos en el supuesto de hecho de la norma jurídica-, sino también sobre los hechos⁸¹⁵ –es decir, acerca de cómo la práctica de la prueba ha conducido al juez a deducir como cierta la fundamentación fáctica de la decisión. Además, hay que tener en cuenta, como explica PÉREZ-CRUZ MARTÍN, que la exigencia de motivación «no obliga a un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que tengan las partes [...] siendo suficiente [...] que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión»⁸¹⁶.

La doctrina española extiende la vigencia del deber de motivación al arbitraje⁸¹⁷, aunque no existe acuerdo en cuál ha de ser la sanción a la inobservancia de tal deber⁸¹⁸. Con todo, la vigencia de dicho deber era discutida en la derogada LA de 1988 para los laudos dictados en equidad, mientras que se

soporte único o básico (*ratio decidendi*) de la resolución, de forma que no pueda saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en el error». Vid. STC 92/2003, FJ 4.

⁸¹⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V; *Derecho...*; op. cit., pág. 333. En el mismo sentido, Vid. STC 30/2017, FJ 4 y STC 159/2014, FJ 3.

⁸¹⁵ GIMENO SENDRA, V.; *Derecho...*; op. cit., pág. 528.

⁸¹⁶ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *Derecho...*; op. cit., pág. 374. Esta postura coincide con la del TEDH, el cual ha referido que «si bien el artículo 6.1 obliga a los tribunales a motivar sus resoluciones, esta obligación no puede entenderse como la exigencia de una respuesta detallada a cada argumento», Vid. STEDH Asunto García Ruiz c. España de 21/I/1999; pág. 26. También se puede hallar la misma declaración en STEDH Asunto Hiro Balani c. España de 9/XII/1994; pág. 27.

⁸¹⁷ Lo cual es lógico, al venir establecido así en la LA. Vid. en BARONA VILAR, S.; *Comentarios a la Ley de Arbitraje*; Civitas Ediciones, Madrid, 2004; págs. 1221 y ss. Y MERINO MERCHÁN, J.F.; CHILLÓN MEDINA, J.M.; *Tratado de Derecho...*; op. cit., pág. 709 y ss. También coincide en este punto CLAY, para quien el deber de motivación nace no sólo de la ley –en este caso, del NCPC francés-, sino también del contrato que vincula a las partes con el árbitro. Vid. CLAY, T.; *L'arbitre...*; op. cit., págs. 635 y 636.

⁸¹⁸ Explica BARONA VILAR que «la doctrina jurisprudencial ha venido integrando a exigencia de motivación del laudo con el derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, se ha venido conectando con el concepto jurídico mismo de orden público». Vid. BARONA VILAR, S.; *Comentarios...*; op. cit., pág. 1226. Tal conexión con el concepto de orden público, se entiende, se hace para justificar la anulación del laudo al calor del art. 41.1.f) LA. Como observa REMÓN, «contra la sentencia que resuelva la anulación sólo podrá interponerse recurso de amparo ante el TC siempre que se invoque la lesión de algún derecho fundamental», debiéndose tener en cuenta que la doctrina del TC es que la impugnación del laudo no se puede realizar directamente ante el TC fundamentando el recurso en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por parte del tribunal arbitral encargado de dictar el laudo. Vid. REMÓN, J.; «La Anulación del laudo. El marco general, el pacto de exclusión y el orden público» en *Spain arbitration review: revista del club español del arbitraje*; nº 1, 2008; pág. 123.

negaba su existencia para todo tipo de laudos en la anterior LAP de 1953⁸¹⁹. Por lo que hace al alcance del deber, entienden MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA que la motivación debe ser «suficiente y razonablemente indicativa», si bien no se exige «una descripción completa del proceso intelectual que inclina la decisión en uno u otro sentido»⁸²⁰. Para estos autores, además, la motivación debe abarcar los razonamientos fácticos, pero también los jurídicos del laudo⁸²¹. En este punto, parece que disiente BARONA VILAR, cuando explica que «la motivación consiste en la justificación que se efectúa en el laudo de la aplicación del derecho al caso concreto»⁸²². Ante esta posible discrepancia, se considera que la postura más adecuada es la que entiende que la motivación abarca no sólo la justificación del Derecho –por ejemplo, cuando se ha de elegir entre dos preceptos materiales conflictivos-, sino también de los procesos por los cuales los árbitros dan por probados los hechos en que se basan, es decir, sobre la prueba. Finalmente, es necesario apuntar que para BARONA VILAR existen dos excepciones al deber de motivación: cuando las partes del arbitraje así lo acuerdan y cuando el laudo se limita a recoger una transacción de los litigantes⁸²³.

En cuanto al alcance del deber de motivación en el sistema CIADI, es necesario preguntarse si todo tipo de resoluciones del tribunal arbitral quedan afectadas por tal obligación, o si sólo se deben motivar los laudos. Además, es necesario saber si las partes pueden eximir al tribunal de motivar. Y, finalmente, si es necesario motivar los laudos en los que el tribunal decide *ex aequo et bono* y también aquéllos en que el laudo simplemente homologa una transacción de las partes.

En lo concerniente a la primera cuestión, lo cierto es que el Convenio CIADI simplemente recoge el deber de motivar los laudos –y, *ex art.* 52.4, también las decisiones sobre anulación-, pero no otro tipo de decisiones emitidas por los tribunales arbitrales. Sin embargo, del análisis de la actuación de los tribunales CIADI se desprende que la práctica común es la de motivar todo tipo de resoluciones: las decisiones sobre recusación, las decisiones sobre jurisdicción, las órdenes sobre medidas provisionales y cualquier otro tipo de órdenes procesales. La cuestión crítica radica en saber si esa práctica común es reflejo de una obligación que deriva del Convenio o de las Reglas o si se trata de una costumbre.

Sobre este particular, es necesario apuntar que no parece que exista alguna disposición del Convenio ni de las Reglas que obliguen a motivar tales

⁸¹⁹ BARONA VILAR, S.; *Comentarios...*; op. cit., pág. 1221.

⁸²⁰ MERINO MERCHÁN, J.F.; CHILLÓN MEDINA, J.M.; *Tratado de Derecho...*; op. cit., pág. 710.

⁸²¹ Ídem, 709.

⁸²² BARONA VILAR, S.; *Comentarios...*; op. cit., pág. 1226.

⁸²³ Ídem, 1223.

resoluciones. Además, si por un lado se ha de entender que la anulación sólo se puede hacer valer contra los laudos⁸²⁴, por otro lado hay que tener en cuenta que no se ha articulado ningún mecanismo para hacer verificar la corrección material o procesal del resto de resoluciones. A pesar de ello, y por lo que hace a las decisiones sobre jurisdicción y a las decisiones sobre recusación de árbitros, es necesario tener en cuenta los motivos de anulación a) y b) del art. 52.1 del Convenio. Tales motivos de anulación se refieren a la incorrecta constitución del tribunal, que, en línea de principio, podría abarcar -entre otras- la vulneración del procedimiento establecido para verificar la independencia e imparcialidad de sus miembros⁸²⁵; y también se refieren a la extralimitación manifiesta del tribunal en sus facultades, que incluiría, entre otras causas, una decisión errada sobre la jurisdicción⁸²⁶. En estos casos es exigible, se entiende, que los tribunales de arbitraje motiven sus decisiones, puesto que los comités de anulación podrán entrar a conocer de la corrección de las mismas.

En cuanto a la posible exención del deber de motivar que podrían acordar las partes del litigio, lo cierto es que numerosas leyes nacionales de arbitraje y reglamentos de arbitraje institucional así lo establecen⁸²⁷, además del art. 34.3 del

⁸²⁴ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 922.

⁸²⁵ Así se lo planteó el comité de anulación de *Aconquija y Vivendi c. Argentina*. Vid. *Decisión sobre la solicitud de anulación del laudo emitido el 20 de agosto de 2007 presentada por la República Argentina* en el asunto *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. contra la República Argentina* (ARB/97/3), de 10 de agosto de 2010; pág. 232. También se planteó la misma posibilidad en *CDC c. Seychelles*, aunque el comité *ad hoc* rechazó abordar los argumentos de la demandada en este sentido, al no haber presentado en el momento procesal oportuno la recusación del árbitro. Vid. *Decision of the ad hoc committee on the application for annulment of the Republic of Seychelles*, asunto *CDC c. Seychelles* (Caso CIADI nº ARB/02/14) de 29/VI/2005; pág. 53. En sentido totalmente contrario, vid. *Decisión sobre la solicitud de anulación de la República de Argentina*, asunto *Azurix Corp. c. República Argentina* (caso CIADI nº ARB/01/12) de 1/IX/2009; pág. 279.

⁸²⁶ Así se enunció por el comité *ad hoc* de *Klöckner c. Camerún* al declarar que «claramente, la falta de jurisdicción de un tribunal de arbitraje, sea parcial o total, necesariamente importa una extralimitación de facultades bajo el art. 51.1.b) del Convenio» en *Decision on the application for annulment submitted by Klöckner against the arbitral award rendered on October, 21 1983*, en *Klöckner c. Camerún* (asunto CIADI nº AB/81/2) de 3/V/1985; pág. 4. De manera similar se expresa el comité *ad hoc* de *Patrick Mitchell c. RD del Congo* en *Decision on the application for annulment of the award* en *Mr. Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo* (ARB/99/7), de 1/XI/2006; pág. 20. En todo caso, debe tenerse en cuenta que, como explicó el comité *ad hoc* de *Teco c. Guatemala*, «al determinar si un tribunal se ha extralimitado en sus facultades, un comité de anulación no está facultado para verificar si el análisis jurisdiccional del tribunal o la aplicación del derecho por parte de éste fue correcta, sino solamente si era justificable desde el punto de vista jurídico». Vid. *Decisión sobre Anulación del caso TECO Guatemala Holdings LLC c. Guatemala* (Caso CIADI nº ARB/10/23) de 5/IV/2016; pág. 78.

⁸²⁷ Se puede encontrar en el art. 31.2 de la Ley Modelo CNUDMI y en no pocas leyes nacionales que se basan en tal Ley Modelo; lo mismo normal los reglamentos de la HKIAC -art. 34.4- y de la CCE -art. 36.1. En todo caso, cabe destacar que no se trata de una solución universal, pues no es acogida

Reglamento CNUDMI de 2013. No obstante, ni el Convenio ni las Reglas establecen tal posibilidad. A la luz de esto último, no parece que se pueda afirmar esta la existencia de tal facultad de las partes en el sistema CIADI. Esta limitación a la libertad de las partes se justificaría por la propia naturaleza de los asuntos dirimidos ante los tribunales CIADI, que no afecta simplemente a dos partes privadas, sino a colectividades nacionales. Además, exigir que se motiven los laudos CIADI sin excepción ayuda a reforzar la legitimidad del sistema. Por todo ello, se considera que la solución es acertada.

Por lo que hace a la motivación de los laudos emitidos en aplicación del art. 42.3 del Convenio, es decir, aquéllos decididos *ex aequo et bono* -o sea, en equidad-, cabe referir que ni el Convenio ni las Reglas excepcionan el deber de motivación para estos casos. Así, no cabe más que deducir que los laudos dictados en equidad en el seno del sistema CIADI también deben ser motivados⁸²⁸.

Mas entonces surge la pregunta acerca de cómo se han de motivar tales laudos si en estos casos los tribunales no están aplicando norma jurídica alguna. En este sentido, propone WEBSTER que en estos casos, los tribunales deben también justificar sus decisiones sobre la base de los principios de la equidad⁸²⁹. Más clara en este apartado resulta la explicación de BARONA VILAR referida al arbitraje español, cuando escribe que «se entiende bien realizada la motivación en equidad cuando la resolución se apoya en razones que permiten conocer cuáles han sido los criterios esenciales fundamentadores de la decisión»⁸³⁰.

La obligación de fundamentar los laudos tampoco se antoja clara en aquéllos casos en que, conforme a la Regla de Arbitraje 43.2, el tribunal arbitral incorpore el avenimiento de las partes al laudo⁸³¹. Si por una parte el tribunal está dictando un laudo en el sentido pleno de la Sección 4 del Capítulo IV del Convenio -y por ello sería plenamente aplicable la obligación de motivar del art. 48.3 del Convenio-, por otro lado, el contenido de dicho laudo es acordado por las partes sin intervención del tribunal. Siendo así las cosas, parece que se esté ante una auténtica excepción

en todas las leyes de arbitraje estatales –incluso en aquéllas basadas en la Ley Modelo, como la LA española- no en todas las instituciones relevantes desde el punto de vista del arbitraje de inversiones –caso del Reglamento de la CCI.

⁸²⁸ En el mismo sentido, vid. SCHREUER; C.H.; MALINTOPPI, L.; REINISCH, A.; SINCLAIR, A.; *The ICSID Convention...*; op. cit., págs. 820 y 821.

⁸²⁹ WEBSTER, T.H.; *Handbook...*; op. cit., pág. 196.

⁸³⁰ BARONA VILAR, S.; *Comentarios...*; op. cit., pág. 1166.

⁸³¹ Esta figura sería similar a la homologación de la transacción del art. 19.2 de la LEC 1/2000. Si bien se trata esta de una institución que también existe en Derecho arbitral estatal, donde suele ser denominada como «laudo por acuerdo de las partes» (vid. art. 36 LA española, 1712 CJ belga, 1053 ZPO alemán, entre otros). Debe entenderse que es una expresión fundamental del derecho de las partes a disponer sobre el objeto del proceso.

del deber de motivar. Así parece defender WEBSTER cuando escribe que «usualmente se espera del tribunal que simplemente tome nota de la avenencia y que refleje en el laudo los términos de la misma en cuanto a pagos, condonaciones y renunciaciones al derecho de acción»⁸³². Más clara es, otra vez, BARONA VILAR, para quien, en Derecho español, «una excepción a la exigibilidad legal de la motivación del laudo es el supuesto de la transacción entre las partes»⁸³³.

Pero quizá haga falta reparar en el verbo utilizado en la Regla de Arbitraje 43.2, según la cual el tribunal arbitral «podrá»⁸³⁴ incorporar el avenimiento de las partes al laudo, lo que sugiere que se trata de una facultad potestativa del tribunal. Surge, entonces, la cuestión de en qué casos los tribunales podrían negarse a incorporar tal avenimiento a un laudo. Para la CNUDMI, que incorpora una cláusula en los mismos términos en su Ley Modelo, el tribunal arbitral puede negarse a incorporar el laudo cuando se sospecha que una parte está intentando cometer un fraude procesal⁸³⁵. Para CABEZUDO RODRÍGUEZ, refiriéndose al Derecho español, el tribunal arbitral debe verificar que las partes que intentar avenir gozan de capacidad jurídica y poder de disposición sobre la cosa litigiosa para transaccionar⁸³⁶. En cuanto al sistema CIADI, para WEBSTER, en los casos en que el tribunal no entienda el fundamento del acuerdo o tenga dudas acerca de la realidad de las posiciones de las partes, «podría declinar la emisión de un laudo y preferir la emisión de una orden de terminación»⁸³⁷.

Así las cosas, parece razonable esperar que los tribunales arbitrales CIADI verifiquen, cuando menos, que el acuerdo entre las partes es libremente otorgado, que se refiere al objeto del litigio y que las partes no pretenden cometer un fraude

⁸³² WEBSTER, T.H.; *Handbook...*; op. cit., pág. 591.

⁸³³ BARONA VILAR, S.; *Comentarios...*; op. cit., pág. 1223.

⁸³⁴ El verbo en la versión igualmente auténtica del texto en inglés es «*may*», mientras que en la versión también igualmente auténtica del texto en francés, se opta por el verbo «*peut*», una forma del verbo «*pouvoir*». Es decir, en los tres textos auténticos se evidencia el carácter potestativo que tiene para los tribunales arbitrales la incorporación del avenimiento de las partes en un laudo.

⁸³⁵ CNUDMI; *2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*; United Nations Publications, Nueva York, 2012; pág. 125. En esta obra se refiere el caso *See Kiyue Co. Ltd. v. Aquagen International Pte. Ltd.*, de 2003, decidido por la Alta Corte de Singapur, en la que el accionista mayoritario de una sociedad demandó a una filial de dicha sociedad impidiendo que ésta se defendiera ante el tribunal arbitral, con el objetivo de perjudicar a otros accionistas de la filial.

⁸³⁶ CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.; «Artículo 36. Laudo por acuerdo de las partes» en GABERÍ LLOBREGAT, J. (dir.); *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Tomo II; Ed. Bosch, Barcelona, 2004; pág. 861. Por su parte, BARONA VILAR hace hincapié en el carácter de acuerdo libre entre las partes que debe tener la propuesta de laudo por avenencia, lo que la sitúa en una línea de argumentación muy similar a la de CABEZUDO RODRÍGUEZ. Vid. BARONA VILAR, S.; *Comentarios...*; op. cit., págs. 1161-1163.

⁸³⁷ WEBSTER, T.H.; *Handbook...*; op. cit., pág. 591.

procesal con el objetivo de perjudicar a terceros mediante el acuerdo; aunque, lógicamente, lo que el tribunal debe hacer no es entrar a valorar la justicia del acuerdo. Esta verificación requiere un breve juicio que deberá ser realizado por el tribunal antes de acceder a incorporar el acuerdo. Dicho breve juicio debería ser motivado. Así se puede decir que los laudos por avenencia deben ser motivados, pero no en cuanto al fondo del asunto –ya que no se está practicando prueba alguna-, sino en cuanto a que el acuerdo es resultado de la libre voluntad de las partes. La razón de ello sería, simplemente, la de asegurar la futura ejecución del laudo, evitando que ésta se pudiera denegar bajo la excepción de vulneración del orden público del Estado en que se ejecuta el laudo⁸³⁸. Sin embargo, la práctica muestra que, aunque la verificación de los elementos citados sí parece producirse, la misma no se motiva⁸³⁹.

Por último, parece apropiado recoger los diferentes estándares que han manejado los comités *ad hoc* a la hora de evaluar si se ha producido o no una vulneración del deber de motivación de los laudos. Antes de nada, es preciso indicar que no parece haber ningún tipo de consenso.

El primer test utilizado por un comité *ad hoc* fue el que BISHOP y MARCHILI denominan de los «motivos suficientes»⁸⁴⁰, en 1983, en el asunto *Klöckner*. Allí, el comité entendió que el art. 52.1.e) del Convenio requería «no cualquier tipo de motivación, puramente formal o aparente, sino una motivación que tenga cierta sustancia, que permita al lector seguir el razonamiento del tribunal, tanto en la fundamentación jurídica como fáctica»⁸⁴¹. Lo que, para evitar que se convierta la

⁸³⁸ Vid. art. V.2.b) de la Convención de Nueva York.

⁸³⁹ Tal es el caso de los laudos de los asuntos *Tanzania Electric Supply Company Limited c. Independent Power Tanzania Ltd.* (caso CIADI nº ARB/98/8), de 12/VII/2001; *Isolux Corsán Concesiones SA c. República del Perú* (caso CIADI nº ARB/12/5), de 25/III/2014; *EVN AG c. República de Macedonia* (caso CIADI nº ARB/09/10), de 2/IX/2011; *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. República Federal Alemana* (caso nº CIADI ARB/09/6), de 11/III/2011 e *IBM World Trade Corporation c. República de Ecuador* (caso CIADI nº ARB/02/10), de 22/VII/2004. En algún caso, incluso, se malinterpreta de forma palmaria la Regla de Arbitraje 43.2, de modo que se describe la facultad de dicho artículo como una obligación –cambiando el verbo original de las Reglas de Arbitraje en su versión en inglés, «*may*» por «*shall*», que indica una obligación cuando se introduce en textos jurídicos-, vid. *Consent Award* en *Transglobal Petroleum Inc. c. Reino Hachemita de Jordania* (caso CIADI nº ARB/07/25), de 8/IV/2009, pág. 12.

⁸⁴⁰ Vid. BISHOP, R. D. y MARCHILI, S.M.; *Annulment under the ICSID Convention*; Oxford University Press, Oxford, 2014; págs. 155 y 156.

⁸⁴¹ *Decision on the application for annulment submitted by Klöckner against the arbitral award rendered on October, 21 1983*, en *Klöckner c. Camerún* (asunto CIADI nº AB/81/2) de 3/V/1985; pág.119. Sin embargo, para DE BERRANGER, este test implica un control sobre la sustancia y no un mero control formal, con lo cual se estaría desvirtuando el objetivo perseguido por los redactores del Convenio al diseñar el mecanismo de la anulación. Vid. DE BERRANGER, T.; «*L'article 52 de la*

anulación en un recurso de apelación –es decir, en un segundo conocimiento sobre el fondo del asunto-, implica verificar simplemente que la motivación sea «capaz de justificar el resultado seguido por el tribunal»⁸⁴².

Frente a este test de la «motivación suficiente», explican BISHOP y MARCHILI que la mayoría de los comités *ad hoc* han optado por el test que ellos denominan de la «decisión inteligible»⁸⁴³ –en inglés, en original, *understandable decision*. En la decisión sobre anulación de *MINE c. Guinea* el comité entendió que «el requisito de que un laudo tiene que estar fundado implica que se debe permitir al lector seguir el razonamiento del Tribunal sobre puntos de hecho y de Derecho. Supone eso y nada más que eso. Lo adecuado del razonamiento no es un estándar de revisión apropiado bajo el párrafo 1.e»⁸⁴⁴.

Es decir, este estándar es menos exigente que el anterior. Si el estándar de las «razones suficientes» exige una valoración acerca de la fuerza que tiene la motivación dada, el de la «decisión inteligible» simplemente atiende al hecho de que tales razones sean coherentes con la decisión final del tribunal. En este sentido, el comité de *MINE c. Guinea* acabó anulando parcialmente el laudo del tribunal arbitral, al entender que la fundamentación dada por este órgano era contradictoria⁸⁴⁵. En todo caso, lo cierto es que, más allá de la clasificación propuesta por BISHOP y MARCHILI –que incluiría un *tertium genus*, el de la «motivación no-frívola»⁸⁴⁶- ningún criterio parece darse puramente en la práctica,

Convention de Washington du 18 mars 1965 et les premieres enseignements de sa pratique» en Revue de l'arbitrage; núm. 93, vol. 1; pág. 110.

⁸⁴² Ídem, pág. 120. En palabras del comité de anulación de *Soufraki*, la motivación es suficiente cuando es adecuada y suficientemente razonable para dar lugar –en inglés, en original, «bring about» -al resultado alcanzado por el tribunal. Vid. *Decision of the ad hoc committee on the application for annulment of Mr. Soufraki* en Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos (caso CIADI nº ARB/07/2), de 5/VI/2007; pág. 131.

⁸⁴³ Vid. BISHOP, R. D. y MARCHILI, S.M.; *Annulment...*; op. cit., págs. 156 y 157.

⁸⁴⁴ Vid. *Decision on the Application by Guinea for Partial Annulment of the Arbitral Award* en el caso Maritime International Nominees Establishment c. Guinea (Caso CIADI nº ARB/84/4) de 14/XII/1989; pág. 5.08. [Trad. Propia]. El párrafo anterior de dicha Decisión es más citado, quizás porque resulta más ilustrativo de la idea, aunque viene a decir lo mismo con otras palabras. Su dicción es la siguiente: «*el deber de motivación se cumple si el laudo le permite a uno seguir el razonamiento del tribunal del punto A al punto B y a su eventual conclusión*».

⁸⁴⁵ Vid. *Decision on the Application by Guinea for Partial Annulment of the Arbitral Award* en el caso Maritime International Nominees Establishment c. Guinea (Caso CIADI nº ARB/84/4) de 14/XII/1989; pág. 6.107.

⁸⁴⁶ Vid. BISHOP, R. D. y MARCHILI, S.M.; *Annulment...*; op. cit. págs. 157. Para sustentar esta proposición, estos autores citan la Decisión de anulación del caso *CDC c. Seychelles*, en donde el comité razonó que «*el artículo 52.1.e) requiere que el tribunal arbitral motive, y que la motivación sea coherente, es decir, que no sea contradictoria o frívola, pero no nos da la oportunidad de opinar si el análisis del tribunal fue correcto o de si su motivación es persuasiva*»; vid *Decision of the ad hoc*

y se puede afirmar que, en realidad, todos los comités de anulación atienden al hecho de que la motivación sea coherente, mientras que algunos, han ido más allá, evaluando el poder de convicción de las razones aducidas por los tribunales arbitrales. En todo caso, se considera que lo más adecuado a la finalidad del recurso de anulación es no entrar a valorar ni el peso ni la calidad de la motivación del tribunal, aunque sí su coherencia, ya que, como expresó el comité de anulación de *Klöckner*, «es apropiado englobar la categoría de fundamentos contradictorios (en inglés, en original, *contradiction of reasons*) bajo la de vulneración del deber de motivación (en inglés, en original, *failure to state reasons*), por la simple razón de que dos fundamentos genuinamente contradictorios se cancelan entre sí»⁸⁴⁷.

5.4. Deber de atenerse al Derecho aplicable al fondo acordado por las partes

En arbitraje son las partes las que señalan a los árbitros qué sistema de fuentes deben aplicar como Derecho material. Esta manifestación del principio de autonomía de la voluntad de las partes⁸⁴⁸ se traduce en una inequívoca obligación para los tribunales arbitrales en el sentido de atenerse a resolver el litigio aplicando el Derecho convenido por las partes. Dicha obligación está recogida en numerosas leyes de arbitraje estatales basadas en la Ley Modelo CNUDMI⁸⁴⁹, pero

committee on the application for annulment of the Republic of Seychelles, asunto CDC c. Seychelles (Caso CIADI n° ARB/02/14) de 29/VI/2005; pág. 70.

Además, estos autores apuntan a la necesidad de diferenciar entre las partes del laudo en que los tribunales explican su *ratio decidendi* y aquéllas en que hacen declaraciones *obiter dicta*, resaltando, con razón, que las segundas no implican una falta del deber de motivación. También dan cuenta, finalmente, de la distinción que la praxis ha establecido entre la motivación expresa y la motivación implícita, siendo ésta la que puede ser inferida del laudo, descartando así la anulación.

⁸⁴⁷ *Decision on the application for annulment submitted by Klöckner against the arbitral award rendered on October, 21 1983*, en *Klöckner c. Camerún* (asunto CIADI n° AB/81/2) de 3/V/1985; pág. 116.

⁸⁴⁸ Es unánime la doctrina a la hora de calificar este derecho de las partes como una expresión del principio de autonomía de la voluntad privada. Así ESPLUGUES MOTA en BARONA VILAR, S.; *Comentarios...*; op. cit., pág. 1123; ASÍN CABRERA en GARBERÍ LLOBREGAT, 838; BLACKABY, N.; PARTASIDES, C.; REDFERN, A.; HUNTER, M.; *Redfern and Hunter on International Arbitration. Student Version*; 6ª Edición; Oxford University Press, Oxford, 2015; pág. 189.

⁸⁴⁹ En este sentido, se puede traer a colación el artículo 28.1 de la propia Ley Modelo CNUDMI, que establece que «el tribunal decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio». En el mismo sentido, véase el art. 1710.1 del CJ belga, el art. 34.2 de la LA española, el art. 1051 de la ZPO alemana, el art. 1445.I del CCo mexicano, la sección 0039.1 del capítulo 684 de los Estatutos de Florida, el art. 28.1 de la LACI chilena, el art. 28 de la LAC canadiense y el art. 57.2 del DLA peruano. En cierto sentido, parece ser también la finalidad que busca la sección 22.4 de la Ley de arbitraje y mediación de Nigeria cuando establece que «el tribunal arbitral decidirá de acuerdo con los términos del contrato y deberá tener en cuenta los usos del comercio aplicables al negocio jurídico».

también en otras que no están basadas en ella⁸⁵⁰, además, se puede encontrar en varios reglamentos de arbitraje de instituciones arbitrales relevantes en arbitraje de inversiones⁸⁵¹ e, incluso, en el Reglamento CNUDMI de 2013 (art. 35.1).

En cuanto al Convenio, el artículo 42.1 establece que «el Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes». Además, se debe tener en cuenta que existe un criterio subsidiario que se aplica a falta de acuerdo por las partes. En estos casos, como continúa el mismo artículo, «el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables». Esta facultad del tribunal arbitral será abordada más adelante, centrándose este apartado en el deber de atenerse a las normas de Derecho sustantivo elegidas por las partes. En este sentido, es necesario abordar las modalidades en que las partes pueden elegir el Derecho sustantivo aplicable y, también, las «normas de derecho» que las partes pueden convenir como Derecho sustantivo aplicable.

5.4.1. Formas de elección del Derecho sustantivo aplicable

En cuanto a las modalidades de elección, estas pueden clasificarse en dos tipos: la elección directa y la elección implícita. Estos criterios ponen el foco sobre la manera en que se materializa la elección de las partes.

Se está ante una elección directa cuando las partes en el litigio convienen por sí mismas y de manera explícita e inmediata el Derecho sustantivo aplicable. Esta situación puede darse, a su vez, de dos formas diferentes: o las partes eligen el Derecho sustantivo aplicable al comienzo del arbitraje o, en los arbitrajes surgidos a partir del incumplimiento de un contrato entre el Estado receptor y el inversor, lo habían elegido con ocasión de la celebración del contrato de inversión en el que se recoge la cláusula arbitral. En el sistema CIADI, el primer caso es realmente excepcional en la práctica⁸⁵², aunque nada obstaría a que se pueda dar en la

⁸⁵⁰ Tal es el caso del art. 52.1 de la LAV portuguesa, de la sección 46.1 de la Ley de Arbitraje del Reino Unido y del art. 1511 del CPC francés.

⁸⁵¹ Así lo hacen el art. 35.1 del Reglamento de la HKIAC, el 22.1 del Reglamento de la CCE y el art. 21.1 del Reglamento de la CCI.

⁸⁵² Esta situación es lógica, ya que, como explican DUGAN, WALLACE, RUBINS y SABAHI, cuando la jurisdicción arbitral se basa en el consentimiento adelantado del Estado receptor contenido en un tratado o en una ley, como suele ser la práctica más corriente en el arbitraje CIADI- las partes no tienen la oportunidad de convenir el Derecho sustantivo aplicable antes de que surja la disputa. Vid. DUGAN, WALLACE, RUBINS y SABAHI, 202. Sin embargo, esta afirmación de ser puesta en cuestión. En primer lugar porque, como se verá, las partes pueden convenir en la aplicación del tratado y de

práctica y, de hecho, se ha producido alguna vez⁸⁵³. Por su parte, el segundo caso es más común. Especialmente en los casos en que el tribunal arbitral, tras interpretar y aplicar extensivamente la denominada «cláusula paraguas»⁸⁵⁴, decide sobre un incumplimiento contractual del Estado a la luz de un TBI o del TMI⁸⁵⁵.

Mucho más común en la práctica es la elección implícita. Siguiendo a SCHREUER, se puede decir que ésta tiene lugar en cuatro supuestos. El primero de ellos se da cuando el arbitraje está previsto en las leyes estatales del Estado receptor⁸⁵⁶. En esos casos, tales leyes «pueden imponer un determinado Derecho aplicable», de manera que «la aceptación de la oferta de arbitraje por el Estado implica la aceptación de la sumisión a tal Derecho»⁸⁵⁷.

En todo caso, más allá de esta clase de casos, poco corrientes, se puede plantear que una elección implícita por referencia a la legislación interna también

otras normas jurídicas que lo complementen y, por otro lado, aunque hay tratados que contienen una remisión expresa del Derecho aplicable, nada parece obstar a que las partes puedan acordar otro Derecho aplicable distinto del contenido en el TBI antes del inicio o durante el arbitraje.

⁸⁵³ Consta que en el asunto *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. c. Egipto* (caso CIADI nº ARB/84/3), las partes eligieron como Derecho aplicable el egipcio. Vid. *Award on the merits*, de 20/V/1992, pág. 337; publicado en CIADI; *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*; núm 8, 1993, págs. 328-399. En otro arbitraje las partes acordaron ex profeso que el tribunal arbitral decidiese en equidad, si bien el procedimiento ya había comenzado. Se trata del caso *Benvenuti & Bonfant c. República Popular del Congo* [actual República del Congo] (caso CIADI nº ARB/77/2). Vid. *Award rendered by the arbitral tribunal*, de 8/VIII/1980, pár. 1.22. Se puede consultar el laudo en «*Award in the Case of Benvenuti et Bonfant v. People's Republic of the Congo [decisions]*» en CIADI; *International Legal Materials*, Vol. 21, núm. 4, 1982, págs. 740-766.

⁸⁵⁴ Como explica FERNÁNDEZ MASIÁ, este tipo de cláusulas «tienen como objetivo que los posibles incumplimientos contractuales por parte estatal se transformen en incumplimientos de sus obligaciones convencionales, de tal manera que el tribunal arbitral competente con base en la cláusula de resolución de controversias contemplada en el TPPI pueda conocer de las meras acciones contractuales, que han sido elevadas mediante la inclusión de una cláusula de este tipo, al plano convencional». Vid. FERNÁNDEZ MASIÁ, 62 y 63. Un abordaje muy similar al de FERNÁNDEZ MASIÁ se puede encontrar en DUGAN, WALLACE, RUBINS y SABAHI; 541-562. Ejemplos de esta cláusula se pueden encontrar en el TBI entre Argentina y el Reino Unido, de 1994, cuyo artículo 2.2, recoge, en su última oración que «cada Parte Contratante observará todo compromiso que haya contraído con relación a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante».

⁸⁵⁵ Así sucedió, por ejemplo, en *Noble Ventures Inc. c. Rumanía* (caso CIADI nº ARB/01/11), vid. *Award* de 12/10/2005, párrafos 32 y 33.

⁸⁵⁶ Un caso prototípico es el de la Ley 2007-036 de 14/I/2008 de Madagascar, en cuyo artículo 21, el Estado malgache realiza un consentimiento avanzado de participación en un arbitraje CIADI. Al estar contenido dicho consentimiento avanzado en una ley nacional que regula el régimen jurídico de las inversiones extranjeras, es lógico que el ordenamiento jurídico que quepa aplicar sea el que se refiere a tal régimen jurídico. Disposiciones similares se pueden encontrar en el artículo 28.2 de la Ley de Inversiones de Guyana de 2004, el art. 15 de la Ley de inversiones de El Salvador de 1999 y el art. 23.2.b) de la Ley de inversiones de Tanzania de 1997.

⁸⁵⁷ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 570.

tiene lugar cuando en un contrato entre un inversor y el Estado receptor se establece que ciertas relaciones jurídicas dimanantes del contrato habrán de ser reguladas por reglamentos específicos del ordenamiento jurídico del Estado receptor. Este problema se planteó en el asunto *Autopista Concesionada c. Venezuela*. Allí, el tribunal entendió que una referencia puntual en el contrato de concesión a un Decreto Ley y un Decreto Ejecutivo venezolanos no equivalía a un acuerdo de las partes en cuanto a una aplicación exclusiva del ordenamiento jurídico venezolano⁸⁵⁸. Esta postura es compartida por SCHREUER⁸⁵⁹. A pesar de lo cual, ha de concluirse que dicha decisión es desacertada: en ese caso, el compromiso de arbitraje venía incorporado al propio contrato de concesiones y, por ello, la aplicación del Derecho internacional a la controversia no se justificaba bajo ningún caso.

El segundo supuesto de elección implícita se da cuando el tribunal arbitral infiere el Derecho sustantivo aplicable a partir de las declaraciones realizadas con ocasión de la actividad procesal de las partes. Como explica SCHREUER, al basar sus alegaciones escritas en un determinado ordenamiento jurídico, el tribunal puede interpretar que las partes han convenido en la aplicación de tal ordenamiento jurídico⁸⁶⁰. Se trata esta de una situación que ha tenido lugar en no pocas ocasiones dentro del sistema CIADI⁸⁶¹.

⁸⁵⁸ Vid. *Laudo* en el asunto *Autopista Concesionada de Venezuela c. República Bolivariana de Venezuela* (caso CIADI nº ARB/00/5), de 23/IX/2003; párrafos 92-105. Un asunto en el que se resolvió en sentido contrario es *LETCO c. Liberia*, de 1983, en el que una referencia en el contrato al Derecho mercantil general liberiano fue entendido por el Tribunal como una remisión en exclusiva al Derecho liberiano y, aunque podría ser posible que el tribunal arbitral declarase aplicable los principios generales del Derecho internacional, no parecía razonable concluir que el Derecho liberiano contradijera tales principios. Vid. *Arbitral Tribunal Award* en *Liberian Eastern Timber Corporation c. Liberia* (caso CIADI nº ARB/83/2), de 31/III/1986 en CIADI; *International Legal Materials*, Vol. 26, Núm. 3, 1987; págs. 647-679

⁸⁵⁹ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 570.

⁸⁶⁰ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 573.

⁸⁶¹ En este sentido, se puede citar el laudo de *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka* (caso CIADI nº ARB/87/3) de 27/VI/1990, en cuyo párrafo 20 el tribunal arbitral entiende que de los escritos de las partes se desprende que el TBI entre el Reino Unido y Sri Lanka debía ser la fuente primaria de Derecho aplicable al fondo. En *Amco Asia c. Indonesia* (caso CIADI nº ARB/81/1), el párrafo 148 del laudo recoge que, tras el análisis de los escritos de las partes, parece quedar meridianamente claro que estas acuerdan que el Derecho aplicable sea el Derecho indonesio y los principios generales del Derecho internacional –se puede consultar en laudo en «*Excerpts of Award on the merits in Arbitration between Amco Asia Corporation et al. and Indonesia*» en CIADI; *International Legal Materials*, vol. 24, núm. 4, 1985; págs. 1022-1039. De la misma forma, el tribunal arbitral en *Wena Hotels c. Egipto*, entendió que, como el demandante basaba sus escritos en el Derecho egipcio, mientras que la parte actora lo hacía en los principios generales del Derecho internacional, ambos sistemas debían ser aplicables al caso; en este sentido, vid. *Award* en *Wena Hotels c. Egipto* (caso CIADI nº ARB/98/4), de 31/X/2005, pág. 79. En *Caravelí Cotaruse c. Perú*, el

El tercer supuesto viene conformado por aquellos casos en que el TBI o TMI en que se recoge la oferta de arbitraje contiene una cláusula indicando el Derecho aplicable⁸⁶². En efecto, se trata de cláusulas bastante comunes en este tipo de tratados internacionales⁸⁶³ y los tribunales arbitrales se han hecho eco de tales cláusulas reiteradas veces, tanto de manera expresa⁸⁶⁴, como de forma implícita⁸⁶⁵.

Finalmente, un cuarto supuesto es el que se da cuando el tribunal, dando cuenta de que su jurisdicción viene determinada por la firma de un TBI entre el demandado y el Estado de origen del actor, se remite a dicho tratado internacional para entender que existe una elección implícita del Derecho internacional⁸⁶⁶. Estos casos se diferencian del supuesto anterior en que no existe una cláusula de Derecho aplicable en el TBI o TMI correspondiente, pero aun así el tribunal entiende que tal tratado es aplicable, junto con el resto de principios generales del Derecho internacional. Así, por ejemplo, en *MTD c. Chile*, el tribunal afirmó que «el Tribunal se limitará a indicar que, para dar efecto a lo dispuesto en el art. 42.1 del Convenio, las partes han acordado este arbitraje al amparo del TBI. Siendo este

tribunal entendió que de los escritos presentados por las partes, quedaba meridianamente claro que ambas convenían en aplicar el Derecho interno peruano; vid. *Laudo Arbitral* en Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía SAC c. República del Perú (caso CIADI n° ARB/11/9), de 15/IV/2013, párrafos 107 a 110. En el mismo sentido, de elegir como aplicable el Derecho interno, el tribunal arbitral del caso *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. República de Senegal* (caso CIADI n° ARB/82/1). Vid. *Sentence*, de 25/II/1988; pár. 5.02. Finalmente, también es el caso del arbitraje *Pluspetrol et al. c. Perupetro*, en que el tribunal entendió que el Derecho aplicable al fondo del asunto era en primer lugar el Derecho peruano, al cual se habían referido ambas partes. Vid. *Laudo* en *Pluspetrol Peru Corporation SA et al. c. Perupetro* (caso CIADI n° ARB/12/28), de 21/V/2015, pár. 114.

⁸⁶² SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 576.

⁸⁶³ Sin ánimo de exhaustividad, se pueden citar, dentro de los TMIs, la sección 1131 del TLCAN, el art. 6 del TCE, el art. 9.5 del Protocolo de Colonia. Pero también existen muchos TBIs que recogen cláusulas de este tipo, como el TBI entre Argentina y Países Bajos (art. 10), el de Argentina y Reino Unido (art. 8.4), el de Argentina y España (art. X.5), el de Argentina y Francia (art. 8.4), el de Chile y España (art. 10.4), el de Paraguay y Suiza (art. 9.6), el de Cuba y España (art. 11.3), el de España y Venezuela (art. XI.4), el de España y México (art. XV) o el de Eslovaquia y Países Bajos (art. 8.6).

⁸⁶⁴ Se puede apreciar esto en *Sentence rendue par un le tribunal arbitral* en *Antoine Goetz et consortes c. Burundi* (caso CIADI n° ARB/95/3), de 10/II/1999, pár. 94; en *Laudo sobre excepciones preliminares expeditas de la demanda, de conformidad con el artículo 10.10.5 del CAFTA-DR* en *Corona Materials c. República Dominicana* (caso CIADI n° ARB(AF)/14/3), de 31/V/2016, pár. 185; en *Award* en *Ansung Housing Co. Ltd. c. República Popular China* (caso CIADI n° ARB/14/25), de 9/III/2017, párrafos 30 y 31; en *Award* en *Siemens A.G. c. República Argentina* (caso CIADI n° ARB/02/08), de 6/II/2007, pár. 76.

⁸⁶⁵ Es el caso de *Técnicas Medioambientales TECMED, SA c. Estados Unidos Mexicanos* (caso CIADI n° ARB(AF)/00/2), de 29/V/2003, párrafos 93 y ss. Cfr. Art. XV TBI entre España y México; en *Laudo* en *OI European Group BV c. República Bolivariana de Venezuela* (caso CIADI n° ARB/11/25), de 10/III/2015, párrafos 269 a 274

⁸⁶⁶ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 578.

instrumento un tratado internacional, el compromiso de arbitraje bajo el TBI requiere que el Tribunal aplique el Derecho internacional»⁸⁶⁷. En todo caso, cabe reseñar que se trata de supuestos muy poco comunes en la práctica.

5.4.2 Derecho aplicable al fondo del asunto

En cuanto al Derecho aplicable al fondo del asunto, DUGAN *et al.* realizan la siguiente enumeración: «las normas o términos contractuales convenidos por las partes, si existen; los TBI; el Derecho del Estado receptor y otras normas relevantes de Derecho interno; y el Derecho internacional público»⁸⁶⁸. Sin embargo, tratándose los convenios internacionales, como los TBI y los TMI, de instrumentos de Derecho internacional público, parece que resulta más razonable una clasificación que diferencie entre Derecho interno de los Estados, Derecho internacional y Derecho derivado de contratos específicos entre Estados e inversores extranjeros⁸⁶⁹. Sobre la base de esta clasificación se realizará el análisis acerca de dichas fuentes.

5.4.1.1. Derecho internacional

Como se ha visto en el subapartado anterior, la referencia en TBI y TMI a la aplicación del Derecho internacional público no son raras. Para saber qué fuentes constituyen el Derecho internacional público, es clásico atender al art. 38 ETIJ, según el cual

«la Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho»⁸⁷⁰.

⁸⁶⁷ Vid. *Award* en el asunto MTD Equity Sdn. Bhd. Y MTD Chile SA, c. República de Chile (caso CIADI n° ARB/01/7), de 25/V/2004, pár. 87. En el mismo sentido, vid. *Award of the Tribunal* en ADC Affiliate Limited y ACD & ADMC Management Limited c. República de Hungría (caso CIADI n° ARB/03/16), de 2/X/2006, pár. 290.

⁸⁶⁸ DUGAN, WALLACE, RUBINS y SABAHI, 201

⁸⁶⁹ Por lo demás, esta es la clasificación que sigue SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., págs. 558-562.

⁸⁷⁰ La doctrina coincide unánimemente en que el art. 38 ETIJ no establece ninguna suerte de jerarquía entre las fuentes del Derecho internacional. Vid. BASSIOUNI, M.C.; «*A functional approach*

De especial interés en el arbitraje de inversiones resultan los principios generales del Derecho y los tratados internacionales. En cuanto a los principios generales del Derecho internacional, hay que señalar que no parece que exista una definición de los mismos que genere consenso en la doctrina⁸⁷¹. Esa dificultad parece surgir de la propia naturaleza de los mismos, que ha sido objeto de una amplia discusión⁸⁷². Así, si desde una postura iuspositivista DIEZ DE VELASCO señala que «los principios subyacen en las reglas» y «su identificación y formulación se establece por inducción de éstas»⁸⁷³. Por su parte, desde una postura iusnaturalista, VELÁZQUEZ ELIZARRÁS sostiene que los principios generales del Derecho «son, en esencia, conceptos del derecho natural que suelen recibirse en el derecho de gentes, del cual constituyen una fuente autónoma, real y sustantiva, por lo que poseen un carácter preeminente respecto a la fuente formal o positiva que representan los tratados y la costumbre»⁸⁷⁴.

El debate se complica aún más por la dificultad de establecer los principios concretos que forman parte de esta categoría. Como explican BIDDULPH y NEWMAN, ni tan siquiera existe consenso en cuanto a la correcta metodología a aplicar para identificar tales principios generales del Derecho en el plano internacional. Por ello, «se ha intentado buscar su origen en los ordenamientos jurídicos estatales, en los fundamentos del Derecho internacional en su totalidad, en el Derecho natural, en las costumbres incipientes, en los principios de la lógica jurídica y en los

to “general principles of international Law”» en *Michigan Journal of International Law*; vol. 11, 1990; pág. 781-783; VÁZQUEZ ELIZARRÁS, J.C.; «Reflexiones generales en torno a la importancia de los principios del Derecho internacional» en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, pág. 420.

Sin embargo, se ha de apuntar que esto es válido para el TIJ, pero no parece nada claro que se pueda decir lo mismo para el sistema CIADI, donde lo importante es el acuerdo de las partes que, por supuesto, pueden imponer una jerarquía normativa al tribunal arbitral.

⁸⁷¹ Como explica BASSIOUNI, «el debate doctrinal no se centra tanto en conceptos dogmáticos, sino más bien en el sentido más pragmático de discernir qué evidencia la existencia de los principios generales. Esta orientación refleja el empirismo pragmático de la tradición del *Common Law* frente a la romanista-civilista-germánica». Vid. BASSIOUNI, M.C.; «A functional approach...»; op. cit., pág. 770.

⁸⁷² Vid. VÁZQUEZ ELIZARRÁS, J.C.; «Reflexiones generales...»; op. cit., pág. 412.

⁸⁷³ 95.

⁸⁷⁴ 411. En un mismo sentido, se puede citar al juez TANAKA, del TIJ, quien defendió en un voto particular de la segunda sentencia del caso *South West Africa* que «los Estados no son capaces de crear derechos humanos a través del Derecho o de tratados internacionales; lo único que pueden es confirmar su existencia y darles protección. El papel del Estado no es más que declaratorio». Vid. «Dissenting opinion of judge Tanaka» en *TIJ; Reports of Judgments, Advisory opinions and Orders; South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), judgement of 18 July 1966*; pág. 295.

instrumentos de *soft-law*»⁸⁷⁵. A pesar de esta dificultad, lo cierto es que la jurisprudencia internacional, tanto del TPJI como del TIJ, ha identificado una serie de principios que a día de hoy están asentados y se entienden como tales por la comunidad jurídica internacional⁸⁷⁶.

Por lo que hace al Derecho internacional de las inversiones, estos autores indican que el método que ha prevalecido a la hora de identificar los principios generales dentro de este ámbito ha sido el de buscar tales principios en los ordenamientos jurídicos estatales y trasponerlos al Derecho internacional. El resultado, para estos autores, ha redundado en la aceptación del estándar de tratamiento justo y equitativo como principio general del Derecho de inversiones, al que se podrían añadir otros principios, como el tratamiento de la nación más favorecida, la protección frente a la expropiación, la prohibición de trato discriminatorio a los inversores extranjeros y el principio de protección plena⁸⁷⁷.

Debido a la generalidad que comportan, SCHREUER desaconseja que se establezca como única fuente aplicable al arbitraje CIADI los principios generales del Derecho internacional; ya que la actividad inversora deberá aplicar preceptos jurídicos dimanantes del Derecho interno que regulan materias muy técnicas, como la fiscalidad, los derechos laborales o el Derecho de la contratación

⁸⁷⁵ BIDDULPH, M; NEWMAN, D.; «*A contextualized account of General Principles of International Law*» en *Pace International Law Review*; vol. 26, 2014; págs. 290 y 291. Para una discusión acerca de la pertinencia de buscar los principios generales del Derecho internacional en el Derecho interno de los Estados, vid. VÁZQUEZ ELIZARRÁS, J.C.; «*Reflexiones generales...*»; op. cit., págs. 427-431.

⁸⁷⁶ BIDDULPH, M; NEWMAN, D.; «*A contextualized account...*»; op. cit., págs. 292-294. Para estos autores, tales principios serían el de exigir que los Estados respeten los derechos conferidos a los extranjeros en su territorio, el deber de reparar en caso de incumplimiento de obligaciones internacionales, el principio de protección diplomática, la libertad de comunicación marítima, la prohibición del genocidio, los principios de Derecho humanitario, *uti possidetis iuris*, el principio de buena fe, las garantías del debido proceso, el respeto al efecto de *res iudicata*, el reconocimiento de las personas jurídicas, el respeto a la intervención necesaria de terceros y el principio de *estoppel*. Por su parte, VÁZQUEZ ELIZARRÁS busca el núcleo de tales principios en el artículo 2 de la Carta de la ONU –que consagra el principio de igualdad soberana entre Estados, el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas, la solución pacífica de las controversias internacionales, la prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la independencia política e integridad territorial de los Estados y la no intervención en los asuntos internos de los Estados-, así como en el Derecho de los tratados –cual es el caso de los principios *pacta sunt servanda*, *res inter alios acta*, *ex consensu advenit vinculum*, *rebus sic stantibus* y el respeto a las normas de *ius cogens*-, identificando además otros tantos principios que, según este autor, han ido evolucionando como parte de la dinámica del propio Derecho internacional y de las relaciones internacionales, a los que habría que incluir ciertos principios de Derecho internacional económico y medioambiental. vid. VÁZQUEZ ELIZARRÁS, J.C.; «*Reflexiones generales...*»; op. cit., págs. 431-434.

⁸⁷⁷ BIDDULPH, M; NEWMAN, D.; «*A contextualized account...*»; op. cit., págs. 314-319.

administrativa. Así, para este autor⁸⁷⁸, si la única fuente aplicable a un determinado litigio son solamente los principios generales del Derecho, el Derecho aplicable adolecería de la claridad y el detalle técnico recomendables⁸⁷⁹.

Aparte de los principios generales del Derecho, es común que se aplique en arbitraje de inversiones el Derecho de los tratados. Como se ha explicado, los TBI y los TMI son tratados internacionales de carácter bilateral o multilateral. Por tanto, cuando se explica que el Derecho de los tratados se aplica en no pocos arbitrajes de inversiones, se está haciendo referencia justamente a la aplicación de los TBI y TMI. La estructura de estos tratados es bastante similar: se consagran las obligaciones de promover y proteger las inversiones efectuadas por nacionales de los Estados parte en el tratado, así como los derechos a un tratamiento justo y equitativo, a la no discriminación entre inversores extranjeros y nacionales, a la no expropiación de las inversiones, y a la libre transferencia de capitales; además de contener la CNMF⁸⁸⁰. Como se mostró en el subapartado anterior, las remisiones al Derecho incorporado a los TBI o TMI son bastante comunes en la práctica arbitral CIADI, si bien la misma crítica que se realizó a los principios generales del Derecho se puede traer aquí. Es decir, al tener los derechos de los inversores redacciones tan vagas, esto da lugar a la posibilidad de que la interpretación de tales derechos por el tribunal arbitral sea realmente amplia, minando así la seguridad jurídica de las partes⁸⁸¹.

⁸⁷⁸ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 562.

⁸⁷⁹ Para REDFERN y HUNTER, en referencia al arbitraje comercial internacional, el problema apuntado por SCHREUER va más allá, de manera que abarca a todo el Derecho internacional público y no sólo a los principios generales de éste. En este sentido, sostienen que el Derecho internacional público, al «ocuparse principalmente de la relación entre Estados, no está particularmente preparado para dar solución a cuestiones contractuales específicas [...] Puede hacerse esta misma crítica a los principios generales del Derecho, que si bien son excelentes como generalizaciones, no resultan suficientemente específicas». Vid. BLACKABY, N.; PARTASIDES, C.; REDFERN, A.; HUNTER, M.; *Redfern and Hunter...*; op. cit., pág. 198

⁸⁸⁰ Vid. FERNÁNDEZ MASIÁ, 21

⁸⁸¹ Este hecho fue severamente criticado en la *Declaración pública sobre el régimen de inversión internacional*, de 31 de agosto de 2010, firmado por 78 académicos. En dicha *Declaración* se afirma que «5. Los laudos emitidos por árbitros internacionales contra los Estados han incorporado en muchos casos interpretaciones excesivamente expansivas del lenguaje de los tratados de inversión. 6. Estas interpretaciones han dado prioridad a la protección de la propiedad y los intereses económicos de las empresas transnacionales por sobre el derecho a regular de los Estados y al derecho de los pueblos a la libre determinación. Esto es especialmente evidente en el enfoque adoptado por muchos tribunales de arbitraje con los conceptos de nacionalidad, expropiación, tratamiento de nación más favorecida, no discriminación y trato justo y equitativo en los tratados de inversión. Todos ellos han recibido una indebida interpretación favorable a los inversores a expensas de los Estados, sus gobiernos y a personas en cuyo nombre actúan». Vid. VVAA; «*Declaración pública sobre el régimen de inversión internacional*»; pág. 1. Disponible online en

En este sentido, resulta interesante la reflexión contenida en el laudo del asunto *AAPL c. Sri Lanka*, en la que el tribunal arbitral se preguntó cómo han de ser interpretados los tratados internacionales, defendiendo una interpretación desde el lenguaje del Derecho internacional, y en atención a las siguientes reglas: a) no está permitido interpretar lo que no necesita interpretación; b) los intérpretes no se deben desviar del uso corriente de las palabras empleadas en el tratado; c) cuando el texto de una cláusula del tratado se antoje ambiguo, habrá que interpretarlo a la luz de sentido general del tratado; d) el recurso a las normas y principios del Derecho internacional deben ser tenido en cuenta a la hora de realizar la interpretación; e) las cláusulas convencionales han de ser interpretadas siempre en el sentido de que aporten un significado, en detrimento de otros sentidos que les hagan ineficaces y f) cuando sea necesario interpretar un tratado, pueden ser de utilidad tratados anteriores o posteriores que regulen materias similares a las reguladas por el tratado que está siendo interpretado⁸⁸². Finalmente, la naturaleza convencional de los TBI y TMI permiten acudir a la CVDT, en particular a la Sección Tercera de la Parte III, que regula la interpretación de los tratados internacionales⁸⁸³.

5.4.1.2. Derecho interno

<https://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/>. Consultado el 01/X/2018.

También critica esta opción SCHREUER, para quien tratar el TBI como un sistema jurídico autocontenido y separado de cualquier sistema estatal o internacional preexistente es un método dudoso de seleccionar las normas aplicables, que tendrá, además, la virtualidad de crear numerosos problemas prácticos. SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 562.

⁸⁸² Vid. *Final Award* en *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka* (caso CIADI nº ARB/87/3), de 27/VI/1990, párrafos 39 y 40

⁸⁸³ Esta Sección Tercera incluye una «Regla general de interpretación», según la cual, «un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado: b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes». Además, se regula la posibilidad de acudir a «medios de interpretación complementarios», en especial los trabajos preparatorios de los tratados y se aborda, finalmente, el orden de prelación de los textos auténticos del tratado redactados en más de un idioma.

Otra fuente del Derecho muy comúnmente utilizada es el Derecho interno del Estado receptor, como se ha visto en el subapartado anterior⁸⁸⁴. Aunque como apunta SCHREUER, se trata de una práctica poco común⁸⁸⁵. Por otro lado, además del Derecho del Estado receptor, en algunos casos, los tribunales arbitrales CIADI han decidido asuntos a la luz del Derecho de un tercer Estado⁸⁸⁶.

Esto se explica por la amplia libertad de las partes a la hora de elegir el Derecho sustantivo aplicable. Dicha libertad existe, incluso, en el arbitraje interno⁸⁸⁷. Y se puede traducir en la elección de solamente determinadas parcelas del ordenamiento jurídico del Estado receptor, que se pueden combinar con otras normas jurídicas de otros Estados, un fenómeno conocido por su nombre en francés, «*dépeçage*»⁸⁸⁸, surgido en el arbitraje comercial internacional, pero extendido a día de hoy en el arbitraje de inversiones⁸⁸⁹.

⁸⁸⁴ Vid. notas al pie 80 y 88

⁸⁸⁵ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 558.

⁸⁸⁶ En este sentido, se pueden citar el caso *CDC c. Seychelles*, en que el Derecho sustantivo aplicable fue el Derecho inglés, puesto que así se estipulaba en el contrato cuyo incumplimiento había dado lugar al arbitraje. Vid. *Award* en *CDC Group PLC c. República de Seychelles* (caso CIADI nº ARB/02/14), de 17/XII/2003, pár. 43. En otros casos, se aplicaron tanto el Derecho del Estado receptor como el de un tercer Estado. Aquí se puede traer a colación el asunto *World Duty Free c. Kenia*, en el que la cláusula arbitral del contrato entre el inversor y el Estado receptor establecía como Derecho aplicable al arbitraje el inglés, mientras que el mismo contrato enunciaba, en otro artículo, que el Derecho aplicable al contrato era el keniano. Finalmente, el tribunal optó por aplicar principalmente el Derecho inglés, ya que entendió que éste y el keniano no guardaban grandes diferencias. Vid. *Award* de 4/X/2006, en el asunto *World Duty Free c. República de Kenia* (caso CIADI nº ARB/00/7), párrafos 158 y 159; disponible en CIADI; *International Legal Materials*; vol. 46, núm. 2; págs. 339-372. Un caso parecido es el de *OXY c. Ecuador*, en que el tribunal se remitió al Derecho del Estado de Nueva York (EEUU) a la hora de interpretar el contenido de las obligaciones de la parte del contrato de concesión, en lengua inglesa *farmout*; en particular, si la cesión era ajustada a Derecho. Vid. *Laudo* en el asunto *Occidental Petroleum Corporation c. República del Ecuador* (caso CIADI nº ARB/06/11), de 5/X/2012; cfr. párrafos 92, 130, 195 y en especial los párrafos 645 a 648

⁸⁸⁷ Vid. ESPLUGUES MOTA en BARONA VILAR, S. (Coord.); *Comentarios...*; op. cit., pág. 1131

⁸⁸⁸ Vid. REESE, W.L.M.; «*Dépeçage: a common phenomenon in the choice of Law*» en *Columbia Law Review*, núm. 73, 1973; págs. 58-75. Cfr. ASÍN CABRERA, A. en GARBERÍ LLOBREGAT, 839

⁸⁸⁹ Para HEISKANNEN, el fenómeno es intrínseco al arbitraje de inversiones: «el arbitraje internacional está basado en un *dépeçage* sistemático: las normas jurídicas aplicables al compromiso arbitral, al procedimiento, al tribunal arbitral y, finalmente al fondo de la demanda son frecuentemente diferentes entre ellas. En otras palabras, el *dépeçage* es inherente a la naturaleza del arbitraje internacional como práctica jurídica. Particularmente, es el caso del arbitraje de inversiones, que normalmente se ocupa de una serie de cuestiones vinculadas con el Derecho público y el privado». Vid. HEISKANNEN, V.; «*Forbidding Dépeçage: Law governing investment arbitration*» en *Suffolk Transnational Law Review*; núm. 32, vol. 2, 2009; págs. 395-396

5.4.1.3. El Derecho de la Unión Europea

Dentro de este apartado, cabría además preguntarse acerca del Derecho de la UE. Es bien cierto que se trata de un Derecho cuya naturaleza no es homogénea, coexistiendo en su seno instrumentos de carácter internacional e instrumentos de carácter «supranacional», que se asemejan mucho por sus efectos y régimen de validez a los Derechos internos de los Estados⁸⁹⁰. Con todo, dado que la competencia de la UE a la hora de regular materias como la unión aduanera, la política comercial común o el Derecho de la competencia viene atribuida en exclusiva a la UE y no a sus Estados miembros⁸⁹¹, aquí se ha preferido situar el abordaje del estudio del Derecho de la UE dentro de apartado de Derecho interno. En otras palabras, se entiende que una remisión al Derecho interno de un Estado parte en un TBI es una remisión, al fin y al cabo, al Derecho de la UE.

La pertinencia de abordar, aunque sea brevemente el Derecho de la UE, viene impuesta por una reciente -pero conocida- Sentencia del TJUE, la del asunto *Achmea c. República Eslovaca*, de 6/III/2018. Lo que se planteó en *Achmea* a través de una cuestión prejudicial del art. 267 TFUE, fue si el hecho de que un tribunal arbitral de inversiones, al aplicar el Derecho de la UE, estaría vulnerando la autonomía de dicho Derecho, según la cual la interpretación última del mismo corresponde al TJUE⁸⁹², normalmente a través del mecanismo de la decisión prejudicial. En este caso, el Tribunal de Luxemburgo entendió que el tribunal arbitral de *Achmea* no formaba parte del sistema judicial de la UE⁸⁹³, ya que no estaba incardinado en el Poder Judicial de ninguno de los Estados miembros de la UE⁸⁹⁴ y, por ende, no podría solicitar una decisión prejudicial al TJUE⁸⁹⁵. En definitiva, el TJUE concluyó que

⁸⁹⁰ Para una discusión sobre este particular, vid. DIEZ-PICAZO, L.M.; «La naturaleza de la Unión Europea» en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*; vol. 4, 2008; págs. 2-67; pero en especial las págs. 4 y 5. También se puede consultar LIÑÁN NOGUERAS, D.L.; «Capítulo 14. El Sistema de normas y actos en la Unión Europea (II)» en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.L.; *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*; 9ª Ed.; Editorial Tecnos, Madrid, 2016; págs. 358-388

⁸⁹¹ Vid. apartados a, b, c y e del artículo 3 y art. 4 del TFUE

⁸⁹² Delimitada a través del art. 344 TFUE, según el cual, «los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos»

⁸⁹³ Para una discusión del término «sistema judicial de la UE», vid. SARMIENTO, D.: *Poder Judicial e Integración europea. La Construcción de un Modelo Jurisdiccional para la Unión*; Thomson Civitas, Madrid, 2004.

⁸⁹⁴ STJUE (Gran Sala), de 6/III/2018, en el asunto C-284/16, República Eslovaca c. Achmea BV; párrafos 45, 46.

⁸⁹⁵ Ídem, pár. 49. Si en el asunto actual se pudo instar al TJUE a emitir una decisión prejudicial fue por el mero hecho de que, al haber elegido como sede del arbitraje la ciudad alemana de Frankfurt am Main, el Derecho aplicable a la acción de anulación del laudo y a su ejecución era el alemán, en

«los litigios [...] del tribunal arbitral previsto en el artículo 8 del TBI pueden tener por objeto la interpretación tanto de dicho Tratado como del Derecho de la Unión, la posibilidad de someter estos litigios a un organismo que no constituye un elemento del sistema jurisdiccional de la Unión está establecida por un tratado que no ha sido celebrado por la Unión, sino por ciertos Estados Miembros [...] Dicho artículo 8 puede poner el peligro, además del principio de confianza mutua entre los Estados miembros, la preservación del carácter propio del Derecho establecido por los Tratados, garantizado por el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE, por lo que no es compatible con el principio de cooperación [leal]»⁸⁹⁶.

La conclusión fue, por consiguiente, que el artículo 8 del TBI vulneraba el principio de autonomía del Derecho de la UE.

El efecto más severo de esta sentencia es sintetizado por HESS: «después de *Achmea*, no hay futuro para los TBI adoptados entre miembros de la UE»⁸⁹⁷. En efecto, mientras que el Derecho de la UE sea aplicable, los Estados Miembros no pueden someter sus controversias a ningún órgano jurisdiccional que no esté previsto en el ordenamiento jurídico de la UE⁸⁹⁸. Esto valdría tanto para los arbitrajes seguidos de acuerdo con el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, como para aquéllos seguidos ante el CIADI. Sin embargo, parece que para HESS los laudos que ya han sido dictados por un tribunal CIADI sí podrían ser ejecutados⁸⁹⁹, aunque no en ningún Estado Miembro de la UE, postura con la que se está de acuerdo.

5.4.1.4. Derecho contractual

especial el ZPO, que permitió al BGH plantear la cuestión prejudicial. Sin embargo, en el caso de que la sede del arbitraje fuese el territorio de un Estado que no fuese miembro de la UE, como es el caso del arbitraje CIADI, tal posibilidad quedaría bloqueada.

⁸⁹⁶ Ídem, párr. 58.

⁸⁹⁷ HESS, B.; «*The fate of investment dispute resolution after the Achmea decision of the European Court of Justice*»; *MPILux Research Papers Series*; núm. 3, 2018; pág. 9. En el mismo sentido, IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I.; «*La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)*» en *La Ley. Unión Europea*, núm. 60, 2018; pág. 7. Para ANKERSMITH, a raíz de *Achmea* no será raro que se impugnen ante los tribunales del sistema jurisdiccional de la UE la validez de numerosos laudos que fueron dictados en condiciones parecidas. A esto se podrá unir la acción de la Comisión Europea que, al parecer, ha defendido desde hace tiempo la derogación de los TBIs entre Estados Miembros de la UE. Vid. ANKERSMITH, L.; «*Achmea: the beginning of the end of ISDS in and with Europe?*» en *Investment Treaty News*, disponible online en <https://www.iisd.org/itn/2018/04/24/achmea-the-beginning-of-the-end-for-isds-in-and-with-europe-laurens-ankersmit>. Consultado el 01/X/2018.

⁸⁹⁸ Ídem, pág. 12.

⁸⁹⁹ Ídem, pág. 14.

Aunque a día de hoy el convenio arbitral no se suele recoger en contratos celebrados entre el Estado receptor y el inversor extranjero⁹⁰⁰, para DUGAN *et al.*, el artículo 42.1 del Convenio CIADI «se refiere primariamente a la situación en que la jurisdicción del CIADI está basada en una cláusula de arbitraje de un contrato de inversión entre el Estado y la parte privada»⁹⁰¹.

En todo caso, la aplicación del Derecho emanado del contrato no se puede considerar como un sistema jurídico auto-contenido, sino que, para poder hacerlo eficaz, se debe poner en relación con un ordenamiento jurídico que le dote de validez. En ese sentido, la aplicación de las disposiciones contractuales debe venir relacionada, bien con un determinado ordenamiento jurídico interno, bien con el Derecho internacional.

⁹⁰⁰ A pesar de ello, hay ejemplos contemporáneos de estos casos. Vid. *Sentence arbitrale* en Lundin Tunisia BV c. República Tunecina (caso CIADI nº ARB/12/30), de 22/XI/2015, párrafos 116-122; *Award* en Caratube International Oil Company LLP c. Kazajstán (caso CIADI nº ARB/13/13), de 27/IX/2017, pár. 27; *Laudo* en Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía SAC c. República del Perú (caso CIADI nº ARB/11/9), de 15/IV/2013, párrafos 7-8; *Laudo* en Elsamex SA c. Honduras (caso CIADI nº ARB/09/4), de 16/XI/2012, párrafos 120 y 122; *Award* en CDC Group PLC c. República de Seychelles (caso CIADI nº ARB/02/14), de 17/XII/2003, pár. 4; y *Decisión sobre competencia* en Autopista Concesionada de Venezuela c. República Bolivariana de Venezuela (caso CIADI nº ARB/00/5), de 27/XI/2001, párrafos 79-144

⁹⁰¹ DUGAN, 202. En el mismo sentido, vid. HEISKANNEN, V.; «*Forbidding Dépeçage...*»; op. cit., pág. 369.

6. Derechos procesales de los árbitros CIADI

6.1. Derecho a formular un voto particular

El artículo 48.4 del Convenio CIADI dispone que «los árbitros podrán formular un voto particular, estén o no de acuerdo con la mayoría, o manifestar su voto contrario si disienten de ella». La extensión de este derecho, así como la conveniencia de su existencia y su relación con la transparencia fueron abordadas en el primer capítulo de este trabajo, al que este apartado se remite.

6.2. Derecho a renunciar

La Regla de Arbitraje 8, bajo la rúbrica «incapacidad o renuncia de los árbitros», establece en su segundo apartado que

«un árbitro puede presentar su renuncia a los otros miembros del Tribunal y al Secretario General. Si el árbitro fue nombrado por una de las partes, el Tribunal considerará sin dilación las razones de su renuncia y decidirá si la acepta. El Tribunal notificará su decisión sin demora al Secretario General».

A la luz de este precepto, cabe preguntarse en qué casos se justifica una renuncia y qué consecuencias trae dicha renuncia a las partes y al árbitro renunciante.

6.2.1. Casos en que cabe la renuncia

El Derecho a renunciar está recogido en la Ley Modelo de la CNUDMI, y en numerosas leyes nacionales basadas en dicha Ley Modelo⁹⁰², así como en otras que no lo están, como la LAC de Portugal (art. 15.1), e incluso, dentro del arbitraje institucional, el Reglamento de arbitraje de la HKIAC (art. 11.9). El art. 14 de la Ley Modelo parece diseñar la renuncia como una de las formas de remoción del cargo, de tipo voluntaria, ante casos de incumplimiento o imposibilidad de ejercer las funciones arbitrales. Las otras modalidades de remoción, forzosas, consistirían en el acuerdo de ambas partes o en la decisión en tal sentido de la autoridad judicial que asiste al arbitraje.

⁹⁰² Es el caso de las legislaciones sobre arbitraje de España (art. 19), Nigeria (art. 10.1.a)), Alemania (pár. 1038), México (art. 1430), Florida (sec. 684.0015), Chile (art. 14), Canadá (art. 14), Perú (art. 29.2.c y 20.3) y Hong Kong (sec. 27).

La Regla 8 parece compartir el mismo espíritu que la Ley Modelo. En primer lugar, por su rúbrica, «incapacidad o renuncia de los árbitros», que parece conectar la renuncia con la incapacidad para desarrollar las funciones arbitrales. En segundo lugar, porque el primer apartado de la Regla se refiere a la incapacitación forzosa del árbitro a través del procedimiento ordinario de recusación de la Regla 9.

Sin embargo, esta conclusión parece apresurada, por dos razones. La primera, que en la Regla 6 se recoge una causa de renuncia implícita que está desvinculada de cualquier motivo referente a la incapacidad o a la falta de cumplimiento. Así, en dicha Regla se establece que la falta de firma de la declaración inicial de los árbitros al finalizar la primera sesión del Tribunal se entenderá como una renuncia. Esa declaración inicial, recuérdese, exige el compromiso del árbitro a garantizar la confidencialidad del procedimiento y un trato equitativo a las partes, y además supone la primera materialización del ejercicio del deber de revelación. La otra razón que objeta la conexión de la renuncia con el incumplimiento de los deberes arbitrales o la incapacidad para llevarlos a cabo, es que la redacción de la Regla 8.2 no establece tal dependencia. Simplemente se limita a referir que «el Tribunal considerará sin dilación las razones de su renuncia», pero sin delimitar qué clase de razones habrán de ser esas.

En este sentido, se estima que las razones que, *a priori*, los árbitros pueden alegar en el momento de renunciar son tres: a) para evitar vulnerar los requisitos de la independencia y de la imparcialidad, b) por la incapacidad o imposibilidad de cumplir efectivamente sus funciones y, finalmente, c) por otras razones, como estar en grave e irreconciliable desacuerdo con la mayoría del tribunal arbitral.

En cuanto a la renuncia que se hace para garantizar los estándares de imparcialidad e independencia, lo primero que cabría preguntarse es si no se está ante un deber, más que ante un derecho. En Derecho interno, la abstención es un deber⁹⁰³, pero ni en el Convenio CIADI, ni en las Reglas de Arbitraje se exige la renuncia en casos de vulneración de la independencia y la imparcialidad. Sin embargo, el artículo 14 del Convenio parece tajante cuando expresa que los árbitros deben «inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio», una imparcialidad que, lógicamente, se ha de mantener a lo largo de todo el procedimiento. En ese sentido, se considera necesario que, cuando un árbitro entienda que no está en situación de proveer de garantías suficientes de que actuará de forma imparcial e independiente, tiene entonces el deber, y no sólo el

⁹⁰³ CALVO SÁNCHEZ, M.C.; *Control de la imparcialidad del tribunal constitucional*; Editorial Atelier, Barcelona, 2009; PÁG. 55

derecho de renunciar. Cabe finalmente referir que en la práctica se ha dado algún caso de renuncia tras la presentación de una solicitud de recusación por una parte del litigio. Sin embargo, y a pesar de que los árbitros no deben motivar su decisión de renunciar, los renunciantes, o han explicado que en efecto renunciaban para no vulnerar la exigencia de imparcialidad⁹⁰⁴, o han renunciado explicando que, a pesar de su decisión, y según su opinión, no vulneraban tal exigencia⁹⁰⁵.

Pocas dudas parece ofrecer el caso en que la renuncia se debe a la incapacidad o imposibilidad de ejercer las funciones arbitrales. Renuncias en base a este motivo se han producido en casos en que el árbitro se veía impedido de realizar sus funciones a causa de una enfermedad⁹⁰⁶, o a causa de la enfermedad de un familiar⁹⁰⁷. Pero aun cabría englobar aquí una multiplicidad de situaciones hipotéticas, como: que el árbitro entienda que no tiene suficiente conocimiento del idioma del arbitraje, o que entienda que no podrá estar disponible durante toda la duración del arbitraje, o que estime que no tiene suficiente conocimiento de la materia del litigio, etcétera. Lo cierto es que, por lo que se explicó más arriba, este es el motivo que menos problemas plantea a la hora de abordar el estudio de la renuncia.

Por último, cabe preguntarse si la renuncia se vería justificada en caso de que el renunciante estuviese en desacuerdo con la postura jurídica adoptada por la mayoría del tribunal. La respuesta a esta pregunta es clara: tal posibilidad no se justifica. Y si bien es cierto que se ha planteado esta situación en la práctica, la formación restante del tribunal nunca ha autorizado tales renunciaciones⁹⁰⁸. Se

⁹⁰⁴ Con la excepción del asunto *Vannessa Ventures*, en el que el presidente del tribunal renunció tras conocer que los asesores jurídicos de la demandada habían decidido contar con los servicios profesionales de otro abogado que ejercía en la misma *Chamber* que dicho presidente. Vid. *Transcription of the Hearing* en *Vannessa Ventures Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela* (caso CIADI n° ARB(AF)/04/6), de 6/V/2007; págs. 15-16.

⁹⁰⁵ Es el caso de *Blue Bank*; vid. *Decision on the parties' proposals to disqualify a majority of the tribunal* en *Blue Bank International & Trust (Barbados) c. República Bolivariana de Venezuela* (caso CIADI n° ARB/12/20), de 12/XI/2013. También es el caso de la renuncia que tuvo lugar en el comité ad hoc del asunto *Pey Casado*; vid. *Letter of resignation* del Prof. Phillippe Sands, QC en el asunto *Víctor Pey Casado c. República de Chile* (ARB/98/2), de 10/I/2014.

⁹⁰⁶ Como en *Vannessa Ventures y ConocoPhillips*. Vid. *Laudo* en *Vannessa Ventures Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela* (caso CIADI n° ARB(AF)/04/6), de 16/I/2013; pár. 30. Vid. *III Decisión sobre la propuesta de recusación a la mayoría del tribunal* en *ConocoPhillips Petrozuata et al. c. República Bolivariana de Venezuela* (caso CIADI n° ARB/07/30), de 1/VII/2015, párrafos 17, 42 y 43.

⁹⁰⁷ Como en *İçkale İnşaat*. Vid. *Award* en *İçkale İnşaat Limited Şirketi c. Turkmenistán* (caso CIADI n° ARB/10/24), de 8/III/2016, párrafos 56-58.

⁹⁰⁸ Así en *Pey Casado* y en *Holiday Inns*. Para el primer caso, vid. cartas enviadas al Secr. Gral. CIADI por los tres miembros del tribunal. En especial, carta de 26/VIII/2005 del árbitro Galo Leoro Franco, cartas de 26/VII/2005, 4/X/2005, de 17/XI/2005 y de 5/XII/2005 del árbitro Pierre Lalive

considera que esta solución es, además, la más correcta, ya que el desacuerdo de un árbitro con el resto de la formación es una situación normal, derivada de la propia naturaleza del arbitraje, en que las partes en litigio nombran a los árbitros, que a menudo mantendrán posturas jurídicas encontradas.

6.2.2. Consecuencias de la renuncia

En cuanto a las consecuencias de la renuncia, estas se pueden dividir entre consecuencias procedimentales, consecuencias para las partes y consecuencias para los árbitros.

6.2.2.1 Consecuencias para los árbitros

Las consecuencias para los árbitros no están específicamente reguladas ni en el Convenio ni en las Reglas de Arbitraje. Si bien alguna consecuencia se puede inferir. Así, es lógico que continúe en vigor el deber de confidencialidad, ya que éste no se extingue con la función arbitral, como se tuvo la oportunidad de aclarar. Además, se ha entendido que el árbitro renunciante debe facilitar en la medida de lo posible al tribunal y a las partes el desarrollo del litigio. Por otro lado, parece lógico sostener que se extinguen la obligación de fallar y las que se derivan de la misma, e incluso la exigencia de cumplir con los principios de independencia e imparcialidad, pudiendo entonces el renunciante, por ejemplo, comenzar una relación profesional con una parte o con sus asesores jurídicos.

Más complicado de determinar es si se mantiene el derecho al cobro de honorarios. En este sentido, WEBSTER considera que «el entendimiento común es que un árbitro recibirá remuneración por su trabajo hasta la fecha en que es removido o renuncia»⁹⁰⁹; un criterio que se considera razonable cuando la renuncia es aceptada y se produce de buena fe, pero que parece cuestionable en otros supuestos, en que se puede considerar que se produce un incumplimiento contractual, con la consiguiente extinción de las obligaciones contractuales para la otra parte, es decir, para los litigantes; siendo la obligación de remunerar a los árbitros la más importante del contrato de dación de arbitraje.

6.2.2.2. Consecuencias para las partes

y carta de 7/X/2005 del árbitro Mohammed Bedjaoui. El caso Holiday Inns c. Marruecos (caso CIADI nº ARB/72/1) es citado por SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 1196.

⁹⁰⁹ WEBSTER, T.H.; *Handbook...*; op. cit., pág. 409.

También hay consecuencias para las partes. En especial, si el renunciante había sido nombrado por alguna de ellas. Así, si la renuncia es aceptada por el resto del tribunal arbitral, será la parte la que vuelva a nombrar al sustituto (Regla 11.1), en cambio, si la renuncia no es aceptada, la parte perderá su derecho a nombrar sustituto, recayendo dicha facultad en el Pdte. del Cons. Advtvo. CIADI (Art. 56.3 Convenio). Lo mismo se puede decir del presidente del tribunal que es nombrado por común acuerdo de las partes⁹¹⁰. Si bien en este último caso, el Pdte. del Cons. Advtvo. CIADI no goza de total libertad en el nombramiento, ya que deberá nombrar a alguna persona de entre las que figuran en la Lista de Árbitros del CIADI (Regla 11.2), una garantía que se considera acertada, al restringir así la posibilidad de que la decisión del Presidente sea arbitraria.

La aceptación o denegación de la renuncia recae en el resto del tribunal arbitral (Regla 8.2), tratándose ésta de una facultad que no aparece minuciosamente reglamentada en las Reglas de Arbitraje, lo cual hubiese sido deseable, para reducir al mínimo la arbitrariedad de la decisión. Sin embargo, entre las razones por las que se ha rechazado otorgar aceptación a una renuncia, se encuentran causas como: realizar la renuncia a pocos días de la celebración de la vista oral sobre el fondo⁹¹¹, renunciar cuando faltaba poco tiempo para la terminación del procedimiento⁹¹², o renunciar tras asumir el cargo de directivo en una empresa demandante, intentando exigiendo que se mantuviera el derecho de la demandante a nombrar árbitro⁹¹³. En todo caso, como el primer Secr. Gral. del CIADI, Aron BROCHES, expresó durante la redacción del Convenio, la finalidad de este precepto es evitar que el árbitro y las partes coludan, con la intención de frustrar o ralentizar el procedimiento⁹¹⁴ y, por ello, cuando no existe tal colusión, la sanción es siempre desproporcionada para la parte. En este sentido, es interesante la propuesta realizada por el miembro español del comité durante la redacción del Convenio, para quien el interés de enlentecer el procedimiento se podría conjurar otorgando en todo caso a la parte interesada un breve plazo para llevar a cabo la sustitución, un plazo cuyo incumplimiento abriría la posibilidad

⁹¹⁰ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 1193.

⁹¹¹ Se entiende que con la intención velada de dilatar el procedimiento, sin embargo, la renuncia se produjo varias semanas antes de la celebración de la vista oral, con lo cual la justificación del resto de los miembros del tribunal se antoja vaga. Vid. *III Decisión sobre la propuesta de recusación a la mayoría del tribunal* en ConocoPhillips Petrozuata et al. c República Bolivariana de Venezuela (caso CIADI nº ARB/07/30), de 1/VII/2015, párrafos 17, 42 y 43.

⁹¹² Vid. *Award* en Enron Corporation Ponderosa Assets LP c. República Argentina (caso CIADI nº ARB/01/3), de 22/V/2007; pág. 39.

⁹¹³ Así lo describe SCHREUER, en cuanto al asunto Holiday Inns c. Marruecos (caso CIADI nº ARB/72/1) es citado por SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 1196.

⁹¹⁴ «Memorandum de la Reunión del Comité en Pleno», de 23/II/1965 en CIADI; *Convention...*; Vol. 2, parte II; Washington D.C., 1968; pág. 992.

prevista⁹¹⁵. Se considera que esta solución hubiese sido más respetuosa con los derechos de las partes en el litigio, a la vez que se garantizaba con ella la eficacia del procedimiento.

Es importante resaltar que la falta de consentimiento del resto del tribunal a la renuncia de un co-árbitro no impide que ésta sea efectiva y que desde ese momento desaparezcan las citadas obligaciones del árbitro. La consecuencia es, simplemente, la reseñada en los párrafos anteriores. Dicho con otras palabras: la eficacia de la renuncia no depende de la concurrencia de la aceptación del resto del tribunal.

Finalmente, parece que quedan dos situaciones que no están explícitamente reguladas: aquélla en la que la renuncia se produce antes de que el tribunal comience a desarrollar su cometido y aquélla en que el árbitro renunciante no había sido nombrado por la parte, sino por el Pdte. del Cons. Adtvo. CIADI ante la inacción de dicha parte. Se considera que, en aras a proteger el principio de autonomía de la voluntad y los derechos de las partes, en tales casos no se puede sustraer el derecho a nombrar un árbitro sustituto que compete a las partes.

6.2.2.3. Consecuencias procedimentales

En cuanto a las consecuencias procedimentales, hay que decir que éstas vienen recogidas en las Reglas de Arbitraje. Se cuentan entre ellas la suspensión del procedimiento, que viene impuesta por la Regla 10.2, según la cual, «luego de la notificación del Secretario General [...], el procedimiento se suspenderá o continuará suspendido hasta que se llene la vacante». Es decir, que la suspensión se podrá acordar, normalmente, por el tribunal arbitral luego de la renuncia de un miembro, y si la suspensión no se produce, ésta tendrá lugar *ex lege*, conforme a dicha Regla.

Tal suspensión sólo se levantará cuando se sustituya efectivamente al árbitro renunciante, conforme a los procedimientos establecidos en la Regla 11, continuándose en tal caso el procedimiento desde el punto a que se había llegado en el momento en que se produjo la vacante; en otras palabras: no existe posibilidad de retrotraer las actuaciones, si bien «el nuevo árbitro podrá requerir que se repitan las actuaciones orales, si es que ya habían comenzado» (Regla 12). Esta retrotracción de las actuaciones orales se considera acertada, en aras a garantizar el principio de inmediatez.

⁹¹⁵ Ídem, pág. 993.

6.3. Discusión sobre la existencia de otros deberes no recogidos expresamente ni en el Convenio ni en las Reglas

6.3.1. Deber de congruencia

Para GIMENO SENDRA, la congruencia es la obligación constitucional según la cual «la sentencia ha de adecuarse a las pretensiones de las partes, sin que pueda el tribunal otorgar más de lo pedido por el actor, menos de lo resistido por el demandado, ni fundar la Sentencia en causas de pedir distintas a las que se han erigido en el objeto del proceso»⁹¹⁶. Se trata la congruencia de una obligación dirigida a los jueces que viene recogida en varias legislaciones procesales civiles, como la española⁹¹⁷, la italiana⁹¹⁸, la portuguesa⁹¹⁹ o la francesa⁹²⁰ aunque no se recoge en otras como la alemana o la británica.

En cuanto a las legislaciones sobre arbitraje, cabe referir que la Ley Modelo de la CNUDMI parece recogerlo de forma vaga, en su art. 34.2.iii), que norma las causas de anulación del laudo. En particular, las causas de este numeral son: «que el laudo se [refiera] a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o [contenga] decisiones que exceden los términos del acuerdo del arbitraje». Es decir, no se regula expresamente la incongruencia, sino más bien el exceso de competencia del tribunal arbitral. Si la incongruencia se refiere a las alegaciones de las partes, el exceso de competencia lo hace al ámbito de materias arbitrables, según el acuerdo del arbitraje⁹²¹. Sin embargo, el ordenamiento español, que se basa en dicha Ley modelo, ha producido jurisprudencia que entiende que dicho artículo incluye los supuestos de incongruencia⁹²².

⁹¹⁶ GIMENO SENDRA, V.; *Derecho...*; op. cit., pág. 530. Por su parte, en 1957, ARAGONESES ALONSO definía la congruencia sin vincularla a la Constitución, que por aquél entonces era inexistente, como «el principio normativo dirigido a delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional por el cual debe existir identidad entre lo resuelto y lo controvertido oportunamente por los litigantes, y en relación con los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico». Vid. ARAGONESES ALONSO, P.; *Sentencias congruentes: pretensión, oposición, fallo*; Ed. Aguilar, Madrid, 1957; pág. 87.

⁹¹⁷ Art. 218 LEC.

⁹¹⁸ Art. 112 CdPC.

⁹¹⁹ Art. 609 CPN.

⁹²⁰ Vid. Art. 464 CCPC.

⁹²¹ Cfr. MOLINA CABALLERO, M.J.; *La congruencia en los laudos arbitrales*; Universidad de Málaga, Málaga, 2002; págs. 96-150.

⁹²² Así en la STSJ de Madrid (Sala Civil y Penal, sección 1ª), núm. 42/2017 de 20/VI/2017 [AC 2017\1064], en que se delimita el alcance de la exigencia de congruencia, al afirmar que tal exigencia es más flexible en arbitraje que en la jurisdicción, si bien en todo caso se debe tener en cuenta que «la congruencia no tiene otra exigencia que la derivada de la conformidad que ha de

La cláusula de la Ley Modelo ha sido adoptada por varias legislaciones sin modificaciones⁹²³, si bien algunas legislaciones basadas en dicho instrumento la han acrecentado, previendo también como causa de anulación la incongruencia *extra petita*⁹²⁴, es decir, aquélla en la que el laudo condena a cosa distinta de la pedida por el actor. Ahora bien, dentro de la legislación no basada en la Ley Modelo se puede incluso encontrar explícitamente una prohibición no sólo de la congruencia *extra petita*, sino también de la *ultra petita*⁹²⁵, es decir, de aquélla que se produce cuando el fallo condena a una prestación mayor que la que solicitaba el actor.

Ahora bien, ni en el Convenio, ni en las Reglas de Arbitraje CIADI se recoge explícitamente la obligación de congruencia. Además, toda derivación de tal obligación a partir del artículo 52. 1.b) del Convenio⁹²⁶ se presenta como demasiado forzada. Una muestra de ello es que la incongruencia en el sistema CIADI nunca ha sido abordada por la doctrina, y la manifiesta extralimitación a que se refiere el art. 52.1.b) del Convenio no ha sido interpretado como una prohibición de la congruencia por la doctrina. Sin embargo, se considera, con MOLINA CABALLERO, que la obligación de congruencia es una consecuencia lógica del principio dispositivo y del derecho de defensa⁹²⁷. Y lo cierto es que ambos se encuentran en la mismísima base del sistema CIADI, por lo que no es descabellado afirmar que tal obligación, si bien no está recogida en ningún instrumento jurídico, existe y mantiene plena vigencia en el sistema CIADI.

6.3.2. Deber de otorgar un trato equitativo a las partes

existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso y existe congruencia ahí donde la relación entre estos dos últimos términos, fallo y pretensiones deducidas no estén sustancialmente alteradas» (FJ 3º); en la STSJ del País Vasco (Sala Civil y Penal, sección 1ª) núm. 5/2017 de 25/V/2017 [RJ 2017\2951], en que se explica que no toda incongruencia es meritoria de anulación, sino sólo aquélla que suponga «una modificación sustancial del objeto procesal con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, impidiéndole ejercitar oportunamente su derecho de defensa» (FJ 3º); en la STSJ de Madrid (Sala Civil y Penal, sección 1ª), núm. 45/2017 de 4/VII/2017 [AC 2017\1065], en donde se puntualiza que «un laudo desestimatorio no es incongruente, salvo que ignore injustificadamente un allanamiento» o situación análoga (FJ 4º).

⁹²³ Es el caso de las legislaciones belga (art. 1717.3.a.vi), alemana (pár. 1059.2.c), mexicana (art. 1457.I.c), floridense (sección 684.0046), chilena (art. 34.2.a.iii) y canadiense (art. 34.2.a.iii).

⁹²⁴ Tal es el caso de la LA/2003 española (art. 41.1.c) y del DL de Arbitraje de Perú (art. 63.1.d).

⁹²⁵ Es el caso de la LAC portuguesa (art. 46.3.a.v) y de la LAM ecuatoriana (art. 31.d).

⁹²⁶ Cuyo texto es el siguiente: «Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo [...] fundado en [...] las siguientes causas: [...] que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades».

⁹²⁷ Cfr. MOLINA CABALLERO, M.J.; *La congruencia...*; op. cit., págs. 159-160.

El deber de dar un trato equitativo a las partes viene recogido en la Ley Modelo de la CNUDMI (art. 18), así como en las legislaciones nacionales que se basan en ella⁹²⁸, y en otras que no lo hacen⁹²⁹, además de en las Reglas de Arbitraje CNUDMI⁹³⁰ y algún reglamento de arbitraje institucional⁹³¹.

Por otro lado, este deber no está explícitamente recogido en el Convenio y en principio tampoco en las Reglas de Arbitraje, si bien es cierto que en la declaración inicial que deben rellenar los árbitros, regulada en la Regla 6, éstos se comprometen a juzgar «con equidad», lo cual no puede ser confundido con un arbitraje en equidad o *ex aequo et bono*, sino que se refiere más bien a que los árbitros se comprometen a desarrollar sus funciones de forma equitativa.

Aparte de ello, lo cierto es que parece que la exigencia de otorgar un trato igualitario a las partes se sitúa en la base de no pocas disposiciones del Convenio y las Reglas, como el artículo 45 del Convenio, que ordena a conceder un período de gracia a la parte que no haya comparecido antes de dictar el laudo; o como las numerosas reglas de arbitraje que imponen al árbitro el deber de escuchar a las partes a la hora de fijar las fechas de las sesiones (Regla 13) y de decidir las cuestiones procesales (Regla 20); o como las que son un reflejo del principio de contradicción en cuanto a las actuaciones escritas (Regla 31), a la propuesta de la prueba (Regla 33), al interrogatorio de testigos y peritos (Regla 35) y a la adopción de medidas provisionales (Regla 39.4).

Por todo ello, no parece descabellado afirmar que existe un deber de otorgar un trato igualitario a las partes. En este caso, dicho deber se infiere principalmente del espíritu que guía a algunas de las normas jurídicas del Convenio y las Reglas.

6.3.3. Deber de redactar por sí mismos los laudos

Aunque parezca una obviedad, el deber de escribir por sí mismos los laudos ha saltado recientemente a la palestra a partir del famoso caso *Yukos*, un arbitraje de inversiones surgido en aplicación del TCE y regido por el Reglamento CNUDMI. En aquél asunto, el presidente del tribunal arbitral había nombrado, sin consultarlo con las partes a un asistente que, según sus propias palabras, se

⁹²⁸ Así en las legislaciones belga (art. 1699), española (24.1), alemana (pár. 1042.1), mexicana (art. 1034), floridense (684.0029), chilena (art. 18), canadiense (sec. 18), peruana (art. 34.2) y hongkonesa (sec. 46.2).

⁹²⁹ Así en las legislaciones portuguesa (art. 30.1.b), británica (sec. 33.1.a) y francesa (art. 1510).

⁹³⁰ Es el caso tanto del Reglamento de 2013 (art. 17.1), como del de 1976 (art. 15.3).

⁹³¹ Por ejemplo, Reglamento de la HKIAC (art. 13.5) y Reglamento CCI/2017 (art. 22.4).

encargaría de mantener el contacto entre el presidente y las partes cuando éste se encontrase de viaje⁹³². Sin embargo, el cómputo de horas trabajadas por dicho asistente, que resultó ser mucho mayor al de los miembros del tribunal, llevó a la demandada, Rusia, a instar un informe pericial lingüístico que concluyó que el asistente había redactado la mayor parte del laudo⁹³³. Rusia instó la anulación del laudo ante los tribunales neerlandeses, sobre esta y otras bases, como que el TCE no estaba en vigor para Rusia, pues no éste país no la había ratificado⁹³⁴. Al aceptar esta última alegación, el tribunal neerlandés anuló el laudo sin entrar a decidir sobre el motivo relativo a la redacción del laudo por una persona que no era miembro del tribunal arbitral⁹³⁵.

Como apuntes previos, hay que aclarar que todos los tribunales arbitrales CIADI cuentan con personal de apoyo en sus funciones, como mínimo con un secretario del tribunal, cuyas competencias vienen reguladas en la regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI⁹³⁶, y cuya función principal es la de prestar el apoyo técnico-procesal necesario para el desarrollo del proceso, haciendo de enlace entre el tribunal arbitral y el Secretariado General del Centro. En algunos procedimientos, incluso se han nombrado asistentes del tribunal, o del presidente del tribunal, cuya función sería la de prestar asistencia logística⁹³⁷ y negociar con las partes sobre el cronograma del arbitraje⁹³⁸, aunque en algún caso no se recoge cuáles son las funciones que las partes acuerdan que desarrollen tales

⁹³² Vid. *Transcription of the procedural hearing held on October 31, 2005*; pág. 93; citado en BERMANN, G.A.; *Expert opinion of Professor George A. Bermann*, presentado en el caso n° 1: 14-CV-01996-ABJ ante la Corte Federal del Distrito de Columbia, de 20/X/2015; pág. 100.

⁹³³ Vid. BERMANN, G.A.; *Expert opinion...*; op. cit., pág. 118. En concreto, el «informe del Dr. Chaski» concluyó que el asistente había redactado el 68,57% de la sección relativa a objeciones preliminares, el 65,38% de la sección relativa a la responsabilidad y el 71,43% de la sección relativa a la cuantía de los daños.

⁹³⁴ Vid. *Judgement* (The Hague District Court, Chamber for Commercial Affairs); casos n° C/09/477160/HA ZA/15-1 y n° C/09/477162/HA ZA 15-2 y n° C/09/481619/HA ZA 15-112; de 20/IV/2016; pág. 4.2.

⁹³⁵ Ídem, vid. párrafos 5.96-5.98.

⁹³⁶ Según la regla 25, tal secretario será nombrado por el Secretario General del CIADI y ejercerá las siguientes funciones: «(a) representar al Secretario General y desempeñar todas las funciones que este Reglamento o las Reglas asignan al Secretario General respecto de cada procedimiento, o que el Convenio le asigna al Secretario General, y que éste haya delegado en el Secretario; (b) servir de conducto para que las partes puedan solicitar servicios particulares del Centro; (c) levantar actas resumidas de las audiencias, a menos que las partes acuerden conjuntamente con la Comisión, Tribunal o Comité otra manera de levantar actas de las audiencias; y (d) desempeñar otras funciones respecto de los procedimientos cuando así lo solicitare el Presidente de la Comisión, Tribunal o Comité, o de acuerdo con las instrucciones que le imparta el Secretario General».

⁹³⁷ Vid. *Award* en Caratube International Oil Company LLP et al. c. República de Kazajstán (caso CIADI n° ARB/08/12), de 5/VII/2012; pág. 14

⁹³⁸ Vid. *Award* en Glamis Gold Ltd. C. Estados Unidos de América (caso seguido por las reglas CNUDMI), de 8/VI/2009; párrafos 189, 214 y 262.

asistentes⁹³⁹. Para GALAN, tales nombramientos no deben causar sorpresa, ya que se justifican por la complejidad de los asuntos y la abundancia de escritos presentados por las partes⁹⁴⁰.

Por otro lado, el contrato de dación de arbitraje despliega una obligación personalísima, es decir, que sólo puede ser ejercida por la persona designada por las partes del contrato. Como explica BERMANN, «una característica definitoria del procedimiento arbitral es el derecho de las partes [...] de seleccionar los árbitros y definir su mandato», resultando que dicha selección suele depender de criterios como la experiencia del árbitro, o su reputación, juicio y carácter, así como por su disponibilidad⁹⁴¹. Esta idea se refleja incluso en algún instrumento de *Soft law*, como es el *Código ético de la AAA/ABA*, cuyo canon V.C) establece que «el árbitro no debe delegar sus funciones en ninguna otra persona».

En concordancia con esto último, varios instrumentos normativos subrayan las funciones de los secretarios, en especial, la de preparar las audiencias⁹⁴², preparar los borradores de las resoluciones procesales⁹⁴³ y de los hechos y los antecedentes procesales de los laudos⁹⁴⁴, localizar y reunir el material probatorio para ponerlo a disposición del tribunal⁹⁴⁵, asistir a las deliberaciones y realizar anotaciones⁹⁴⁶, preparar sumarios de jurisprudencia y doctrina⁹⁴⁷ o transmitir documentos y notificaciones por cuenta del tribunal arbitral⁹⁴⁸. En todo caso, todos

⁹³⁹ Vid. *Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility* en *The Rompetrol Group NV c. Rumanía* (caso CIADI ARB/06/3), de 18/IV/2008; pág. 21

⁹⁴⁰ GALAN, P.; «*The challenge of the Yukos Award: an Award Written by Someone Else – a Violation of the Tribunal's Mandate?*»; en *Kluwer Arbitration Blog*; de 27/II/2015; disponible online en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/02/27/the-challenge-of-the-yukos-award-an-award-written-by-someone-else-a-violation-of-the-tribunals-mandate/>; consultado el 08/VII/2018

⁹⁴¹ Vid. BERMANN, G.A.; *Expert opinion...*; op. cit., pág. 79.

⁹⁴² Vid. CNUDMI; *Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral*; 2016; pág. 36; CCI; *Note on the appointment, duties and remuneration of administrative secretaries*; de 1/VIII/2012; págs. 1-2.

⁹⁴³ Vid. CNUDMI; *Notas de la CNUDMI...*; op. cit., pág. 36 y HKIAC; *Guidelines on the use of a secretary to the arbitral tribunal*; de 1/VI/2014; pág. 3.3.

⁹⁴⁴ Vid. CNUDMI; *Notas de la CNUDMI...*; op. cit., pág. 36.

⁹⁴⁵ Vid. CCI; *Note on the appointment...*; op. cit., págs. 1-2 y HKIAC; *Guidelines on the use of a secretary...*; op. cit., pág. 3.3.

⁹⁴⁶ Vid. CCI; *Note on the appointment...*; op. cit., págs. 1-2 y HKIAC; *Guidelines on the use of a secretary...*; op. cit., pág. 3.3.

⁹⁴⁷ Vid. CNUDMI; *Notas de la CNUDMI...*; op. cit., pág. 36; Vid. CCI; *Note on the appointment...*; págs. 1-2 y HKIAC; *Guidelines on the use of a secretary...*; op. cit., pág. 3.3.

⁹⁴⁸ Vid. CCI; *Note on the appointment...*; op. cit., págs. 1-2.

esos instrumentos destacan que los secretarios no pueden participar de las funciones decisorias del tribunal⁹⁴⁹.

Nada se regula, sin embargo, acerca de los asistentes del presidente del tribunal o del tribunal. Ahora bien, se debe entender que sus funciones deben ser, como mucho análogas a algunas de las de los secretarios del tribunal, por ejemplo, en lo atinente a prestar soporte en la recopilación de jurisprudencia y doctrina o en la transmisión de comunicaciones entre el tribunal y terceros. Y ello por la razón de que el arbitraje, como se expresó al comienzo de este apartado, despliega una obligación personalísima sobre las personas de los árbitros, de la que dan cuenta los requisitos del art. 14 del Convenio y el hecho de que sean las partes quienes los elijan, sin más limitaciones que su nacionalidad. Siendo esto así, se puede afirmar que existe la obligación para los árbitros CIADI de escribir por sí mismos los laudos arbitrales.

⁹⁴⁹ Vid. CNUDMI; *Notas de la CNUDMI...*; op. cit., pág. 36; CCI; *Note on the appointment...*; op. cit., pág. 2 y HKIAC; *Guidelines on the use of a secretary...*; op. cit., pág. 3.6. Si bien es cierto que las *Notas de la CNUDMI* recogen una excepción: «en algunos tipos de arbitraje especializados poco comunes (por ejemplo, en los casos en que el reglamento de arbitraje específico disponga que los secretarios habrán de proporcionar asesoramiento jurídico en relación con la decisión del tribunal arbitral cuando este esté integrado únicamente por especialistas en la materia que no sean juristas».

7. Derecho al pago de honorarios

Se puede afirmar que el pago de honorarios es la principal obligación de las partes con respecto a los árbitros. El Reglamento Administrativo y Financiero CIADI, en su regla 14.1, diferencia cuatro partidas que han de incluirse dentro de los honorarios de los árbitros: la referente a la remuneración de los días que participen en reuniones del tribunal, la relativa a la remuneración por cada día de ocho horas de trabajo en asuntos relacionados con el procedimiento, las dietas de reembolso de los gastos de subsistencia realizados mientras el árbitro se encuentre fuera de su residencia normal y, finalmente, los gastos de viaje incurridos en conexión con reuniones en las cuales deba participar en calidad de árbitro.

La determinación de la cuantía puede realizarse de dos maneras distintas. O bien es el tribunal arbitral el que determina sus honorarios previa consulta al Secr. Gral., respetando los límites que establezca el Consejo Administrativo (art. 60.1 Convenio CIADI)⁹⁵⁰, siendo ésta la vía mayoritaria⁹⁵¹. O bien es acordado anticipadamente por las partes del litigio (art. 60.2 Convenio CIADI); lo cual suele implicar unos honorarios más altos, siendo que esta vía se suele reservar para los procedimientos de una cuantía inusualmente alta⁹⁵².

Hay que señalar que el pago no es realizado directamente por las partes, sino por el CIADI (Regla 14.2.a), siendo que el importe de los honorarios es determinado periódicamente por el Secr. Gral. (Regla 14.1). Además, el Reglamento Administrativo y Financiero prevé que las partes anticipen al Centro los gastos que el Secr. Gral. estime que se realizarán en el procedimiento concreto (Regla 14.3.a.i). Estas medidas se pueden explicar por la intención de minimizar el

⁹⁵⁰ En este sentido, habría que atenerse a la *Lista de pagos de derechos, honorarios y cargos* del CIADI, cuya última actualización es de 1/VII/2017, disponible *online* en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/icsiddocs/Schedule-of-Fees.aspx>; así como al *Memorandum sobre pagos y gastos del CIADI*, cuya última actualización es de 6/VII/2005; disponible en inglés *online* en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/icsiddocs/--Memorandum-on-the-Fees-and-Expenses-English.aspx>. Ambas consultadas el 08/VIII/2018. Según dichas listas, los días de trabajo de los árbitros, de ocho horas de duración, serán remunerados con 3000\$, independientemente de si el trabajo consiste en la reunión física del tribunal, o de si se realiza en otro lugar. También son reembolsables las dietas, con un estándar general de 115\$ al día, que se pueden convertir en 135\$ (para ciudades como Lima, Marrakech o San José de Costa Rica), 170\$ (para ciudades como Caracas, Atenas, Lisboa, Guayaquil o Washington DC) ó en 185\$ (para ciudades como Madrid, Berlín, Londres, París, Roma, La Haya, Nueva York o Toronto). También se abonan los viajes realizados para asistir al lugar de reunión del tribunal arbitral, siempre que sea por la ruta más directa, permitiéndose viajar en una clase superior a la económica. También son abonables, según dichas listas, los desplazamientos a aeropuertos y una indemnización por los días de viaje.

⁹⁵¹ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 1219.

⁹⁵² SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 1220.

riesgo de conflicto entre las partes y los árbitros a causa de su remuneración, lo que garantizaría una mayor independencia⁹⁵³. Pero también porque se impide que las partes eviten realizar ciertos pagos, con el objetivo de minar la eficacia del procedimiento.

Una característica muy peculiar de los honorarios pagados a los árbitros CIADI es que todas las cantidades recibidas en tal concepto están libres de impuestos cuando la única base territorial de imposición es la ubicación del Centro, el lugar donde se desarrollen los procedimientos o el lugar del pago de los honorarios o dietas (art. 24.3 Convenio CIADI), lo cual se explica por la propia naturaleza del CIADI, como organismo vinculado a una Organización Internacional como es el Banco Mundial. Sin embargo, como explica SCHREUER, este precepto no contiene una cláusula de exención tributaria, sino que simplemente busca evitar la tributación basada en la localización del Centro (es decir, la sede del BM en Washington DC, Estados Unidos de América; vid. art. 2 Convenio), lo que significa que los árbitros sí tributarán por sus honorarios, pero lo harán en el lugar donde tengan su domicilio fiscal principal⁹⁵⁴.

El alto coste del procedimiento ha sido criticado en numerosas ocasiones⁹⁵⁵. Ésta crítica es más incisiva cuando se tiene en cuenta que la regla de atribución de

⁹⁵³ Esta postura era defendida por HAMILTON en *El Federalista*: «Después de la permanencia en el cargo, nada puede contribuir más eficazmente a la independencia de los jueces que el proveer en forma estable a su remuneración. La observación que se formuló en el caso del Presidente resulta igualmente aplicable a éste. Conforme al modo ordinario de ser de la naturaleza humana, un poder sobre la subsistencia de un hombre equivale a un poder sobre su voluntad. Y no podemos esperar que se realice nunca en la práctica la separación completa del poder judicial y del legislativo en ningún sistema que haga que el primero dependa para sus necesidades pecuniarias de las asignaciones ocasionales del segundo». Vid. HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J.; (BLANCH, D.; MÁIZ SUÁREZ, R. [Trads.]); *El Federalista*; ed. Akal, Madrid, 2015; artículo 79. Esta idea se refleja en la sección primera del artículo tercero de la Constitución de los Estados Unidos de América, según la cual «los jueces [...] recibirán en periodos fijos, una remuneración por sus servicios que no será disminuida durante el tiempo de su encargo» y también en el art. 402.1 LOPJ, según el cual «el Estado garantiza la independencia económica de los Jueces y Magistrados mediante una retribución adecuada a la dignidad de la función jurisdiccional».

⁹⁵⁴ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 70. En el mismo sentido, WEBSTER, T.H.; *Handbook...*; op. cit., pág. 83.

⁹⁵⁵ Por ejemplo, en CNUCYD; *Controversias entre inversores y Estados: prevención y alternativas al arbitraje*; Nueva York/Ginebra, 2010; pág. 14; en REED, L.; «More on Corporate Criticism of International Arbitration»; *Kluwer Arbitration Blog*; de 16/VII/2010; donde se hace referencia a un estudio elaborado por el CCIAG según el cual el 69% de los actores jurídicos implicados consideraban que los costes del arbitraje inversor-Estado eran excesivos; disponible online en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/07/16/more-on-corporate-criticism-of-international-arbitration/>; consultado el 08/VIII/2018; en GAUKRODGER, G.; GORDON, K.; «OECD Working Papers on International Investment 2012/13. A scoping paper for the investment policy

las costas procesales no es la del vencimiento, salvo casos excepcionales⁹⁵⁶, sino la del reparto proporcional. En efecto, se considera que los honorarios de los árbitros son altos, pero es de justicia indicar que representan un pequeño porcentaje de las costas procesales totales, cuyas partidas más altas suelen ser la del pago a los asesores jurídicos de las partes⁹⁵⁷.

community»; París, 2012; pág. 19; en donde se dice que las costas de los arbitrajes inversor-Estado alcanzan de media los 8 millones de euros, pudiendo llegar a los 30 millones en algunos casos.

⁹⁵⁶ Vid. *Laudo* en Philip Morris Brands SÀRL et al. c. República Oriental del Uruguay (caso CIADI nº ARB/10/7), de 8/VII/2016; pár. 590.

⁹⁵⁷ EBERHARDT, P.; OLIVET, C.; *Profiting...*; op. cit., pág. 15.

8. Criterios de consideración moral y reconocida competencia

En el art. 14 del Convenio, además de la imparcialidad –e independencia-, se establece que

“[l]as personas designadas [...] deberán gozar de amplia consideración moral [y] tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas [...] La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros”.

Qué constituye una amplia consideración moral y, aún, cuándo se puede afirmar que alguien posee reconocida competencia son materias que no han sido apenas problematizadas seriamente por la doctrina y que muy rara vez han sido esgrimidas en la práctica como causas de recusación⁹⁵⁸.

8.1. Criterios de consideración moral

Durante una de las reuniones del comité plenario encargado de la redacción del Convenio CIADI, el presidente de dicho comité admitió que la frase relativa a la «amplia consideración moral»⁹⁵⁹ de los árbitros provenía del ETIJ⁹⁶⁰. Se trató, eso sí, de una expresión que muchos miembros del comité plenario entendieron que era innecesaria incluir⁹⁶¹.

En efecto, la dicción literal del ETIJ reza, en su artículo 2, que «la Corte será un cuerpo de magistrados independientes elegidos, sin tener en cuenta su nacionalidad, de entre personas que gocen de *alta consideración moral*». Como recoge AZNAR-GÓMEZ, se trata esta de una expresión cuya utilidad ha sido puesta en

⁹⁵⁸ Téngase en cuenta que el mecanismo de recusación del artículo 57 no viene sólo a situaciones de vulneración de los principios de imparcialidad e independencia de los árbitros, sino a todas las circunstancias enumeradas en el artículo 14 del Convenio, como es el caso de los criterios de consideración moral y reconocida competencia.

⁹⁵⁹ En el texto, igualmente auténtico del Convenio en francés, se utiliza la expresión «*haute considération morale*»; mientras que en el texto inglés, se opta por «*high moral character*». Por otro lado, aunque el artículo 14 se refiere en exclusiva a «las personas designadas para figurar en las Listas», hay que tener en cuenta el artículo 40.2 del Convenio, según el cual «todo árbitro que no sea nombrado de la Lista de Árbitros deberá reunir las cualidades expresadas en el apartado 1 del artículo 14».

⁹⁶⁰ Vid. «*Memorandum of the meeting of the Committee of the Whole, February 16, 1965. Discussion of Chapters I and II of the Draft Convention*» en CIADI; *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States. Documents concerning the Origin and the Formulation of the Convention*; Vol. 2, parte II; Washington D.C., 1968; pág. 969.

⁹⁶¹ Vid. Intervenciones de los delegados de Nigeria e India en «*Summary Proceedings of the Legal Committee Meeting, November 30, Afternoon*» en CIADI; *Convention on the Settlement...;* pág. 728.

duda y de la que se ha criticado que sólo sea determinable subjetivamente⁹⁶². Para este autor, la frase parece remitir a lo mismo que la imparcialidad, o por lo menos a una voluntad de mantenerse imparcial, evitando incurrir en situaciones conflictivas, o, cuando menos, absteniéndose de conocer de un determinado asunto si se tiene conocimiento de la existencia de tales situaciones⁹⁶³; pero, además, la alta consideración moral implicaría mantener lealtad al tribunal, a la institución en el seno de la cual dicho tribunal actúa y también hacia los litigantes⁹⁶⁴.

Pero, además de lo recogido en el ETIJ, la frase se repite en no pocos textos jurídico-normativos internacionales que regulan el régimen de ciertos tribunales con ese carácter⁹⁶⁵, y también es común en Derecho histórico internacional⁹⁶⁶. Aunque, por otra parte, no se encuentra en las normas nacionales que regulan el arbitraje interno e internacional⁹⁶⁷, ni tampoco en los Reglamentos de arbitraje institucional en los que se suelen dirimir arbitrajes inversor-Estado⁹⁶⁸. Se puede afirmar que estas circunstancias acercan la naturaleza del CIADI a los tribunales

⁹⁶² Vid. AZNAR-GÓMEZ, M. J.; «Article 2» en ZIMMERMAN, A.; TOMUSCHAT, A.; OELLERS-FRAM, K.; TAMS, C. J. (Eds.); *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*; 2ª Ed.; Oxford University Press, Oxford, 2012; pág. 244.

⁹⁶³ Ídem.

⁹⁶⁴ Ídem. En el ámbito específico del TIJ, AZNAR-GÓMEZ destaca que la lealtad se reflejaría, por una parte, en que los comentarios académicos realizados por los miembros del Tribunal deben emplear un lenguaje suave cuando se refieran a las decisiones del Tribunal, evitando cualquier comentario en casos «*pendente lite*» y, por otra parte, que los jueces han de ser particularmente amables con el resto de la Sala, especialmente a la hora de emitir votos particulares. Vid. AZNAR-GÓMEZ, M. J.; «Article 2»; op. cit., pág. 245

⁹⁶⁵ Sin ánimo de exhaustividad, la exigencia de «alta consideración moral» puede encontrarse en el art. 21.1 CEDH, en el art. 4 de la CIDH y en el art. 36.3.a) del ETPI. Sobre el TEDH, ha escrito RAVAUD que en cuanto a la alta consideración moral de la que deben gozar los candidatos, «no implica que deba someterse a los candidatos a una investigación sobre su moralidad, pero parece que cuando menos no serán elegibles los candidatos que la Mesa de la Asamblea estime que no han demostrado, en el curso de su carrera profesional anterior, un comportamiento irreprochable, ya sea a título de persona privada o en el ejercicio de sus funciones». Vid. RAVAUD, C.; «Article 21» en PETTITI, L-E.; DECAUX, E.; IMBERT, P-H.; *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*; Ed. Economica, Paris, 1999; pág. 556.

⁹⁶⁶ Arquetípicas son las *Convenciones para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales* de La Haya de 1899 –art. 23- y 1907 –art. 44-, en donde se hacía referencia a «la más alta reputación moral» que debían ostentar los miembros de la CPA.

⁹⁶⁷ Es, por ejemplo, el caso del CJ de Bélgica, la LA de Venezuela, la LA de España, la ArbCA de Nigeria, la ZPO de Alemania, el CCo de México, el capítulo 684 de los Estatutos de Florida, la Ley 19971 de Chile, la Ley de arbitraje comercial de Canadá, el DLArb de Perú, la ArbOrd de Hong Kong, la LAV de Portugal, el CPN de Argentina, la AA del Reino Unido, el CdPC de Italia, el NCPC de Francia, la LAM de Ecuador y la Ley de arbitraje de Pakistán.

⁹⁶⁸ No aparece ni en el Reglamento de la CNUDMI, ni en el del HKIAC, ni en el de la CCE, ni en el de la CCI.

internacionales, a la vez que la alejan de las instituciones arbitrales de carácter privado.

Ahora bien a pesar de ser una cláusula habitual en varios tratados internacionales, no ha sido, como ya se ha adelantado, objeto de estudio a fondo por parte de la doctrina. Aunque sí se pueden encontrar análisis que se circunscriben a un ámbito propiamente estadounidense, donde frecuentemente se exige que los miembros y los candidatos a formar parte del *Bar*, es decir de la colegiatura de abogados estatal, tengan una alta consideración moral⁹⁶⁹. De estos textos se puede deducir que lo que forme parte de una alta consideración moral varía a lo largo del tiempo⁹⁷⁰ e, incluso, entre clases sociales y etnias⁹⁷¹.

Por tanto, pareciera que la crítica de la cláusula de «alta consideración moral» por su subjetivismo sería fundamentada. Para despejar ese subjetivismo, parecería razonable acudir a los numerosos códigos deontológicos que se han venido promulgando en las últimas décadas especialmente en el mundo anglosajón, cuyo uso parece estar muy extendido, si bien se debe tener en cuenta

⁹⁶⁹ Haciendo referencia al ámbito especificado, os *Bars* estadounidenses, MCDOWELL considera que el contenido de la buena consideración moral puede derivarse de los Códigos de Ética de abogados de aquél país. De esta manera, una «buena consideración moral» –en original, en inglés, *Good moral character*– significa que el profesional posee y practica ciertas virtudes y rasgos, como la veracidad, la capacidad de entrega, la lealtad a sus clientes y a la profesión, la credibilidad, el coraje a la hora de llevar a cabo sus responsabilidades profesionales, el deseo de servir al público en vez de simplemente esforzarse para obtener ganancias personales, y la disposición para realizar decisiones decentes y razonables en contextos conflictivos». Vid. MCDOWELL, B.; «*The usefulness of good moral character*» en *Wahsburn Law Journal*; vol. 33, núm. 323; 1994.

⁹⁷⁰ Resulta así paradigmático el caso que abordaba en 1978 Mark A. WILLIAMS, quien en un artículo de 1978 se preguntaba acerca de si alguien que llevase a cabo prácticas sexuales con personas del mismo sexo cumplía los requisitos de una «buena consideración moral». Si bien la conclusión a la que llegaba el autor era que las prácticas sexuales discretas y privadas no debían ser evaluadas por los órganos de los colegios de abogados, lo cierto es que, a día de hoy, el sólo hecho de hacerse tal pregunta, unido al análisis que realizaba el autor del Derecho positivo de muchos estados federados, tendría un resultado cuanto menos ruborizante. Vid. WILLIAMS, M.A.; «*Homosexuality and good moral character*» en *University of Detroit Journal of Urban Law*; vol. 56, núm. 123, 1978; págs. 123-139.

⁹⁷¹ Así, Katherine G. NAIR apuntaba la necesidad de que los comités encargados de decidir acerca de este tipo de cuestiones estuviesen formados por miembros de minorías y describe un caso pasado, en el que se sancionó a un abogado de origen judío que había cambiado su nombre, según él para poder ejercer de abogado, según el tribunal, por su militancia comunista, sin tener en cuenta la discriminación a la que se podría ver sometidos personas de origen judío, por lo demás, fácilmente reconocibles por su nombre. Vid. NAIR, K.G.; «*The Character Committee: overseeing moral character and fitness*» en *Law Forum*; vol. 23, 1994; pág. 7.

que la aplicación de estos Códigos Deontológicos⁹⁷² depende en todo caso del acuerdo entre las partes del litigio, como apunta ROGERS⁹⁷³.

Se trataría, por una parte, de instrumentos promulgados por asociaciones profesionales, como el *Código Deontológico para Árbitros en Litigios Comerciales*⁹⁷⁴ de la AAA y el *Reglamento Deontológico para Árbitros Internacionales*⁹⁷⁵ de la IBA; pero también de instrumentos promulgados por organizaciones profesionales que certifican a sus miembros como árbitros, que sería el caso del *Código de Conducta Ética y Profesional*⁹⁷⁶ del CI Arb.

Esos códigos deontológicos suelen abordar cuestiones sobre las que existe un amplio consenso en la comunidad de árbitros⁹⁷⁷, aunque vienen referidas estrictamente al proceso, como por ejemplo los criterios que deben seguir los árbitros para decidir si aceptan el nombramiento⁹⁷⁸, las actitudes recomendables para impedir que en las partes surjan dudas acerca de su imparcialidad⁹⁷⁹, el ejercicio deber de revelación⁹⁸⁰, la manera de comunicarse con las partes en litigio⁹⁸¹, la determinación de sus honorarios⁹⁸², el deber de diligencia⁹⁸³, la

⁹⁷² La expresión «Ética del arbitraje», una traducción cuestionable de la expresión anglosajona «*Arbitration Ethics*», ha incluso llegado a influir los trabajos que, sobre este particular, se han realizado desde el ámbito hispanoamericano (Vid. por todas ESTAVILLO CASTRO, F.; «*Ética en el arbitraje*» en *Arbitraje Internacional. Pasado Presente y Futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*; Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2013; págs. 1117-1147). Si bien parece que la expresión más acertada en lengua castellana sea la de «Deontología del arbitraje», ya que deontología, según el DRAE es la «parte de la ética que trata de los deberes, especialmente de los que rigen una actividad profesional».

⁹⁷³ Si bien, según esta autora, podrían ser considerados por los tribunales nacionales y otras instituciones como Derecho consuetudinario; vid. ROGERS, C.A.; «*Chapter 28. The Ethics of International Arbitrators*» en NEWMAN, L.W. y HILL, R.D. (Eds.); *The Leading Arbitrators Guide to International Arbitration*; 2ª Ed.; Juris Publishing, Huntington, 2008; pág. 625.

⁹⁷⁴ En original, en inglés, *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*; promulgado en 1977 y reformado en 2004.

⁹⁷⁵ En inglés, en original, *Rules of Ethics for International Arbitrators*, de 1987.

⁹⁷⁶ En inglés, en original, *Code of Professional and Ethical Conduct for Members*, con fecha de octubre de 2009.

⁹⁷⁷ RAJOO, D.S.; «*Importance of Arbitrator's Ethics and Integrity in ensuring Quality Arbitrations*» en *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 6, núm. 2; 2013; pág. 332.

⁹⁷⁸ Vid. Regla 2 del Reglamento de la IBA y Regla 4 del Código de Conducta del CI Arb.

⁹⁷⁹ Vid. Regla 3 del Reglamento de la IBA, Cánones I, C, III y V del Código Deontológico de la AAA.

⁹⁸⁰ Vid. Regla 4 del Reglamento de la IBA, Canon II del Código Deontológico de la AAA y Regla 3 del Código de Conducta del CI Arb.

⁹⁸¹ Vid. Regla 5 del Reglamento de la IBA, Canon III del Código Deontológico de la AAA y Regla 6 del Código de Conducta del CI Arb.

⁹⁸² Vid. Regla 6 del Reglamento de la IBA, Canon VII del Código Deontológico de la AAA y Regla 9 del Código de Conducta del CI Arb.

⁹⁸³ Vid. Regla 7 del Reglamento de la IBA.

facultad de animar a las partes a llegar a un acuerdo⁹⁸⁴, el deber de confidencialidad⁹⁸⁵ o el deber de tratar a las partes ecuánimemente y garantizar un debido proceso⁹⁸⁶. Se trata, en todo caso, de instrumentos que no han sido específicamente concebidos para el arbitraje de inversiones y, aunque se debe entender que nada obsta a su utilización si las partes así lo acuerdan, existen autores que han puesto sobre la mesa la necesidad de confeccionar un código deontológico aplicable específicamente a los arbitrajes de inversiones⁹⁸⁷.

De lo expuesto se puede inferir que los llamados códigos deontológicos o códigos éticos sólo se ocupan de ciertos deberes profesionales de los árbitros. La naturaleza de estos deberes, desde luego no es moral, sino jurídica, ya que, en caso de que las partes obliguen a la aplicación de tales códigos deontológicos, su aplicación derivaría de tal acuerdo y, en caso de que no fuese así, se podría argumentar que deberes como los de asegurar que las partes disfruten de un debido proceso, o que los honorarios de los árbitros sean justos, o que no existan comunicaciones secretas entre un árbitro y una de las partes son deberes derivados de exigencias de orden público, y suelen, además, conllevar una sanción jurídica en caso de vulneración, normalmente en forma de anulación del laudo.

Esta regulación deja fuera un ámbito muy específico, que es el del comportamiento que exhiben las personas llamadas a desempeñar la labor de árbitros en su cotidianidad, más allá de la función arbitral. Si bien parece que a ello se refiere en realidad el término «alta consideración moral». En cuanto a esto, cabría realizar una observación: si, como se adelantó, ni la doctrina, ni la jurisprudencia arbitral, ni la legislación delimitan un contenido de este término, entonces parece que la solución más lógica es concluir que se trata de una cláusula ineficaz, o cuando menos, cuya aplicación se percibe como irrelevante. Ello, desde luego a lo que hace al sistema CIADI, aunque parece que se podría decir lo mismo del TIJ, aunque no, quizás de ciertos sistemas estatales⁹⁸⁸. Pero, a la vista de las

⁹⁸⁴ Vid. Regla 8 del Reglamento de la IBA.

⁹⁸⁵ Vid. Regla 9 del Reglamento de la IBA, Canon VI del Código Deontológico de la AAA y Regla 8 del Código de Conducta del CIArb.

⁹⁸⁶ Vid. Canon IV del Código Deontológico de la AAA y Regla 2 del Código de Conducta del CIArb.

⁹⁸⁷ Lo cual sería aún más acuciante que para otras modalidades de arbitraje, si se tienen en cuenta que la jurisdicción de estos tribunales de arbitraje no sólo se deriva del acuerdo entre las partes, sino también de tratados internacionales, vid. MARCHILI, S.; «*La necesidad de un Código de Ética profesional en el arbitraje internacional*» en *Arbitraje Internacional. Pasado Presente y Futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*; Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2013; pág. 468.

⁹⁸⁸ Peculiar es el caso de Canadá, donde el Consejo Judicial de aquél país elaboró un documento continente de principios éticos para jueces, que es de observancia obligada por todos los miembros del poder judicial canadiense. En dicho documento, se regula que los jueces deben ser íntegros: «los jueces deben esforzarse por comportarse con la integridad necesaria para aumentar y mantener la confianza pública en el poder judicial». Ello implica tener en cuenta que la conducta de los jueces en

numerosas críticas formuladas contra el comportamiento de los árbitros del sistema CIADI, quizá no sería descabellado plantear la necesidad de dotar de contenido a dicha cláusula, mediante la promulgación de un código de conducta y, sobre todo, de un código deontológico, de obligatorio cumplimiento.

8.2. Criterios de reconocida competencia

El Convenio tan sólo expresa que las personas designadas para figurar en las Listas –y, por virtud del art. 40.2, también cualquier persona designada para formar parte de un tribunal arbitral- deben «tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas». Sin embargo, nada más se concreta sobre este particular. La redacción del proyecto preliminar del Convenio establecía, además, que al efecto de garantizar que las personas elegidas gozaran de tal reconocida competencia, los Estados debían celebrar consultas con «sus más altos tribunales de justicia, escuelas de Derecho, colegios

su vida privada está sujeta a escrutinio público y que actividades que no provocarían críticas adversas si son realizadas por otros miembros de la comunidad podrían estar restringidas a los jueces. Vid. CANADIAN JUDICIAL COUNCIL; *Ethical Principles for Judges*; Ottawa, 2004; págs. 13-16. Consecuencia de la aplicación de este criterio ha sido, por ejemplo, la reciente propuesta de destitución de un juez tras ser sorprendido adquiriendo una mercancía sospechosa a un reconocido traficante de drogas. La noticia está disponible en el siguiente enlace: <http://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-faits-divers/actualites-judiciaires/201803/27/01-5158919-transaction-suspecte-avec-un-trafiquant-le-juge-girouard-conteste-sa-revocation.php>. Consultado el 01/X/2018.

También en España se han promulgado los *Principios de ética judicial*, por parte del CGPJ en 2014. Los principios basilares de este instrumento son la independencia, imparcialidad, integridad, cortesía, diligencia y transparencia de los miembros del Poder Judicial. Además, existen sanciones disciplinarias dirigidas a evitar ciertas conductas inapropiadas por parte de los jueces (vid arts. 417.3, 418.1, 418.3, 418.5 y 419.1 LOPJ), que han dado lugar a no pocas sanciones por parte de la Comisión disciplinaria del CGPJ. En efecto, tal orden disciplinario, como ha tenido ocasión de explicar el TS «no se limita estrictamente a la función jurisdiccional en sentido estricto, de manera que trasciende a aspectos que se sitúan más allá del ejercicio de esa función» (Vid. STS, Sala 3ª de 14/VII/1999 [R] 1999\6916]). En el último resumen sistematizado disponible sobre la actividad de la Comisión disciplinaria del CGPJ se pueden encontrar numerosos casos en que tal Comisión ha sancionado a miembros del Poder Judicial por este tipo de infracciones (Vid. «Resumen sistematizado de resoluciones del Consejo General del Poder Judicial en materia disciplinaria (2011 a 1er. Semestre 2014)», disponible online en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Informacion-Institucional/Como-funciona-el-CGPJ/Otras-Comisiones/La-Comision-Disciplinaria-y-el-Promotor-de-la-Accion-Disciplinaria>. Consultado el 01/X/2018.

de abogados, y con las organizaciones comerciales, industriales y financieras que se considere representativas de sus respectivas profesiones»⁹⁸⁹.

A pesar de constituir lo que aquí se considera una oportuna directriz para la correcta aplicación del criterio establecido, esta parte del texto fue eliminada tras las primeras negociaciones, bajo la excusa de que, al tratarse de una simple exhortación a los gobiernos para que procurasen el consejo de ciertas instituciones nacionales, no había lugar a su inclusión en el Convenio, aunque sí podría tenerlo en otro instrumento normativo⁹⁹⁰. Pese a lo cual, no se encuentra ni en el Reglamento de Arbitraje, ni en el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, ni en las Reglas de Iniciación, ni en el Reglamento Administrativo y Financiero mención alguna a tales criterios, que fueron desafortunadamente eliminados del acervo normativo del sistema CIADI.

Por lo que atañe a la conveniencia de la inclusión en el texto del Convenio de la necesaria competencia de los árbitros en los campos del comercio, de la industria y de las finanzas, se pueden formular dos críticas complementarias. La primera, sobre la necesidad de incluir el dominio de tales ámbitos entre las competencias recomendadas a los árbitros que han de decidir sobre cuestiones jurídicas. La segunda, sobre la oportunidad de incluir otros dominios competenciales en este artículo en particular.

La primera de las críticas ya fue realizada en 1964 durante la discusión del texto definitivo del Convenio por el delegado libanés del Comité. Según este delegado, no tendría sentido exigir o recomendar que los miembros de los tribunales arbitrales tuviesen competencias en materias distintas al Derecho, por cuanto que su labor sería eminentemente jurídica y no de otro tipo. Para el Presidente del Comité no existía contradicción alguna, por cuanto que la del texto definitivo se trataba de una práctica común en diversos países y, además, sería una ventaja que hubiese personas en las listas capaces de apreciar los hechos relevantes que se pudieran dar en ciertos sectores de la vida económica⁹⁹¹.

⁹⁸⁹ Un texto idéntico se puede encontrar en el artículo 6 del ETIJ, en el que, sin duda, se debió inspirar el primer borrador del Convenio CIADI.

⁹⁹⁰ Así lo justifica el propio Presidente del Comité. Vid. «*Consultative meeting of legal experts*», de 17-22 de febrero de 1964 en CIADI; *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States. Documents concerning the Origin and the Formulation of the Convention*; Vol. 2, parte I; Washington D.C., 1968; pág. 385. Sin embargo, como se ha apuntado *supra*, el texto eliminado forma parte de nada más y nada menos que del Estatuto del TIJ, un documento de la máxima importancia a nivel internacional. De esta manera, la objeción del Presidente del Comité se antoja realmente infundada.

⁹⁹¹ Vid. «*Consultative meeting of legal experts*», de 27/IV al 1/V de 1964 en CIADI; *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States. Documents*

La segunda crítica parte necesariamente de la observación según la cual el recurso a árbitros con experiencia eminentemente jurídico-mercantil o comercial solería implicar que éstos adolecen de una cierta falta de sensibilidad hacia temas de Derecho público⁹⁹² que constituyen, al fin y al cabo, el objeto del arbitraje. En este sentido, parecería más acertado que también –o aun en exclusiva- se hubiese establecido en el Convenio que las partes cuidasen de que las personas elegidas para formar parte de las Listas y de los tribunales arbitrales tuviesen reconocida competencia en ámbitos como la función pública, el Derecho administrativo o el Derecho público⁹⁹³.

No obstante el acierto de estas críticas, la verdad es que la práctica arroja datos que calman las preocupaciones que se derivan de ellas. Así, de las personas que habían sido nombradas tres o más veces como árbitros ante el CIADI a fecha de julio de 2018, el 34,18% se dedicaban a la abogacía, el 18,99% eran académicos en facultades de Derecho y el 17,09% se dedicaban a ambos oficios. El resto de árbitros procedían del funcionariado estatal (7,59%) o internacional (11,39%), de las judicaturas estatales e internacionales (en total, 7,49%) y, muy residualmente, habían ejercido una dilatada carrera política (1,27%). En general, todos los perfiles estudiados eran eminentemente jurídicos, aunque con las más variadas especializaciones –Derecho de la energía, Derecho de la minería, Derecho comercial, Derecho económico, etc.

concerning the Origin and the Formulation of the Convention; Vol. 2, parte I; Washington D.C., 1968; pág. 489.

⁹⁹² Vid. OECD; «*Government perspectives on investor-state dispute settlement: a progress report*»; París, 2012, pág. 17. Disponible en <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/ISDSprogressreport.pdf>. Consultado el 01/X/2018.

⁹⁹³ Esta parece, por cierto, la conclusión necesaria a la crítica que VAN HARTEN realiza en *The Emerging system of International Investment Arbitration*, cuando expresa que «el uso de un modelo privado de enjuiciamiento ha creado tensiones en el arbitraje de inversiones. A los árbitros privados se les puede reprochar que sus decisiones están influenciadas por sus propios intereses empresariales [...] Pero esto sólo se puede asumir si uno acepta que el arbitraje de inversiones es un método de enjuiciamiento del Derecho público» [Trad. Propia]. Vid. VAN HARTEN, G.; *The Emerging System of Investment Arbitration*; Selected Works, Osgoode Hall Law School of York University, Ann Arbor, 2014; pág. 186.

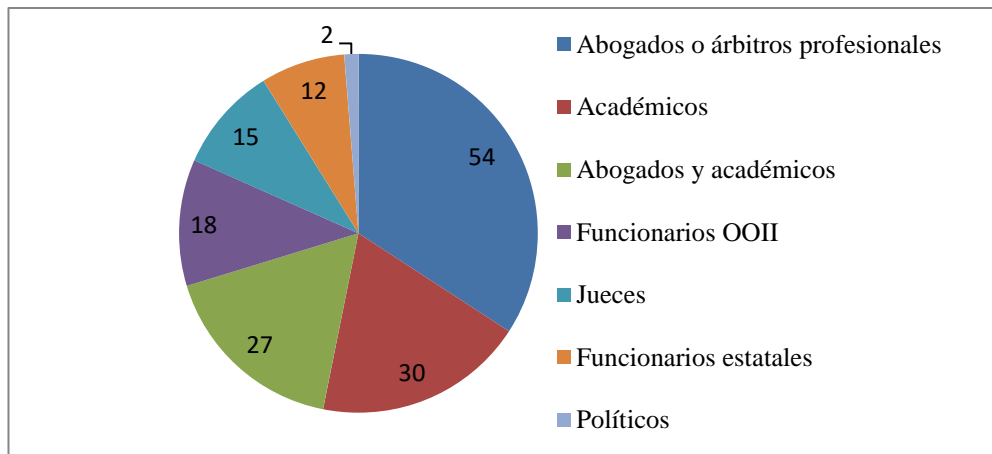


Gráfico 1. Procedencia profesional de los árbitros CIADI. Fuente: elaboración propia

Este resultado parece que haya sido intencionalmente perseguido por los redactores del Convenio. Téngase en cuenta que en él se estipula que, tratándose del arbitraje, «la competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros» (art. 14.1 Convenio CIADI); una estipulación que no parece ser meramente comendaticia, sino más bien imperativa. Siendo que tal carácter imperativo derivaría de la propia complejidad técnico-jurídica del arbitraje.

El mismo carácter imperativo parece revestir la disposición según la cual las personas designadas para figurar en las Listas deberán «tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas» (art. 14.1 Convenio CIADI). Ello se desprende de la redacción del propio texto, que en su versión en castellano utiliza la perífrasis verbal «deberán tener»⁹⁹⁴. De ser así, se habría de entender que su incumplimiento ameritaría el apartamiento de la persona afectada o, en su caso, la imposibilidad de incluir en las Listas a una persona que no cumpliera con tal criterio⁹⁹⁵.

⁹⁹⁴ La cual, según el *Diccionario Panhispánico de Dudas* denota obligación. Consultado online en <http://lema.rae.es/dpd/?key=deber> el 01/X/2018.

En el texto igualmente auténtico en inglés la redacción es «[p]ersons designated to serve on the Panels shall be persons of [...] recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance». Asimismo, en el texto también auténtico en francés, la dicción es como sigue: «[l]es personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière». Se debe concluir, por tanto, que la inequívoca intención del comité de redacción fue la de dar fuerza vinculante a tal requisito.

⁹⁹⁵ Este parece ser el sentido de la Regla 21.2 del Reglamento Administrativo y Financiero CIADI, según la cual, «toda designación contendrá el nombre, dirección y nacionalidad de la persona designada e incluirá una declaración sobre sus calificaciones, destacando su competencia en el campo del Derecho, el comercio, la industria y las finanzas».

Así las cosas, parece que una solución razonable pasaría por entender que la referencia a la reconocida competencia en los campos del comercio, la industria y las inversiones se deba circunscribir únicamente al ámbito de la conciliación – recuérdese que el CIADI no sólo alberga procedimientos arbitrales, sino también conciliaciones; aunque estas son muchísimo menos numerosas que los arbitrajes-, mientras que la competencia en el campo del Derecho habría de ser obligatoria para los miembros de los tribunales arbitrales. Tal interpretación concordaría, además, con el razonamiento de la mayoría del único tribunal que ha debido decidir sobre esta cuestión, en el asunto *Alpha Projektholding*, donde se denunció la falta de competencia en el campo del Derecho de inversiones por parte del árbitro nominado por la demandante, entendiendo la mayoría del tribunal que tal competencia era exigible a los árbitros CIADI⁹⁹⁶.

Mas debe apuntarse que ésta no es la opinión unánime de la doctrina. Por ejemplo, el influyente profesor SCHREUER mantiene que el sentido de la citada disposición del art. 14.1 del Convenio

«[N]o es impedir la elegibilidad de los no juristas como miembros de la Lista de Árbitros o de un tribunal arbitral. Aunque la ausencia de juristas cualificados en un tribunal haría más difícil redactar un laudo en concordancia con el artículo 48 y aumentaría el riesgo de anulación bajo el artículo 52.1»⁹⁹⁷.

Tampoco se debe escapar el hecho de que en la práctica totalidad de las leyes de arbitraje nacionales⁹⁹⁸ y los reglamentos de arbitraje institucional⁹⁹⁹ se

⁹⁹⁶ Así en *Decision on Respondent's Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Tubowicz* de 19 de marzo de 2010, en el asunto *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania* (Caso CIADI nº ARB/07/16); párrafos 70 y 71. La redacción de la Decisión es la siguiente: «El Convenio CIADI no establece esta limitación [la de contar con experiencia arbitral previa] o ninguna otra comparable sobre la libertad de las partes de nominar a quién ellas elijan, en tanto en cuanto se reúnan los requisitos necesarios del artículo 14.1» [Trad. Propia; énf. añadido].

⁹⁹⁷ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 49.

⁹⁹⁸ Sin ánimo de exhaustividad, es el caso del CJ belga, de la LAC venezolana, de la ArbCA nigeriana, de la ZPO alemana, del CCo mexicano, de los Estatutos de Florida, de la Ley 19971 chilena y de la Ley de Arbitraje Comercial canadiense; todas ellas basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI que deja a las partes la misma libertad. Pero esta opción legislativa también se puede hallar en la mayoría de regulaciones que no se basan en tal Ley Modelo. Sería el caso, por ejemplo, de la LAME ecuatoriana, del CdPC italiano y del NCPC francés, de la AAdel Reino Unido, del CPN argentino y de la LAV de Portugal. En sentido más o menos contrario, la LA española establece que sólo si se trata de un árbitro único en un arbitraje de derecho –en contraposición con el arbitraje en equidad- deberá tal árbitro ser jurista; además, siempre que se trate de un arbitraje en derecho, deberá el tribunal arbitral contar con, por lo menos, un jurista. Las anteriores leyes de arbitraje españolas, de 1953 y 1988 optaban por la misma solución. Por su parte, el DLArb de Perú establece que en el caso de arbitrajes nacionales, los árbitros deberán ser «abogados» –entiéndase en el sentido sinecdótico de «jurista»-, mientras que en los arbitrajes internacionales, tal obligación es inexistente.

establece, tácita o expresamente, que no es necesario que los árbitros tengan competencia en el campo jurídico; dejando así a voluntad de las partes la determinación de las cualificaciones profesionales de los árbitros.

Teniendo esto en cuenta, la solución al problema no parece fácil. En ese sentido, una observación previa debe realizarse: a día de hoy, el arbitraje inversor-Estado ha adquirido una indudable complejidad técnica. Tal complejidad se expresa tanto en el plano sustantivo como procesal. En aquél, porque existe un gran acervo –permítase la expresión- «cuasi-jurisprudencial» relativo a las interpretaciones de las causales de violación de los derechos de los inversores; lo que exige un conocimiento cada vez más amplio, sobre todo en aras a garantizar la seguridad jurídica. En el plano procesal, la complejidad es también innegable: por una parte, los procedimientos a seguir parecen estar evolucionando hacia una mayor uniformidad en las diferentes fases que lo componen, a pesar de que no existe ningún instrumento normativo que regule el procedimiento y al que se puedan acoger los árbitros. Por otra parte, las causales de anulación del artículo 52 exigen, entre otras cosas, que el tribunal se constituya correctamente, que no se extralimite manifiestamente, que no se produzca un quebrantamiento grave de las normas de procedimiento y que se motiven los laudos; todo lo cual hace necesario cierta pericia procesal por parte de los miembros de los tribunales arbitrales.

Pues bien, siendo éste el escenario, no parece descabellado interpretar el artículo 14.1 del Convenio en el sentido de exigir que los árbitros tengan reconocida competencia en el campo del Derecho de inversiones, tanto material como procesal, o que, cuando menos, la mayoría del tribunal la tenga.

⁹⁹⁹ Sería el caso, por ejemplo, del Reglamento de la HKIAC de 2013, del SCC de 2010, de la CAM de 2015 y del DIS de 2018. Sin embargo, el reglamento del DIS de 1998 establecía que el presidente del tribunal y el árbitro único debían siempre ser juristas. Aunque no se trate de arbitraje institucional, es de reseñar que tanto el Reglamento de la CNUDMI de 1976 como el de 2013 optan también por dejar a las partes la concreción de las cualificaciones requeridas por los árbitros.

9. Régimen de responsabilidad

9.1. Introducción. Modelos de responsabilidad judicial

9.1.1. Apuntes preliminares sobre la responsabilidad judicial

El principio por el cual los jueces y magistrados deben responder de sus actos no es pacífico en el Derecho comparado. Si en el ámbito del Derecho continental se entiende que los jueces deben responder por cualquier daño cometido con ocasión de sus funciones, en el ámbito del *common Law* dicho principio no se predica en absoluto. Se llega incluso a la paradoja de que, en el primer caso, se entiende que la responsabilidad judicial es garante de la sumisión de los jueces a la ley y, por tanto, de su independencia, mientras que en el segundo caso se entiende que, justamente para garantizar la independencia, los jueces deben ser irresponsables por sus actos. Abordaremos, por lo pronto, ambos sistemas.

9.1.2. El sistema anglosajón o de amplia inmunidad judicial

La inmunidad judicial goza de una amplia tradición en los sistemas de *common Law*¹⁰⁰⁰, y se remonta, cuando menos al siglo XVII¹⁰⁰¹. En el caso concreto de los EEUU, tanto su formulación como sus límites son creaciones jurisprudenciales, a partir de la interpretación, por parte del SCOTUS de la sección 1983 del título 42 del USC. Dicho precepto tiene su origen en la conocida como segunda *Enforcement Act* de 1871¹⁰⁰². El texto de la sección 1983 USC es el siguiente:

¹⁰⁰⁰ A juicio de BLOCK, esta tradición proviene del momento en que el Derecho inglés instauró mecanismos para permitir la impugnación de las sentencias ante tribunales superiores, alrededor del siglo XIV. Ya que, en los tiempos anteriores en que el Derecho inglés no preveía tales mecanismos, en caso de perder un juicio, la parte vencida solía recurrir a la denuncia de la autoridad judicial que había resuelto en sentido desfavorable, lo que causaba graves problemas a las autoridades judiciales y al propio sistema judicial. Vid. BLOCK, J. R.; «Stump v. Starkman *and the history of judicial immunity*» en *Duke Law Journal*, núm. 5, 1980; págs. 881-885.

Otra justificación la propone QUINTANA CARRETERO al afirmar que, tras el modelo de irresponsabilidad del sistema anglosajón, se encuentra «la idea de que los actos judiciales carecen de antijuridicidad, ya que sólo es Derecho aquello que los jueces dicen que lo es». QUINTANA CARRETERO, J. P.; «Poder Judicial y responsabilidad: la responsabilidad judicial» en QUINTANA CARRETERO, J. P. (Dir.); *La responsabilidad personal del juez*; Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008; pág. 29. Con todo, no se está de acuerdo con esta justificación propuesta, ya que, en el sistema del *Common Law*, no sólo los jueces crean Derecho.

¹⁰⁰¹ De tal manera, ya en 1607, en Inglaterra, el juez COKE entendió en *Floyd c. Barker*, que «un juez es inmune por cualquier acción realizada por él en calidad de juez». Citado en Vid. BLOCK, J. R.; «Stump v. Starkman *and...*»; op. cit., pág. 887.

¹⁰⁰² Esta ley fue dictada durante el período histórico de la «Reconstrucción» con el objetivo de garantizar a la minoría afroamericana el disfrute de sus derechos civiles, en un momento en el que la violencia política ejercida por el *Ku Klux Klan* amenazaba las recientes conquistas de dicha minoría, no sólo a través de actos cometidos por particulares, sino también a través de la inacción

Cualquier persona que, bajo el pretexto de [aplicar] cualquier ley, ordenanza, reglamento, costumbre o uso, de cualquier Estado o Territorio o del Distrito de Columbia, someta a cualquier ciudadano de los Estados Unidos u otra persona bajo la autoridad de éstos a la privación de cualesquiera derechos, privilegios o inmunidades garantizadas por la Constitución y las leyes, será responsable frente a la parte lesionada a través de una acción legal, demanda en equidad u otro procedimiento idóneo para la reparación [...] ¹⁰⁰³.

Como se acaba de indicar, el SCOTUS ha interpretado esta sección en una serie de decisiones. Así, en el asunto *Bradley v. Fisher* seguido en 1871, el supremo tribunal declaró que «un principio general de la más alta relevancia para la correcta administración de justicia es que un juez, en el ejercicio de la potestad para la que ha sido investido, debe ser libre para actuar según sus propias convicciones sin miedo a sufrir sanciones contra su persona» ¹⁰⁰⁴. El marco de dicha inmunidad fue confirmado en la sentencia del caso *Stump c. Starkman*. En este caso, el Tribunal concretó qué se debía entender por ejercicio de la potestad jurisdiccional a efectos de determinar el ámbito de exclusión de la responsabilidad judicial, afirmando que «los casos más relevantes demuestran que los factores determinantes a la hora de dilucidar si un acto llevado a cabo por un juez es “jurisdiccional” tienen que ver con la naturaleza del mismo, es decir, con el hecho de si es el resultado del ejercicio de una función normalmente llevada a cabo por un juez y, también, con las expectativas de las partes, esto es, si el motivo por el cual tratan con el juez es a causa de su potestad jurisdiccional» ¹⁰⁰⁵.

Además, el supremo tribunal estadounidense ha interpretado que el ámbito de protección de este principio de inmunidad judicial debe extenderse a aquellas funciones desempeñadas por los jueces que son conexas con las jurisdiccionales.

de los poderes públicos, muchos de cuyos agentes eran también miembros de la organización racista. Vid. KACZOROWSKI, R.J.; «*Federal Enforcement of Civil Rights during the First Reconstruction*» en *Fordham Urban Law Journal, Volume 23, Issue 4*; Nueva York, 1995. págs. 157-158.

¹⁰⁰³ Vid. Sec. 1983 USC [Trad. Propia].

¹⁰⁰⁴ En este caso, se juzgaba la validez de una orden por la cual un juez que estaba dirigiendo un juicio por jurado contra un acusado de magnicidio vetaba al abogado de la defensa para poder desarrollar su oficio en el Distrito de Columbia, alegando que había sido amenazado por dicho abogado, aunque este último hecho no estaba claro. Vid. Sentencia SCOTUS en el asunto *Bradley c. Fisher*; 80 US 335 (1871), pág. 347 [Trad. Propia].

¹⁰⁰⁵ El caso había surgido a raíz de que un juez había emitido una orden aprobando la esterilización de una joven a petición de su madre, quien había alegado que aquella padecía un leve retraso mental, sin abrir el procedimiento a prueba, como indicaban las leyes procesales. Vid. Sentencia SCOTUS en el asunto *Stump c. Starkman*, de 28/III/1978; 534 US 349 (1978), pág. 362 [Trad. Propia].

Con todo, en opinión de NAGEL, la doctrina de *Bradley c. Fisher* no fue observada en *Stump c. Sparkman*. Según este autor, en el primer caso, el Tribunal había declarado que la responsabilidad aun cabría en aquéllos casos en que los jueces no quedarían exentos de responsabilidad ante casos en que hubiesen cometido un acto ilegal en clara ausencia de competencia, mientras que en *Stump c. Sparkman*, se excluyó tal posibilidad. Vid. NAGEL, R. F.; «*Judicial Immunity and Sovereignty*» en *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 6, 1978; pág. 251.

Así, en el asunto *Mireles c. Waco*, el Tribunal decidió absolver a un juez que había dado la orden a los alguaciles del juzgado de arrastrar a la fuerza a la sala de vistas a un abogado que estaba siendo impuntual, lo que finalmente sucedió. El tribunal razonó que «la decisión del juez en este caso no era subsumible dentro de las funciones normalmente llevadas a cabo por un juez, pero que si este tipo de actuaciones tuviesen que ser escrutadas, entonces cualquier equivocación del juez que excediese su potestad se convertiría en un acto no-jurisdiccional [entiéndase que a los efectos de las condiciones establecidas en *Stump c. Starkman*]»¹⁰⁰⁶. Por lo tanto, en caso de que el juez actúe de manera ilícita, según la sentencia del caso *Pierson c. Ray*, «sus errores deben ser corregidos en apelación, pero en ningún caso debe tener el temor de que litigantes insatisfechos puedan acosarle mediante denuncias de corrupción»¹⁰⁰⁷.

A pesar de lo antedicho, que es en todo caso generalizable a los sistemas de *common Law*, subsisten mecanismos de dación de cuentas, bien ante el sistema político, como es el caso del denominado *impeachment*, bien ante el propio sistema judicial a través de los recursos, como se verá más adelante.

9.1.3. El sistema de Derecho continental o de inmunidad judicial restringida

Frente a esta tradición de la que podemos denominar «amplia inmunidad judicial», coexiste con fuerza en el ámbito del Derecho continental la que se puede calificar de «inmunidad judicial restringida», donde la inmunidad apenas alcanza supuestos tasados que pretenden garantizar la independencia de los jueces¹⁰⁰⁸ y se caracteriza por el predominio de fórmulas de responsabilidad judicial garantistas para los administrados. Este refuerzo de la responsabilidad judicial también tiene una base histórica y no es osado vincularla a la consolidación del Estado liberal¹⁰⁰⁹ y, posteriormente, del surgimiento del Estado de Derecho, tanto en sentido

¹⁰⁰⁶ Vid. Sentencia del SCOTUS en el asunto *Mireles c. Waco*, de 21/X/1991; 502 US 9 (1991), págs. 12-13 [Trad. Propia].

¹⁰⁰⁷ Vid. Sentencia del SCOTUS en el asunto *Pierson c. Ray*, de 11/IV/1967; 386 US 547 (1967), 554 [Trad. Propia].

¹⁰⁰⁸ Ejemplo del alcance de esta inmunidad es el que ofrece el capítulo III del Título Segundo de la LOPJ, que tan sólo comprende 1) restricciones a la detención de jueces y magistrados, 2) prohibición de las autoridades civiles y militares de mandar a jueces y magistrados a comparecer ante ellas y 3) particularidades en la declaración de jueces y magistrados en la fase de instrucción penal.

¹⁰⁰⁹ Así, la Constitución de Cádiz de 1812 recoge la responsabilidad de los jueces en su artículo 172.11º y más específicamente en su art. 254 en conexión con el 261.5º.

formal¹⁰¹⁰, como en sentido sustancial¹⁰¹¹, puesto que la responsabilidad judicial es el mecanismo que garantiza la sumisión a la ley por parte del juzgador.

Y de esta manera se explica que la responsabilidad judicial se encuentre consagrada en numerosas constituciones nacionales e incluso tratados internacionales de ámbito europeo. Sirvan de ejemplo en tal sentido la Constitución de Italia¹⁰¹², la Ley Fundamental de Alemania¹⁰¹³ o la Constitución Española¹⁰¹⁴.

En este punto es necesario comentar la relación entre responsabilidad e independencia. Parecería lógico afirmar, hasta cierto punto, y como se sustenta en la tradición jurídica del *common Law*, que la responsabilidad puede entrar en colisión con la independencia de las autoridades públicas en general y de jueces y magistrados en particular, lo cual conduciría a la conclusión de que la responsabilidad debería limitarse o, incluso, desaparecer.

Sin embargo, como ha señalado TROCKER, la irresponsabilidad de los magistrados no puede constituir el precio que la colectividad está llamada a pagar

¹⁰¹⁰ Siguiendo a FERRAJOLI, Estado de Derecho en sentido formal o débil es «cualquier ordenamiento en que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos» en FERRAJOLI, L.; «*Pasado y futuro del Estado de Derecho*» en *Revista internacional de filosofía política*, nº 17; Universidad Autónoma Metropolitana; México DF, 2001; pág. 31.

¹⁰¹¹ También según la categorización de FERRAJOLI, Estado de Derecho en sentido sustancial o fuerte es aquél ordenamiento en que «todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales» en FERRAJOLI, L.; «*Pasado y futuro...*; op. cit., pág. 31.

¹⁰¹² En primer lugar, el art. 28, que reza «[l]os funcionarios y los empleados del Estado y de las entidades públicas serán responsables directamente, con arreglo a las leyes penales, civiles y administrativas, por los actos realizados en violación de cualquier derecho. En estos casos la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los entes públicos» [Trad. Propia]. Pero también el art. 107.III, que regula la responsabilidad disciplinaria: «El Ministro de Justicia tendrá la facultad de incoar expedientes disciplinarios». El legislador italiano ha desarrollado pormenorizadamente este aspecto en la «Legge 13 de aprile 1988», n. 117, consecuencia del referendo celebrado un año antes, a raíz del escándalo mediático del asunto *Tortora*.

¹⁰¹³ En concreto su art. 34, según el cual «[c]uando alguien en ejercicio de una función pública que le fuera confiada violare los deberes que la función le impone con respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o la corporación a cuyo servicio se encuentre. En caso de dolo o culpa grave queda abierta la acción de regreso. Para la reclamación de daños y perjuicios abierta así como para la acción de regreso no podrá excluirse la vía judicial ordinaria»; aunque también, para el caso concreto de los jueces federales, el art. 98.2 establece que «[s]i un juez federal dentro o fuera de su cargo vulnerase los principios de la Ley Fundamental o del orden constitucional de un *Land*, la Corte Constitucional Federal podrá ordenar, a petición del *Bundestag*, por mayoría de dos tercios, que el juez sea trasladado a otro cargo o jubilado. En caso de infracción dolosa podrá ordenarse su destitución» (Trad. de GARCÍA MACHO, R. y SOMMERMANN, K.-L., editada por el *Bundestag*).

¹⁰¹⁴ Cuyo artículo 117.1 establece que «[l]a justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley». La responsabilidad judicial se desarrolla en los arts. 405 a 427 LOPJ.

a cambio de la independencia¹⁰¹⁵. De manera similar entiende QUINTANA CARRETERO que la responsabilidad judicial se presenta como un «verdadero contrapeso de la independencia judicial»¹⁰¹⁶. Por su parte, ha apuntado MONTERO AROCA que en «íntima unión con la independencia, la responsabilidad es la otra cara de la misma moneda».

Se deben, por tanto, encontrar puntos intermedios, que permitan garantizar tanto la independencia como la responsabilidad de los magistrados. En este sentido, afirma con acierto CAPPELLETTI¹⁰¹⁷, que no existe tal tensión entre responsabilidad e independencia, ya que la responsabilidad se predica frente a las partes y la independencia frente a los órganos del Estado.

9.2. Modalidades específicas de responsabilidad judicial

Distingue CAPPELLETTI cuatro tipos de responsabilidad judicial¹⁰¹⁸. La primera, denominada «responsabilidad política», es aquella en virtud de la cual los miembros de la judicatura son controlados por otros poderes del Estado, es el caso del *impeachment* y del *address* ante el poder legislativo en los sistemas anglosajones, pero también de la responsabilidad personal de los jueces ante el BVerfG en caso de violación de la Ley Fundamental en Alemania¹⁰¹⁹. Para este autor, también sería el caso del control de constitucionalidad de las sentencias por parte de los tribunales constitucionales.

En segundo lugar, la «responsabilidad social» se trataría de aquella por la que los integrantes del poder judicial son sometidos al control de grupos sociales determinados o al de la sociedad en general. Ejemplos de estos mecanismos serían, por una parte los más formales, como el llamado *recall*, por el cual, en ciertos estados de EEUU es posible revocar el mandato público otorgado a jueces y magistrados en determinados casos, pero también del ya desaparecido art. 152 – párrafo VII- de la Constitución de la URSS de 1977¹⁰²⁰, que preveía que los

¹⁰¹⁵ TROCKER, N.; “*La responsabilità del giudice*” en *Rivista Trimestrale Diritto e Processo Civile*, Giuffrè Ed., Milán, 1982, pág. 1300.

¹⁰¹⁶ QUINTANA CARRETERO, J. P.; «*Poder Judicial y responsabilidad...*»; pág. 21.

¹⁰¹⁷ CAPPELLETTI, M.; *Giudici irresponsabili? Studio comparativo sulla responsabilità dei giudici*; Giuffrè ed.; Milano, 1988; pág. 20.

¹⁰¹⁸ *Íbid.*, págs. 28 y ss.

¹⁰¹⁹ CAPPELLETTI se refiere al ejercicio del mecanismo establecido en los artículos 98.2 de la Ley Fundamental de Bonn y 13.9 y 58 a 62 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal de Alemania.

¹⁰²⁰ El texto de dicho artículo era el siguiente: «los jueces y asesores populares son responsables ante sus electores o ante los órganos que los elijan, deben informarles de su actividad y pueden ser removidos por tales electores u órganos en la manera prescrita en la ley». Según el párrafo primero de dicho artículo, los jueces de distritos eran elegidos por los ciudadanos del distrito mediante sufragio directo, secreto e igual. En un sentido similar, pero no igual, la Constitución de Cuba de 1976 establece que «la facultad de revocación de los jueces corresponde al órgano que los elige»; una proposición que se ha mantenido sustancialmente en el art. 152 del Anteproyecto de

colectivos de electores pudieran retirar la potestad jurisdiccional a los jueces que no cumplieren su mandato público. Por otra parte, esta responsabilidad también se materializa en procedimientos más informales, como la crítica pública a la labor de ciertos miembros de la judicatura. Aún se podría encuadrar aquí lo que QUINTANA CARRETERO denominar «responsabilidad política difusa social del Poder Judicial», es decir, el control que se lleva a cabo por la opinión pública a través de los medios de comunicación, que se caracteriza por el riesgo de que se formen juicios paralelos que coarten la independencia e imparcialidad de los jueces¹⁰²¹.

En tercer lugar, estaría la responsabilidad jurídica del juez. En esta categoría entrarían la responsabilidad disciplinaria y jurisdiccional, ésta última tanto de naturaleza civil¹⁰²² como penal de los miembros del Poder Judicial, en caso de comisión de infracciones administrativas, delitos o daños relacionados con el ejercicio de su cometido. Pero también, MONTERO AROCA en este conjunto lo que denomina como «responsabilidad jurisdiccional-procesal»¹⁰²³, que se trataría de la rectificación de decisiones judiciales en fase de impugnación.

Ya por último, la responsabilidad jurídica del Estado, conocida en la doctrina española como la «responsabilidad del Estado juez» –regulada en el artículo 121 CE-, se trata de los supuestos en que el Estado debe responder por casos de error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Si se relaciona cada tipología de responsabilidad con la función que cumple, se podría, realizar la siguiente categorización:

- Responsabilidad política: es el mecanismo por el cual se verifica el respeto a la Constitución, ante altas instituciones del Estado.
- Responsabilidad social: es aquella que permite verificar la justicia – en el sentido kelseniano de «juicio de valor» sobre la base de una normal moral¹⁰²⁴. Normalmente se lleva a cabo por parte de la ciudadanía a través de la opinión pública.

Constitución de 2018. Con todo, no se trata del mismo mecanismo que la Constitución de la URSS de 1977 planteaba, por cuanto que, en Cuba, la elección de los jueces se hace por órganos representativos, y no por sufragio directo, con lo cual la puesta en cuestión de su inamovilidad es mucho mayor, ya que la remoción de los jueces queda en manos de las asambleas populares, y no del electorado.

¹⁰²¹ QUINTANA CARRETERO, J. P.; «*Poder Judicial...*»; op. cit., págs. 36-47.

¹⁰²² Como recuerda PÉREZ-CRUZ MARTÍN, en el caso del Reino de España, la responsabilidad civil de jueces y magistrados ha sido recientemente eliminada mediante la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio por la que se modifica la LOPJ, siguiendo recomendaciones del Consejo Europeo. Si bien es cierto que dicha Ley Orgánica deja la posibilidad de que el Estado pueda repetir eventualmente contra el juez o magistrado en caso de que éste haya incurrido en dolo o culpa grave; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.; *Constitución...*; op. cit., pág. 237.

¹⁰²³ MONTERO AROCA, J.; en MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M; GÓMEZ COLOMER, J.L.; *Derecho Jurisdiccional I...*; pág. 140.

¹⁰²⁴ Vid. KELSEN, H.; *Teoría Pura del Derecho*; 4ta edición, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2009, pág. 46.

- Responsabilidad penal: mediante ésta, se verifica el respeto del juzgador a los bienes jurídicos protegidos por la ley penal, en particular, el respeto al recto y normal funcionamiento de la Administración de Justicia¹⁰²⁵.

- Responsabilidad civil: por medio de la cual se verifica la indemnidad de los derechos de las personas administradas.

- Responsabilidad disciplinaria: la que verifica el cumplimiento por parte de jueces y magistrados del régimen disciplinario al que están sujetos como miembros del Poder Judicial.

- Responsabilidad jurisdiccional-procesal: a través de esta se verifica la validez, en el sentido kelseniano del término¹⁰²⁶, de las decisiones judiciales a la luz del ordenamiento jurídico efectivo y vigente.

- Responsabilidad del Estado-juez: se diferencia del resto porque no incumbe a los jueces y magistrados, sino al Estado, que debe responder por la indemnidad de los derechos de los administrados en caso de error judicial o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.

9.3. La responsabilidad de los árbitros en arbitraje doméstico e internacional

9.3.1. La responsabilidad de los jueces en el arbitraje doméstico

En el ámbito de los países del *common Law*, se extiende la inmunidad judicial a los árbitros. Así, en los Estados Unidos, el Tribunal de Apelación del sexto circuito ha sintetizado en *Intern. U., United Auto. Wrks. V. Greyhound Lines* la postura general de la jurisprudencia estadounidense. Por una parte, el Tribunal ha afirmado que los requisitos para discernir si alguna autoridad ejerce actividades cuasi judiciales –con independencia de su estatuto orgánico– han quedado establecidos por el SCOTUS en *Butz v. Economou*, donde se enumeran esos requisitos: 1) que el procedimiento sea de naturaleza contenciosa, 2) que esté dirigido por un juzgador independiente de cualquier autoridad política, 3) que las partes puedan proponer práctica de prueba y 4) que la decisión se tome únicamente con base a la prueba obrante en el expediente¹⁰²⁷.

Y, por otra parte, el Tribunal de Apelación del séptimo circuito ha afirmado que esos criterios son directamente aplicables para el caso de los árbitros, como ya

¹⁰²⁵ Definida, para el caso español, por el Tribunal Supremo en STS 798/1995 de 10 de junio [RJ 1995/5400]. Dentro de la doctrina de la dogmática penal, autores como PEDREIRA GONZÁLEZ entienden que, para el caso específico de la prevaricación, el bien jurídico protegido en el «derecho a obtener una resolución fundada en Derecho»; en PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M.; «Prevaricación (delitos de)» en *Eunomia, Revista en cultura de la legalidad*; n.1 (septiembre 2011-febrero 2012); Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

¹⁰²⁶ Vid. KELSEN, H.; *Teoría Pura del Derecho*; 4ta edición, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2009, pág. 118.

¹⁰²⁷ Sentencia del SCOTUS en el asunto *Butz c. Economou*, de 29/VI/1978; 438 U.S. 478, 513.

han expresado otros altos Tribunales de los estados federados, por todos, el Tribunal Supremo de Nueva York, que tuvo ocasión de afirmar que:

«Los árbitros ejercen funciones judiciales y, aunque no ostenten esa denominación, son autoridades judiciales y quedan obligados por las mismas reglas que dirigen la actividad de aquéllas autoridades. Por consideraciones de política pública, los árbitros deben quedar libres del temor a sufrir represalias por parte de los litigantes vencidos»¹⁰²⁸.

Para el caso de Inglaterra, FRANCK explica que en ese Estado, «un árbitro es inmune si actúa ejerciendo una capacidad judicial o desarrollando funciones de carácter judicial»¹⁰²⁹. Así, según esta autora, en la importante sentencia *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.* de la UKHL se exponen los indicios que permiten discernir si alguna autoridad está desarrollando una función judicial o alguna otra subsumible en tal función judicial: 1) que exista una disputa entre las partes, 2) que ambas o alguna de las partes someta la disputa a un procedimiento que terminará con una decisión que obligue a las partes, 3) que se dé la posibilidad a las partes de presentar prueba y 4) que se dicte una resolución imparcial. Similares regulaciones a ésta se dan en Canadá y Nueva Zelanda¹⁰³⁰.

Dentro del Derecho continental, siguiendo en la doctrina española a MERINO MERCHÁN y a CHILLÓN MEDINA¹⁰³¹, tres serían las fuentes de responsabilidad del árbitro en España. Por una parte, existe una responsabilidad legal, establecida por la LA en su artículo 21.1¹⁰³². Según estos autores, se trata esta de una responsabilidad poco garantista para las partes al abarcar supuestos muy difíciles de probar en una acción declarativa, pero que, en cualquier caso, es una garantía indisponible. Además, existiría una responsabilidad negocial, que es la que se recogería en la cláusula arbitral y en la que las partes tendrían la oportunidad de ampliar la base de responsabilidad prevista en la LA. Por último, habría una responsabilidad objetiva, que resultaría de la aplicación de los preceptos sobre responsabilidad aquilina (art. 1902 CC) y que surtiría sus efectos en caso de que concurriesen tres requisitos: i) la realización de una acción imputable al árbitro, ii)

¹⁰²⁸ Así en, Sentencia del Tribunal Supremo del Estado de Nueva York (Sección de apelación) en el asunto *Babylon Milk & Cream Co. v. Horvitz*; 151 N.Y.S.2d, pág. 221; de 15/VII/1977; postura que ha sido posteriormente adoptada por el Tribunal de Apelación del séptimo circuito en su sentencia en el asunto *Tamari v. Conrad*; 552 F.2d 778; de 12/IV/1977 [Trad. Propia].

¹⁰²⁹ FRANCK, S.D.; «*The liability of international arbitrators: a comparative analysis and proposal for qualified immunity*» en *Transnational Dispute Management*, Vol.2, Issue 5, 2005, pág. 21.

¹⁰³⁰ *Ibid.*, pág. 22.

¹⁰³¹ MERINO MERCHÁN, J.F.; CHILLÓN MEDINA, J.M; *Tratado de Derecho Arbitral*; Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 595 y ss.

¹⁰³² «La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros».

la producción de un daño moral o material a las partes o a terceros y iii) una relación de causalidad entre la acción del árbitro y la producción del daño¹⁰³³.

Cierta doctrina italiana¹⁰³⁴ sostiene que, a pesar de tratarse el arbitraje de un contrato privado, la ley sólo obliga al árbitro a responder ante los supuestos previstos en el art. 813-ter del CdPC¹⁰³⁵, donde se regula la institución, no siendo posible para las partes aumentar el ámbito de responsabilidad, aunque sí sería posible aplicar códigos deontológicos vigentes para profesiones o, por supuesto, en virtud de reglamentos de arbitraje internos aplicables.

En Alemania, donde la Ley nacional no prevé responsabilidad arbitral alguna, destaca la postura representada por Jens GAL, quien defiende que el arbitraje se compone de dos contratos de Derecho privado, concurriendo, por una parte, la cláusula arbitral y, por otra, lo que denomina *Schiedsrichtervertrag*, o «contrato del árbitro», que implica que, entre las partes que han convenido la cláusula arbitral, de un lado, y el árbitro, de otro, existe un contrato autónomo¹⁰³⁶. Dicha figura hallaría su fundamento histórico en el instrumento iusromanista del *receptum arbitrii*¹⁰³⁷. Este *Schiedsrichtervertrag*, cuya naturaleza no es clara¹⁰³⁸, pero que se

¹⁰³³ MERINO MERCHÁN, J.F.; CHILLÓN MEDINA, J.M; *Tratado...*; op. cit., pág. 603.

¹⁰³⁴ BOVE, M.; «*Responsabilità degli arbitri*» en *Rivista dell'arbitrato*, nº2, Giuffrè Editore, Milán, 2014.

¹⁰³⁵ «Responde de los daños ocasionados a las partes el árbitro que:

1) Con dolo o culpa grave hubiese incumplido o retardado actos debidos y haya sido declarada la caducidad por este motivo, es decir, que haya renunciado al encargo sin motivo justificado,
2) Con dolo o culpa grave a incumplido o a impedido el pronunciamiento del laudo dentro del término fijado [...]

Fuera de los casos precedentes, los árbitros responden exclusivamente por dolo o culpa grave dentro de los límites previstos en el artículo 2, apartados 2 y 3 de la ley de 13 de abril de 1988, n. 117.

[...]

Si la responsabilidad no surge del dolo del árbitro, la medida del resarcimiento no puede superar una suma igual al triple de la remuneración convenida o, en ausencia de determinación convencional, una suma igual al triple de la tarifa aplicable.

En estos casos de responsabilidad del árbitro, la compensación y el reembolso de las costas no procederá y, en el caso de nulidad parcial del laudo, estas cantidades están sujetas a reducción. Cada árbitro responde solamente por los hechos propios». [Trad. Propia].

Por su parte, los referidos apartados 2 y 3 de la Ley de 13 de abril de 1988 refieren:

«2. En el ejercicio de las funciones judiciales no puede dar lugar a responsabilidad la actividad de interpretación de reglas de Derecho ni aquéllas de valoraciones del hecho y de las pruebas.

3. Constituyen culpa grave:

a) La grave violación de una ley a causa de negligencia inexcusable
b) La afirmación, a causa de negligencia inexcusable, de un hecho cuya existencia queda incontrastablemente excluida de los actos del procedimiento
c) La adopción de medidas concernientes a la libertad de la persona fuera de los casos consentidos en la ley o sin motivación» [Trad. Propia].

¹⁰³⁶ En el mismo sentido, vid. HESS, B.; JAUERING, O.; *Manual de Derecho procesal civil*; Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015; pág. 530. Además, esta también es la postura adoptada por el Tribunal Supremo Federal Alemán en 15 BHGZ 12, 13-14 (1954).

¹⁰³⁷ Que puede ser definido como «aceptación del arbitraje por parte del árbitro». La efectividad de dicho *receptum arbitrii* era garantizada por el Edicto pretorio, de donde pasó a inspirar la regulación del arbitraje en el Digesto. Cfr. FERNÁNDEZ BARREIRO, A.; GARCÍA CAMIÑAS, J.; «*Arbitraje y Justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en Derecho romano*», en PÉREZ-CRUZ

trata de un contrato no formal, obliga al árbitro a tomar parte en el procedimiento de manera diligente¹⁰³⁹.

Siempre dentro de la doctrina alemana, para LIONNET, quien también parte del supuesto del establecimiento de la responsabilidad del árbitro a través del contrato arbitral, «si el fundamento del arbitraje se encuentra en una relación contractual, entonces la responsabilidad del árbitro se sustanciará a través de los principios de Derecho contractual»¹⁰⁴⁰. Ello no obsta para apreciar la responsabilidad penal en que los árbitros puedan incurrir y que, lógicamente, no es limitable a través de instrumentos jurídicos de Derecho privado¹⁰⁴¹.

9.3.1. La responsabilidad judicial en los arbitrajes inversor-Estado

Los principales reglamentos aplicables al arbitraje inversor-Estado recogen en su articulado cláusulas de limitación o, incluso, de exclusión de la responsabilidad de los árbitros. Se ha argumentado que la razón de esta limitación es garantizar la independencia de los árbitros en el ejercicio de sus funciones¹⁰⁴². Sin embargo, como se verá, esto choca con la doctrina imperante en el Derecho público. Antes de ello, se expondrán las cláusulas relativas a la exclusión de

MARTÍN, A.-J. (Dir.) y NEIRA PENA, A. (Coord.); *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*; Ed. Civitas (Thomson Reuters), Cizur Menor, 2011, pág. 36.

¹⁰³⁸ GAL maneja varias hipótesis, entre ellas, que se trata de un contrato civil de servicios, un contrato de gestión de negocios, un mandato o un «contrato procesal», decantándose por esta última posibilidad.

¹⁰³⁹ GAL, J.; *Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*; Mohr Siebeck Verlag, Tübinga, 2008, pág. 422.

¹⁰⁴⁰ LIONNET, K.; LIONNET, A.; *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*; Richard Boorberg Verlag, tercera edición, Mörlenbach, 2005, pág. 263.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*; pág. 264.

¹⁰⁴² Por ejemplo, dentro de la doctrina: «la inmunidad del árbitro que le exime de la responsabilidad personal por una decisión deficiente [...] trata de proteger la independencia del árbitro, que no estaría asegurada si pudiera ser objeto de represalias en forma de responsabilidad civil» en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; *Abogacía Internacional. Volumen I. Arbitraje*; Editorial Rasche, Madrid, 2014, pp. 133-134; escribe, por su parte una autora estadounidense afirma: «Desafortunadamente, debido a la percibida como mala conducta de los árbitros y al riesgo de manipulación, el proceso de arbitraje ha sido objeto de ataque a través de acciones sobre responsabilidad civil de los árbitros» (Trad. Propia) en FRANCK, S.D.; «*The liability of international arbitrators: a comparative analysis and proposal for qualified immunity*» en *Transnational Dispute Management*, vol 2., 2005; e, incluso se puede rastrear ese discurso en los Grupos de Trabajo de la CNUDMI sobre Arbitraje y Conciliación: «El Grupo de Trabajo convino en que en principio debería otorgarse plena inmunidad, o la máxima responsabilidad limitada que permita la ley aplicable, a las personas que lleven a cabo un arbitraje por todo acto u omisión que guarde relación con el ejercicio de sus funciones. Se opinó que con esa disposición se protegería a los árbitros ante el riesgo de posibles reclamaciones excesivas hechas por las partes descontentas con las decisiones o laudos de los tribunales, que podrían alegar que tales decisiones o laudos eran fruto de la negligencia o de una falta de un árbitro» en *Informe del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) sobre la labor realizada en su 52ª período de sesiones*; Nueva York, de 1 a 5 de febrero de 2010.

responsabilidad arbitral contenidas los Reglamentos aplicables al arbitraje entre inversores y Estados.

9.3.1.1. Cláusulas de limitación de la responsabilidad arbitral

Las cláusulas de limitación de la responsabilidad arbitral son mecanismos que permiten excluir dicha responsabilidad arbitral, pero no de manera absoluta. Se pueden interpretar como la enunciación general de la irresponsabilidad de los árbitros hasta el límite máximo que la ley estatal permita. Para determinar la ley estatal aplicable, habrá que atender a la del lugar del arbitraje que, en el caso de arbitrajes desarrollados sobre la base del Reglamento de Arbitraje CNUDMI de 2010 será el que hayan pactado las partes y, en su defecto, el que determine el tribunal arbitral (art. 18).

Dicha limitación de responsabilidad se recoge en el Reglamento de arbitraje de la CCI de 2010, el Reglamento de la CPA de 2012, las Reglas de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la CCE de 2010 y en el Reglamento CNUDMI de 2012.

En lo concerniente al Reglamento de la CNUDMI de 2012, su artículo 16 reza:

«Salvo en caso de *falta intencional*, en la medida que permita la ley aplicable, las partes renuncian a cualquier otra reclamación contra los árbitros, la autoridad nominadora y cualquier persona designada por el tribunal arbitral por actos u omisiones relacionados con el arbitraje»

Sobre el alcance de dicho precepto, cabe decir que, por un lado, la expresión «falta intencional» debe cubrir, según CROFT, KEE y WAINCYMER, un amplio rango de acciones que debería ser mayor a lo que en un primer momento se podría pensar, poniendo como ejemplo el caso en que un árbitro renunciase sin causa justa, lo que podría dar lugar a una reclamación en relación a los honorarios y gastos realizados por las partes¹⁰⁴³.

Por otro lado, la limitación de la responsabilidad «en la medida que permita la ley aplicable» se entiende que abre la puerta a reclamaciones de responsabilidad civil por daños tanto contractuales –incumplimiento de contrato y a causa de otras estipulaciones que, eventualmente, se pudiesen prever- como extracontractuales; además, se debe entender que la limitación no excluye, por ese mismo motivo, la responsabilidad penal¹⁰⁴⁴. Si bien, de forma contraria, CROFT, KEE y WAINCYMER opinan que, en caso de conflicto entre la legislación estatal que regula

¹⁰⁴³ CROFT, C.; KEE, C.; WAINCYMER, J.; *A Guide to UNCITRAL Arbitration Rules*; Cambridge University Press, Nueva York, 2013; págs. 168-169.

¹⁰⁴⁴ En el caso español, por ejemplo, delito de cohecho (arts.419 y 423 CP), delito de negociaciones prohibidas (arts. 439 y 440 CP); en Alemania, delito de obtención de beneficios personales (art. 331.2 StGB), delito de cohecho (art. 332.2 StGB), etc.

específicamente el arbitraje y el Reglamento CNUDMI, este último debería prevalecer.

Sin embargo, para comprender mejor el orden de prelación de fuentes en caso de conflicto entre el Reglamento y la ley, es necesario acudir a las actas de la 48ª sesión del Segundo Grupo de Trabajo de la CNUDMI, donde se debatió su redacción. En el párrafo 39 de dicha acta se explica:

«Se recordó que se había señalado la protección de los intereses de las partes en un arbitraje como uno de los objetivos del Reglamento, por lo que tal vez éste resultara menos aceptable si daba la impresión de que protegía a los árbitros en exceso. Se respondió a ello que el Reglamento no era una norma de rango legal sino contractual, por lo que estaría siempre sujeto a toda disposición de rango imperativo de la ley aplicable».¹⁰⁴⁵

Lo que viene a confirmar el Grupo de Trabajo es que la limitación de la responsabilidad, según el Reglamento CNUDMI 2010, solamente despliega sus efectos ante el silencio de la ley o, incluso, de contrato –cuya existencia sería lógica desde el punto de vista de cierta doctrina alemana, como se ha estudiado. *A sensu contrario*, se podría afirmar entonces que las partes pueden constreñir la limitación de responsabilidad establecida en el Reglamento de la CNUDMI simplemente exigiendo la aplicación de leyes más garantistas en caso de que el ordenamiento jurídico del Estado en que se celebre el arbitraje las prevea, como es el caso de España o Italia, o estipulando dicha responsabilidad en el *Schiedsrichtervertrag*, en países que no prevean la responsabilidad de los árbitros en su regulación del arbitraje, como es el caso de Alemania.

Es de destacar que en el Reglamento CNUDMI de 1976, que aún es elegido como norma procesal en varios procedimientos¹⁰⁴⁶, no se estipulaba nada acerca de la exclusión o limitación de responsabilidad de los árbitros. Ello debe llevar a la conclusión de que, en el ámbito de la CNUDMI, la tendencia general es la de reforzar cada vez más dicha limitación de responsabilidad arbitral.

En lo tocante a otros reglamentos, por una parte, el Reglamento de arbitraje de la CCI establece, en su artículo 40 que:

«Los árbitros, cualquier persona nombrada por el tribunal arbitral, el árbitro de emergencia, la Corte y sus miembros, la CCI y sus empleados, y los Comités Nacionales y Grupos de la CCI y sus empleados y representantes no serán responsables, frente a persona alguna, de hechos, actos u omisiones relacionados con el arbitraje, *excepto en la medida en que dicha limitación de responsabilidad esté prohibida por la ley aplicable*»

¹⁰⁴⁵ CNUDMI; *Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 48º período de sesiones*; Nueva York, 2008, pág. 10.

¹⁰⁴⁶ Por ejemplo, en *Everest Estate LLC. y otros c. Federación Rusa*, cuya notificación de arbitraje (v. art. 3 Reglas de Arbitraje CNUDMI 1976) fue registrada el 19 de junio de 2015.

Sobre el alcance de exclusión de la responsabilidad de este precepto, WEBSTER y BÜHLER han sostenido que la redacción del artículo deja entender que no existe la posibilidad de afirmar que existe una absoluta exclusión de responsabilidad, más aún cuando, tras la modificación del Reglamento en 1998 se modificó el rótulo del artículo de «exclusión de responsabilidad» a «limitación de responsabilidad», a la vez que se añadió la última frase, que establece un límite a la responsabilidad arbitral en la ley aplicable¹⁰⁴⁷. De esta manera, según estos autores, la razón que justifica el artículo 40 es la necesidad de impedir la obstrucción del arbitraje CCI a través de demandas de responsabilidad entre árbitros, la Corte de la CCI u otras personas envueltas en el procedimiento¹⁰⁴⁸, ello no puede excluir de ningún modo la aplicación de preceptos penales, ni de la legislación civil por daños contractuales o extracontractuales¹⁰⁴⁹, y sólo se debe entender que excluye la fiscalización acerca de la validez de las decisiones arbitrales.

Por otra parte, el Reglamento de la CPA de 2012 en su artículo 16 tiene la misma dicción que en el artículo 16 del Reglamento CNUDMI 2010. Esto se debe a que, como se expresa en la introducción del Reglamento CPA de 2012, éste está redactado tomando a aquél como base e introduciendo modificaciones en lo relativo a las particularidades propias de la CPA.

Por último, el artículo 48 de las Reglas de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la CCE refiere que:

«Ni la CCE ni los árbitros son responsables frente a alguna parte por acciones u omisiones en conexión con el arbitraje, a menos que dicho acto u omisión constituya conducta dolosa o negligencia grave» (Trad. Propia)

Cierta doctrina sueca apunta a que el fundamento de esta regulación se haya en el hecho de que el contrato de arbitraje es un contrato de mandato (*sysslomannaavtal*) y que, por lo tanto, todo quebrantamiento del mismo desencadenará necesariamente las sanciones que corresponden al incumplimiento de contrato: rescisión y compensación por daños, aunque no existe consenso en torno al límite a partir del cual estas últimas son exigibles¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁷ WEBSTER, T.H.; BÜHLER, M.W.; *Handbook of ICC Arbitration*; 3ra Edición (2da reimpr.), Sweet and Maxwell, Londres, 2008; pág. 610.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*; pág. 611.

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*; pág. 612.

¹⁰⁵⁰ ÖHRSTRÖM, M.; *Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut. En handbok och regelkommentar för skiljeförfaranden*; Norstedts Juridik AB, Solna, 2009, pág. 256.

9.4. El régimen de responsabilidad de los árbitros en el sistema CIADI

La opción adoptada en el sistema CIADI se articula a través de cláusula que enuncia la inmunidad jurisdiccional absoluta, aplicando la ficción jurídica por la cual la figura del árbitro se subsume en la de agente de una organización internacional. El Convenio CIADI, en su artículo 21.1 establece:

«El Presidente, los miembros del Consejo Administrativo, las personas que actúen como conciliadores o árbitros o como miembros de una Comisión [...]:

a) *Gozarán de inmunidad frente a toda acción judicial* respecto de los actos realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones, salvo que el Centro renuncie a dicha inmunidad;

b) Cuando no sean nacionales del Estado donde ejerzan sus funciones, gozarán de las mismas inmunidades en materia de inmigración, de registro de extranjeros y de obligaciones, derivadas del servicio militar u otras prestaciones análogas...».

Así, el Convenio CIADI articula la exclusión de responsabilidad en base a la inmunidad de Derecho internacional público de las Organizaciones Internacionales. Se hace necesario, por lo tanto, revisar la validez de dicha articulación.

En este sentido, cabe recordar que el CIADI es una institución del BM. Éste último tiene el estatuto de *organismo especializado*¹⁰⁵¹ de la ONU, en virtud del acuerdo adoptado en septiembre de 1947 en el seno del ECOSOC. En el artículo I.2 del Acuerdo Específico entre el ECOSOC y el BM se establece que «a causa de la naturaleza de sus atribuciones internacionales y de los términos de su Convenio constitutivo, el Banco es una organización internacional independiente y debe funcionar como tal». Esto contradice lo dispuesto en los artículos 57 y 63 de la Carta de la ONU de 1945, que prevén que las agencias especializadas se encuentren vinculadas con el ECOSOC y deban responder de su gestión ante éste. Se puede afirmar, por lo tanto, que el Banco Mundial es un organismo especializado *sui generis*, en el que se excepciona lo dispuesto en la Carta de la ONU.

En cualquier caso, a pesar de esto último, nada parece obstar para que el BM goce de las prerrogativas establecidas en la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados, aprobada por la AG de la ONU el

¹⁰⁵¹ Según CASADO RAIGÓN, «los organismos especializados son, ante todo, organizaciones internacionales intergubernamentales, con fines específicos y con vocación universal (abiertas a todos los Estados, aunque no todas ellas alcanzan una completa universalidad), que tienen [...] amplias atribuciones internacionales en materias de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario y otras conexas y que han sido vinculadas a la ONU a través de acuerdo específico, que es concertado por el ECOSOC y la organización en cuestión y que debe ser aprobado por la Asamblea General»; en CASADO RAIGÓN, R.: *Derecho Internacional*; 2da Edición, Tecnos, Madrid, 2014, pág. 54.

21 de noviembre de 1947, en cuyo artículo VI, sección 19, apartado a) se establecen las inmunidades jurisdiccionales del funcionariado de las agencias especializadas: «Los funcionarios de los organismos especializados gozarán de inmunidad de jurisdicción respecto *de todos los actos ejecutados* por ellos, en su capacidad oficial, inclusive sus palabras y escritos». Según un recto entendimiento, debe entenderse que esta dicción -«todos los actos ejecutados»- deja fuera del alcance de la responsabilidad, cuando menos, a la negativa a dictar laudo, que se trata de una omisión.

Esta inmunidad queda reforzada por lo dispuesto en el Acuerdo Constitutivo del BIRF de 1944, que puede ser entendido como un Tratado Internacional, cuyo artículo VII, Sección 8, apartado i) indica que

«Todos los gobernadores, directores ejecutivos, suplentes, agentes y empleados del Banco gozarán de inmunidad frente a los procesos judiciales en relación con los actos que realicen en el ejercicio de sus funciones, excepto cuando el Banco prescinda de dicha inmunidad».

Tanto en el caso anterior como en el presente, se deben realizar sendas ficciones jurídicas con el objetivo de subsumir el estatus de árbitro, ya en el de funcionario de agencia especializada, ya en el de agente del Banco Mundial. Debe entenderse que el Convenio CIADI en su artículo 21.1 realiza dicha *fictio iuris*¹⁰⁵².

Por otra parte, cabría pensar que la simple enunciación de la inmunidad en el Convenio CIADI de 1966, es suficiente para otorgar plena validez a dicha restricción de responsabilidad. Sin embargo, al tratarse éste de un instrumento que no crea ninguna Organización Internacional, sino que desarrolla el estatuto de una institución perteneciente a una Organización Internacional, dicha argumentación debe ser puesta en cuestión de una manera crítica. No obstante, parece que respetar esta inmunidad es una costumbre asentada en la práctica jurídica internacional, lo cual juega a favor de esta última interpretación, especialmente a la luz de lo dispuesto en el artículo 31.3.b) de la CVDT de 1969, que determina que a la hora de interpretar los tratados internacionales deben tenerse en cuenta las prácticas seguidas en la aplicación de los mismos.

¹⁰⁵² Sin embargo, esta posibilidad de encontrar la fuente que legitima la atribución de inmunidad a los árbitros en dos instrumentos distintos, conlleva que, según se opte por un instrumento o por otro, en algunos Estados dicha inmunidad no se encuentre reconocida por el ordenamiento interno. En el primer caso, es decir, en el caso de que se señale como fuente de la inmunidad a la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Organizaciones Especializadas, al no estar dicha Convención ratificada por Estados que sí han ratificado el Acuerdo Constitutivo del BIRF, como Afganistán, Angola, Bangladesh, República Dominicana, Canadá, El Salvador, Portugal, Venezuela y Suiza, dicho ámbito de validez sería territorialmente más restringido que el del Acuerdo Constitutivo.

En cuanto al alcance de dicha inmunidad, señala WEBSTER que se trata de una inmunidad limitada funcionalmente¹⁰⁵³. Para entender dicha limitación funcional, hay que atender a la intención de los redactores de dicho Convenio. En este sentido, hay que recordar que en el Proyecto Preliminar del Convenio de 1963 se explicaba, en el Comentario de la disposición relativa a la inmunidad del personal del Centro, que la extensión de privilegios a los árbitros era «aconsejable para asegurar un adecuado funcionamiento de los procedimientos bajo los auspicios del Centro»¹⁰⁵⁴. Si bien en dicho Proyecto Preliminar no se contemplaba en ningún caso la inmunidad jurisdiccional de los árbitros, sino tan sólo la aplicación de los privilegios del que acabaría siendo el apartado b) del artículo 21.1, quedando aquélla reservada exclusivamente al Presidente, los miembros del consejo Administrativo y los funcionarios y empleados de la Secretaría del CIADI.

No será hasta el informe del Presidente de 9 de julio de 1964, que se expresará el interés de «varias delegaciones» en el sentido de que «la inmunidad contra toda acción judicial debía hacerse extensiva a los conciliadores y árbitros»¹⁰⁵⁵. Cabe también referir que, sin éxito, varios redactores hicieron especial hincapié para que se describiesen mejor los ámbitos que quedaban protegidos por éste¹⁰⁵⁶, al entender algunos juristas que resultaba demasiado amplio¹⁰⁵⁷ y que debido a que algunos Estado contratantes se verían en la necesidad de dictar un acto de legislación interna para poner en vigor las disposiciones de dicho apartado, hubiese sido igualmente conveniente definir con precisión las inmunidades recogidas en el Convenio¹⁰⁵⁸. En otras palabras, los Directores ejecutivos encargados de la redacción del Convenio CIADI tenían la preocupación de delimitar el alcance de la exención de responsabilidad arbitral, en parte porque su postura era contraria a que la inmunidad abarcase cualquier tipo de conductas y, en parte por causas técnicas referidas a la incorporación al ordenamiento jurídico estatal de dichos privilegios e inmunidades. En este sentido, el alcance de la irresponsabilidad de los árbitros debe tenerse en cuenta de forma limitada, a la luz de las directrices que la CVDT de 1969 establece en su artículo

¹⁰⁵³ WEBSTER, T.H.; *Handbook...*; op. cit., pág. 75.

¹⁰⁵⁴ CIADI; *Historia del convenio CIADI*; Balmar Printings and Graphics, Washington DC, 1969, reimpr. 2009, pág. 18.

¹⁰⁵⁵ «Informe del Presidente sobre Reuniones Consultivas Regionales de Juristas sobre Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones» (9 de junio de 1964) en CIADI; *Historia del convenio CIADI*; Balmar Printings and Graphics, Washington DC, 1969, reimpr. 2009, pág. 138.

¹⁰⁵⁶ Así UCROS en la segunda sesión de la «Reunión Consultiva de Juristas de febrero de 1964»; en CIADI; *Historia del convenio CIADI*; Balmar Printings and Graphics, Washington DC, 1969, reimpr. 2009, pág. 81.

¹⁰⁵⁷ Así KPOGNON en la «Nota del Presidente al Comité Legal de 30 de noviembre de 1964»; en CIADI; *Historia del convenio CIADI*; Balmar Printings and Graphics, Washington DC, 1969, reimpr. 2009, pág. 351.

¹⁰⁵⁸ Así O'DONOVAN en las «Enmiendas propuestas por el Sr. O'Donovan (Australia) al Comité Legal», en CIADI; *Historia del convenio CIADI*; Balmar Printings and Graphics, Washington DC, 1969, reimpr. 2009, pág. 329.

31.1 «[los Tratados Internacionales] deben ser interpretados [...] conforme al sentido corriente de los términos, teniendo en cuenta su objeto y bien».

Por último, y a la luz de lo preceptuado en la Carta de la ONU¹⁰⁵⁹ y en el Convenio sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas¹⁰⁶⁰, dicha inmunidad limitada funcionalmente no se puede concebir como una prerrogativa dirigida a beneficiar a los árbitros, sino en interés de la organización, en este caso, el CIADI. Por ello, el mismo artículo 21.1 del Convenio CIADI establece que el Centro puede renunciar a dicha inmunidad. Tal habilitación general debe comprenderse como un derecho, a ejercitar por el Secr. Gral. Del CIADI (Art. 11 Convenio CIADI), pero también como un deber, cuando lo contrario signifique amparar una situación ilícita, por lo menos desde el punto de vista internacional, aunque se podría plantear también desde el punto de vista del estatal, especialmente por lo que hace al Derecho penal.

Así, por lo que respecta a la responsabilidad penal de los árbitros, dado que algunos tipos penales no sancionan conductas que los árbitros realizan *en el ejercicio de sus cargos*, sino que son realizadas con anterioridad, aunque con ocasión de ellos, como es el caso del cohecho en España¹⁰⁶¹, debe entenderse que una eventual acción judicial por un delito de cohecho no podría ser evitada por la dicción del artículo 21.1 CIADI.

En cualquier caso, sí hay que reconocer que la protección brindada por el Convenio CIADI de a los árbitros es mucho más amplia que la otorgada por los Reglamentos CNUDMI y evita que, salvo renuncia, aquéllos puedan tener que responder en el orden criminal de delito de prevaricación, así como, en el orden civil, de responsabilidad por daños, independientemente de la causa de los mismos.

9.5. Consideraciones finales sobre la responsabilidad de los árbitros ISDS

¹⁰⁵⁹ Cfr. Artículo 205.2.

¹⁰⁶⁰ Cfr. Artículo V, secciones 20 y 21: «Sección 20. Las prerrogativas e inmunidades se otorgan a los funcionarios en interés de las Naciones Unidas y no en provecho de los propios individuos. El Secretario General tendrá el derecho y el deber de renunciar a la inmunidad de cualquier funcionario, en cualquier caso en que según su propio criterio, la inmunidad impida el curso de la justicia y pueda ser renunciada sin que se perjudiquen los intereses de las Naciones Unidas. En el caso del Secretario General, el Consejo de Seguridad tendrá el derecho de renunciar a la inmunidad. Sección 21. Las Naciones Unidas cooperarán siempre con las autoridades competentes de los Miembros para facilitar la administración adecuada de justicia, velar por el cumplimiento de las ordenanzas de policía y evitar que ocurran abusos en relación con las prerrogativas, inmunidades y facilidades mencionadas en este artículo».

¹⁰⁶¹ V. Capítulo V, Título XIX, Libro II CP.

Se ha podido constatar que tanto la regulación de la responsabilidad arbitral, como el discurso que apoya tal regulación comparte el punto de partida de la tradición de la inmunidad judicial anglosajona. Según esta tradición, la irresponsabilidad de los jueces y magistrados es garantía de su independencia.

Sin embargo, es posible oponer dos objeciones en contra de este principio. Por una parte, en su formulación más avanzada, esto es, en la que se le ha dado en los EEUU, dicha inmunidad judicial ha sido delimitada por la jurisprudencia. Es decir, el propio poder del Estado que debe estar constreñido por la garantía de la responsabilidad, ha trazado de una manera muy poco garantista los límites de su responsabilidad¹⁰⁶². A pesar de que el peso de la jurisprudencia es mucho mayor en el ámbito del *common Law* que en el del Derecho continental, en este caso particular la práctica ha sido muy desacertada. Quizás la manera correcta de regular la responsabilidad de los poderes públicos hubiese sido mediante una enmienda constitucional, y no mediante un acto legislativo ordinario. De esa manera, la tensión entre la eficacia de los Derechos civiles –es decir, de un principio legal material- y la eficacia de la independencia judicial –o sea, de un principio constitucional formal- no se hubiese resuelto en favor del segundo, sino que hubiese alcanzado un sano equilibrio.

Una segunda objeción es necesaria: la formulación de la independencia es más acabada en el ámbito del Derecho continental. En este ámbito, la independencia es entendida como un mecanismo que se hace valer frente a otros poderes públicos, no frente a los administrados. De manera que así se previenen intromisiones del poder legislativo o ejecutivo en la función judicial. Esto es importante ponerlo de relieve, porque en este sentido la responsabilidad no juega en contra de la independencia, sino que es una garantía de la misma, es decir, es una garantía de que jueces y magistrados sólo están sometidos al imperio de la ley.

Por lo anterior es fácil entonces comprender por qué la irresponsabilidad de los árbitros en el arbitraje entre inversores y Estados es indeseable. En este sentido, sería mucho más garantista para las partes implicadas, para el propio sistema arbitral y para la comunidad internacional, que se eliminara la cláusula de exención de responsabilidad. Se puede pensar que esto daría pie a un revanchismo de las partes perjudicadas por el laudo arbitral, pero en realidad, no hay datos que corroboren dichos temores. En los Estados que prevén la responsabilidad judicial, los juzgados no están colapsados a causa del volumen de demandas de responsabilidad civil o de denuncias y querrelas penales contra jueces y magistrados.

¹⁰⁶² Para NAGEL, el propio SCOTUS ha utilizado criterios distintos y, en su opinión, «inconsistentes» al delimitar el ámbito de la inmunidad judicial y el de la inmunidad legislativa. Así, en el caso *Grave c. EEUU*, falló que revelar ciertos documentos clasificados a sus electores no entraba dentro de las funciones normalmente realizadas por los senadores, aunque existiese la tradición de que los senadores rindan cuentas ante tales electores. Vid. NAGEL, R. F.; «*Judicial Immunity...*»; op. cit., pág. 242.

No obstante, sin perder de vista la relevancia de la responsabilidad civil y penal de los árbitros de los arbitrajes entre inversores y Estados, existen aún dos modalidades de responsabilidad también importantes. La primera de ellas, la que MONTERO AROCA denomina responsabilidad jurisdiccional-procesal, es decir, la posibilidad de plantear recursos. Esta modalidad de responsabilidad es de vital importancia, pues su cometido es asegurar la correcta aplicación del sistema de fuentes. Sin embargo, es necesario recordar que en el sistema CIADI no existe apelación posible, ni ningún otro mecanismo de impugnación ordinario ante la jurisdicción ordinaria, lo cual está en sintonía con la regulación de la institución arbitral en los ordenamientos nacionales e internacionales. Con todo, sí se permite la anulación del laudo ante los comités ad hoc del artículo 52 del Convenio, si bien se trata de una impugnación extraordinaria, por cuanto que sus motivos vienen tasados¹⁰⁶³.

La segunda de las modalidades de responsabilidad que urge regular es la responsabilidad social, es decir, aquéllos mecanismos informales que permiten que la sociedad conozca el sentido de las resoluciones arbitrales y sus implicaciones para la vida cotidiana de las personas. Este asunto ha sido abordado por la CNUDMI, que en 2013 publicó el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado y cuyo análisis se ha abordado *supra*. Con todo, la aplicación de dicho Reglamento es realmente limitada en el sistema CIADI, de manera que se puede afirmar que el control social por medio de la opinión pública es, a día de hoy, una de las grandes tareas pendientes de dicho sistema.

¹⁰⁶³ Tales motivaciones son las siguientes: constitución incorrecta del tribunal, extralimitación manifiesta de sus facultades, corrupción de algún árbitro, quebrantamiento grave de una norma de procedimiento y, finalmente, falta de motivación del laudo.

FACULTADES NO DISCRECIONALES DE LOS ÁRBITROS CIADI

I. Excepciones preliminares: decisión sobre jurisdicción y decisión sobre admisibilidad

10. Decisión sobre la jurisdicción

La decisión sobre la propia jurisdicción es uno de los primeros actos procesales que tienen lugar en los arbitrajes CIADI. Pueden tener lugar con anterioridad a la emisión del laudo o junto con él. La jurisdicción de los tribunales CIADI está regulada por una pléyade de artículos del Convenio y de las Reglas de Arbitraje, debiendo tenerse en cuenta, además, el Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio.

La piedra angular de la jurisdicción de los tribunales CIADI se recoge en el artículo 25 del Convenio, cuyo apartado primero establece que

«[l]a jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado».

Se hace necesario, por tanto, abordar cada uno de los elementos que forman tal jurisdicción y cuya concurrencia los tribunales arbitrales del sistema CIADI habrán de examinar a la hora de declarar sobre su propia jurisdicción.

10.1. ¿Una decisión sobre la *jurisdicción* o sobre la *competencia*?

El texto auténtico en castellano utiliza la expresión «Jurisdicción del Centro», mientras que su homólogo inglés utiliza la expresión «*Jurisdiction of the Centre*». En cambio, la redacción es distinta en el texto auténtico en francés, que opta por intitular el capítulo II del Convenio como «*De la compétence du Centre*». Tanto «Jurisdicción» como «Competencia» son términos técnicos de la doctrina procesal. No son sinónimos, sino que, todo lo contrario, se refieren a categorías procesales distintas. Las preguntas que se imponen, entonces, son las siguientes: ¿Es más correcto utilizar el vocablo jurisdicción o el vocablo competencia? Y, ¿Sobre qué trata exactamente el capítulo II del Convenio CIADI?

En cuanto al término «competencia», que es el que aparece en el texto auténtico del Convenio en francés, tampoco parece que se pueda afirmar su idoneidad. Los criterios competenciales tienen sentido allí donde existen varios órganos integrados permanentemente en una misma organización, de manera que se hacen necesarios unas pautas de reparto de la carga de trabajo. Tales pautas, en

lo respectivo al Poder Judicial, se denominan «competencia». En su aplicación se tienen en cuenta cuestiones como la implantación territorial –competencia territorial-, la especialización por razón de materia –competencia objetiva-, la fase procesal en que se encuentre el litigio –competencia funcional- y, en definitiva, la garantía del principio del juez predeterminado por la ley. Pero, por lo que hace al arbitraje en general y al sistema CIADI en especial, tal concepto vuelve a carecer de sentido: los tribunales del sistema CIADI no son permanentes, sino creados para resolver casos específicos. Se podría pensar que es posible hablar de distinta competencia funcional entre los tribunales arbitrales y los comités *ad hoc* o de anulación; pero no se puede afirmar que la razón de este criterio sea la especialización, sino más bien la intención de procurar una formación arbitral imparcial.

Por otro lado, puede ser útil recordar, con COUTURE, que el término «jurisdicción» parece tener varias acepciones en el lenguaje. Una de ellas sería sinónimo de competencia. Aunque para el autor uruguayo tal acepción no es la más apropiada¹⁰⁶⁴. Ahora bien, se entiende que con acierto, ARMENTA DEU distingue dos posibles usos del término «jurisdicción» cuando afirma que «el concepto de jurisdicción tiene dos acepciones. Por una parte, se refiere a la potestad ejercida por los juzgados y tribunales [...]. Por otra, define uno de los presupuestos procesales, que deben concurrir en el órgano jurisdiccional que conoce de un asunto»¹⁰⁶⁵.

En tanto que presupuesto procesal, la jurisdicción responde a la siguiente pregunta: ¿la pretensión planteada entra dentro de los límites materiales, territoriales y personales de la soberanía estatal de la que deriva la potestad jurisdiccional concreta? Dicho de otro modo, la jurisdicción delimita los asuntos que pueden conocer los órganos judiciales de un Estado en atención a los nexos con la soberanía estatal del conflicto jurídico de que se trate. Sin embargo, el sistema CIADI no es un Estado, sino que se articula a partir de una organización internacional, el BM. Así las cosas, ningún sentido tiene hablar de jurisdicción de un tribunal arbitral CIADI¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁴ En efecto, para el clásico autor uruguayo, «[h]asta el siglo XIX los conceptos de jurisdicción y competencia aparecen como sinónimos. Indistintamente se alude a la falta de jurisdicción como falta de competencia en sentido material, o en sentido territorial, o aún para referirse a la función. Pleonásticamente se llega a hablar de incompetencia de jurisdicción.

En el siglo XX, por regla general, se ha superado este equívoco; pero quedan abundantes residuos en la legislación y en el lenguaje forense». Vid. COUTURE, E.J.; *Fundamentos de Derecho procesal civil*; 4ª Ed.; Euros Editores, Buenos Aires, 2010; págs. 24-25.

¹⁰⁶⁵ Vid. ARMENTA DEU, T.; *Lecciones de Derecho procesal civil. Proceso de declaración. Proceso de Ejecución. Procedimientos Especiales. Arbitraje y Mediación*; 10ª Ed.; Marcial Pons, Madrid, 2017; pág. 53.

¹⁰⁶⁶ Aunque quizás el problema se pueda plantear de otra manera: lo que determina los límites de la jurisdicción de un Estado es su soberanía, que no deja de ser un poder que existe allí donde otros sujetos, también soberanos, lo reconocen así. Es decir, la soberanía de un Estado, en cierta forma,

Ahora bien, lo cierto es que el término «jurisdicción» tiene cierta tradición en el Derecho internacional público a la hora de referirse al ámbito en que un órgano judicial internacional puede ejercer sus funciones¹⁰⁶⁷. Parece entonces que lo único claro es el carácter problemático de ambos términos, por lo menos desde una perspectiva de la doctrina procesalista. El problema, eso sí, no es tanto propio de los tribunales arbitrales en particular, sino más bien del arbitraje en general¹⁰⁶⁸.

Más fácil de responder es la segunda pregunta: de qué trata el capítulo II del Convenio. Para responder al interrogante, se deben analizar por separado los artículos 26 y 27 por un lado, y el artículo 25, por otro. El artículo 27 del Convenio prohíbe la concesión de protección diplomática y la interposición de demandas internacionales sobre un asunto sometido a algún tribunal CIADI. Se podría afirmar que el sentido de este artículo es establecer un efecto de litispendencia en el ámbito internacional, para dar seguridad jurídica a las partes y evitar intromisiones ilegítimas de terceros en el proceso. Este artículo 27 se complementa con la primera oración del artículo 26¹⁰⁶⁹, que establece la excepción de arbitraje.

Ahora bien, por lo que atañe al artículo 25, se debería entender que enumera los presupuestos procesales¹⁰⁷⁰ que habrán de ser verificados por los tribunales conforme al artículo 41 del Convenio: por un lado, los presupuestos procesales de

nace del acuerdo. Y lo cierto es que, como tratado internacional, el Convenio CIADI también nace del acuerdo de varios sujetos soberanos. Eso quizá permitiría hablar de jurisdicción del sistema CIADI.

¹⁰⁶⁷ Sirvan de ejemplo los arts. 36.2 y 36.6 ETIJ, el art. 1 del ETPI. No es el caso de otros textos, como el CEDH, que en su artículo 32 habla de «competencia del Tribunal», ni del ETIDM, que en su art. 21 también habla de «competencia». No obstante lo cual, en las versiones auténticas de todos estos textos en inglés, se utiliza el vocablo «*jurisdiction*».

¹⁰⁶⁸ De ello dan cuenta varios estudios sobre la LA española. Por ejemplo, para GUZMÁN FLUJA, defiende que resulta más correcto hablar de jurisdicción que de competencia, cuando se habla de los tribunales arbitrales españoles. Vid. BARONA VILAR, S.; *Comentarios...*; op. cit., pág. 806. Por su parte, REVERÓN PALENZUELA advertía que «el término competencia no puede tener [en la LA] las mismas implicaciones que tiene en el ámbito del proceso jurisdiccional», defendiendo la utilización del término competencia objetiva, ya que «de lo que se trata es de que [...] se examine antes de resolver el fondo de la cuestión si realmente se trata de un asunto que las partes disponen libremente y es arbitrable». Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, 443. Finalmente, MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA sostienen con agudeza que «la jurisdicción arbitral sería una categoría conceptual abstracta y dogmática, y la competencia arbitral una categoría conceptual concreta y determinada a la controversia que se trate de resolver. Mas en el terreno práctico de la realidad no hay diferencia entre jurisdicción arbitral y competencia arbitral, pues esta nacería con el pacto voluntario de las partes [...] y la primera [...] también». Vid. MERINO MERCHÁN, J.F.; CHILLÓN MEDINA, J.M.; *Tratado de Derecho...*; op. cit., pág. 580.

¹⁰⁶⁹ Cuyo texto es el siguiente: «[s]alvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso».

¹⁰⁷⁰ Para CALAMANDREI, los presupuestos procesales eran «las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez de proveer sobre el mérito» –es decir, el fondo. Vid. CALAMANDREI, P.; *Instituciones de Derecho procesal Civil*, vol. I; Librería El Foro, Buenos Aires, 1996; pág. 351.

las partes, es decir, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal de ambos litigantes. Pero también un presupuesto procesal del propio tribunal, como es la existencia de consentimiento válido¹⁰⁷¹. Y, finalmente, un requisito de la acción¹⁰⁷², que se denomina en arbitraje CIADI como «admisibilidad» o «arbitrabilidad» de la disputa. Por lo tanto, se puede afirmar que la decisión sobre la jurisdicción no es otra cosa que la verificación, de oficio o a instancia de parte, de los presupuestos procesales de un asunto concreto.

10.2. El test de competencia CIADI

A continuación se abordará el contenido de los apartados 1 y 2 del artículo 25 del Convenio, con el objetivo de enumerar los puntos que han de ser examinados por los tribunales arbitrales a la hora de decidir acerca de su jurisdicción. Cada uno de ellos ha de obtener un resultado positivo. Es decir, para que un tribunal arbitral pueda afirmar que tiene jurisdicción sobre un determinado asunto es necesario que, cumulativamente, se cumpla que: el conflicto que se le presenta tenga naturaleza jurídica, que haya surgido directamente de una inversión, que se plantee la acción contra un Estado o una subdivisión política u organismo público de tal Estado, que tanto el Estado demandado como el del que es nacional el inversor sean partes del Convenio CIADI y que el consentimiento figure por escrito.

10.2.1. Sobre el concepto de «diferencias de naturaleza jurídica»

10.2.1.1. Sobre el tiempo de la diferencia

Lo primero que hay que poner de relieve es que el artículo 25 del Convenio CIADI no recoge límite temporal alguno en cuanto al momento en que han de surgir las disputas de que conoce. Por tanto, las diferencias jurídicas de que conozcan los tribunales arbitrales CIADI pueden surgir después del consentimiento, lo cual es del todo lógico, pero también ser anteriores a éste¹⁰⁷³. En este último caso se hallarían, por ejemplo, aquéllas situaciones en que el consentimiento sea dado *a posteriori* del surgimiento de la disputa.

¹⁰⁷¹ Restaría dentro de esta categoría la correcta constitución del tribunal, que puede ser causa de anulación del laudo, según el art. 52, y que, por lo tanto, es verificado en una fase posterior y por otro órgano.

¹⁰⁷² El concepto de «requisito de la acción» o «requisito constitutivo» es propuesto por CALAMANDREI, para denominar aquellos elementos en cuya ausencia el derecho de acción no nace. En contraposición con el concepto de «presupuestos procesales», cuya ausencia determinará la inadmisión de la demanda, la ausencia de los requisitos de la acción, hace aparecer a la demanda como infundada. Vid. CALAMANDREI, P.; *Instituciones...*; págs. 257-258.

¹⁰⁷³ Vid. SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 95. En el mismo sentido, AMERASINGHE; C.F.; «*Submissions to the Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*» en *Journal of Maritime Law and Commerce*; vol. 5, 1974; pág. 211.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta la redacción del instrumento por el cual se otorga el consentimiento, que, en no pocas ocasiones impide que se comiencen procedimientos arbitrales inversor-Estado cuando el origen de la disputa sea anterior a la entrada en vigor del TBI¹⁰⁷⁴ ¹⁰⁷⁵, es decir, de la dación del consentimiento. En tales casos, bajo ninguna excusa sería posible acogerse a la jurisdicción de un tribunal arbitral CIADI para ejercer una acción contra el Estado receptor.

Al tratar el tema del tiempo de la diferencia, es necesario también diferenciar entre el momento de realización de la inversión, el momento en que suceden los hechos controvertidos y el momento de surgimiento de la disputa. Tales diferencias son analizadas a continuación.

En cuanto al momento de realización de la inversión, como puntualiza PÉREZ PACHECO, algunos TBI han declarado su aplicación retroactiva en cuanto a tal realización, pero no en cuanto al surgimiento de la controversia. Así, la retroactividad implica que los tribunales CIADI pueden entrar a conocer de litigios surgidos a partir de una inversión realizada tiempo antes de la dación de consentimiento adelantado por el Estado receptor, siempre y cuando la diferencia jurídica surja tras la aprobación del TBI¹⁰⁷⁶.

También es necesario diferenciar entre el momento en que se producen los hechos supuestamente ilícitos y el momento en que surge la diferencia. Lo lógico es que los hechos denunciados sean siempre anteriores al nacimiento de la disputa. Por su parte, para poder hablar de diferencia, se ha considerado necesaria una comunicación entre las partes que refleje el desacuerdo¹⁰⁷⁷. Como lo expresó el tribunal arbitral de *Maffezini c. España* en su Decisión sobre la jurisdicción,

«[e]l Tribunal observa a este respecto que suele haber una secuencia natural de acontecimientos que conducen a una controversia. Comienza con la expresión de un desacuerdo y la afirmación de puntos de vista divergentes. Con el tiempo, estos acontecimientos adquieren un significado jurídico preciso mediante la formulación de reclamaciones jurídicas, su discusión y su rechazo eventual o falta de respuesta de la otra parte. El conflicto de puntos de vista jurídicos y de intereses sólo estará presente en esta última etapa, aunque los hechos subyacentes tengan una fecha anterior. También se ha

¹⁰⁷⁴ Por ejemplo, vid. art. 2.1 del TBI entre Suiza y Paraguay, art. 2.3 del TBI entre España y Chile o art.II.2 del TBI entre España y Argentina. La redacción de éste último es la siguiente: «el presente Acuerdo no se aplicará a las controversias o reclamaciones que se hubieran originado antes de su entrada en vigor».

¹⁰⁷⁵ Ha de tenerse en cuenta, en cuanto a la determinación de la fecha de entrada en vigor de los TBI y TMI lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que remite con carácter general a lo estipulado por las partes del Tratado y, estableciendo reglas subsidiarias. Además, en los casos en que el consentimiento nazca a partir de la legislación del Estado receptor, habrá que estar a lo establecido en las normas jurídicas propias del Estado receptor, en lo que hace a la validez y entrada en vigor de su legislación.

¹⁰⁷⁶ PÉREZ PACHECO, Y.; «*Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI*» en *Cuadernos de Derecho Transnacional*; vol. 4, nº1, 2012; pág. 329.

¹⁰⁷⁷ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 96.

comentado acertadamente que la existencia de la controversia presupone un mínimo de comunicación entre las partes, en la que una de ellas plantea el problema a la otra, y esta se opone a la posición del reclamante en forma directa o indirecta»¹⁰⁷⁸.

En este sentido, resultan problemáticos los casos en que los hechos de los que nace la diferencia se vienen produciendo desde antes de la dación del consentimiento en un TBI y durante hasta después de ésta. En un caso de este tipo, un tribunal arbitral CIADI constituido al calor del TLCAN en el que se demandaba al Estado mexicano a causa de su incumplimiento del compromiso de devolver ciertas aportaciones tributarias entendió que «si ha habido un curso permanente de acción de la parte demandada iniciado antes [de la fecha de entrada en vigor del consentimiento] y continuado después de esa fecha y que, por lo tanto, “se convirtieron en violaciones” [...] del TLCAN en esa fecha, esa parte posterior de la supuesta actividad de la demandada sí está sujeta a la jurisdicción del Tribunal»¹⁰⁷⁹. Es decir, se ha de entender que en caso que se alegue el incumplimiento continuado de una obligación, las disputas que surjan a causa de tal incumplimiento sólo serán abarcables por la jurisdicción del Centro desde la fecha de entrada en vigor del consentimiento¹⁰⁸⁰, posición con la que se está de acuerdo.

10.2.1.2. Sobre la naturaleza jurídica de la diferencia

El Convenio no da una definición de lo que signifique la expresión «diferencia de naturaleza jurídica». Algún tribunal arbitral CIADI ha diferenciado entre «divergencia» y «diferencia»; en el sentido de que, si bien en ambas se produce un desacuerdo entre las partes en torno a un asunto específico, el grado de animosidad es distinto. Así, en la divergencia ambas partes sostendrían posturas distintas, pero sin procurar la resolución del desacuerdo de manera activa. Mientras que en la diferencia o disputa, el desacuerdo es objeto de un activo intercambio de pareceres entre las partes bajo circunstancias que indican que las partes desean resolver el desacuerdo mediante la acción de un tercero¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁸ *Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción* en el asunto Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (caso CIADI n° ARB/97/7), de 25/I/2000; pág. 96

¹⁰⁷⁹ Vid. *Decisión provisional acerca de cuestiones jurisdiccionales preliminares* en el asunto Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI n° ARB(AF)/99/1), de 6/XII/2000; pág. 62.

¹⁰⁸⁰ Esta conclusión debe ponerse en relación con la conclusión del laudo sobre la jurisdicción del asunto *Lucchetti* en que el tribunal entendió que, allí donde la controversia se había iniciado antes de la entrada en vigor del TBI, pero se mantenía hasta después de dicha entrada en vigor, el tribunal carecía de jurisdicción, pues la controversia era anterior. En este caso, no se alegaba el incumplimiento de una obligación continuada, sino la negativa a otorgar unas licencias para construir una fábrica de alimentos. Vid. *Laudo* en el asunto Empresas Lucchetti, SA et al. c. República del Perú (Caso CIADI n° ARB/03/4), de 7/II/2005; párrafos 48-62.

¹⁰⁸¹ Vid. *Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction* en Helnan International Hotels c. República Árabe de Egipto (Caso CIADI n° ARB/05/19), de 17/X/2016; pág. 52.

Por otro lado, en no pocos documentos procesales emitidos por tribunales CIADI se han acogido definiciones de diferencia jurídica¹⁰⁸² proveídas por el TIJ y el desaparecido TPJI. Entre esas definiciones se pueden citar las siguientes: «un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de puntos de vista jurídicos o de intereses entre las partes»¹⁰⁸³, o «situación en que dos partes sostienen posiciones claramente opuestas con respecto a la cuestión del cumplimiento o incumplimiento de una obligación jurídica»¹⁰⁸⁴, o «situación en que la pretensión de una parte es resistida positivamente por la otra»¹⁰⁸⁵.

También en el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio se ofrece una definición del concepto de «diferencia de naturaleza jurídica», como aquélla que comprende «los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses». Resultando entonces que la «diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal»¹⁰⁸⁶. En palabras de SCHREUER, «la diferencia sólo podrá ser calificada como jurídica si lo que se pretende es el ejercicio de acciones como la indemnización o la restitución y si lo que se pide viene fundamentado en una obligación contenida en, por ejemplo, contratos, tratados internacionales o legislación»¹⁰⁸⁷.

Ya en un borrador provisional, de octubre de 1963, se explicaba que la expresión «diferencia jurídica» estaba destinada a excluir disputas de tipo «político, económico o puramente comercial»; a la vez que se explicaba cuál era la razón de omitir dar una definición de la expresión: permitir la discrecionalidad de los Estados a la hora de decidir e los TBI o TMI qué litigios someter al Centro, a la

¹⁰⁸² También denominada «controversia», con el mismo significado, aunque aquí se prefiere el uso de la palabra diferencia por ser la que figura en el texto auténtico del Convenio en lengua castellana. En inglés, se utiliza la palabra «*dispute*», traducible por cualquiera de las anteriores.

¹⁰⁸³ STPII Mavrommatis Palestine Concessions (Grecia c. Reino Unido), de 30/VII/1924; pág. 19; el mismo concepto es manejado en la STIJ Caso Relativo a Timor Oriental (Portugal c. Australia), de 30/VI/1995; pág. 22. Aquélla citada en el *Laudo* en el asunto Empresas Lucchetti, SA et al. c. República del Perú (Caso CIADI n° ARB/03/4), de 7/II/2005; pág. 48; y también en *Decision on Jurisdiction* en el asunto Tokios Tokelès c. Ucrania (Caso CIADI n° ARB/02/8), de 29/IV/2004; pág. 106; por último, se la puede encontrar en *Decision on Jurisdiction* en Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Paquistán (Caso CIADI n° ARB/03/3), de 22/IV/2005; pág. 303. La segunda sentencia es citada en la *Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción* en el asunto Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (caso CIADI n° ARB/97/7), de 25/I/2000; pág. 94.

¹⁰⁸⁴ OCTIJ Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía, de 30/II/1950. Citada en el laudo de *Lucchetti c. Perú*. Si bien, a pesar de la definición incluida, lo que se dice en la traducción oficial al castellano de dicha opinión consultiva es que «existen controversias porque ciertos Estados han hecho a otros acusaciones que éstos rechazan».

¹⁰⁸⁵ Ídem.

¹⁰⁸⁶ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, pág. 26. En el mismo sentido, vid. *Decisión sobre Jurisdicción* en Noble Energy Inc. et al. c. República del Ecuador (Caso CIADI n° ARB/05/12), de 5/III/2008; pág. 123.

¹⁰⁸⁷ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 99.

vez que impedir las impugnaciones a la jurisdicción del mismo que podrían nacer de una definición precisa¹⁰⁸⁸.

La carga de demostrar la juridicidad de la disputa corre a cargo del demandante. Así, la Regla de Iniciación 2.1.e) establece que en la solicitud de iniciación «se deberá acompañar informaciones sobre las cuestiones objeto de la diferencia, señalando que las partes tienen una diferencia de naturaleza jurídica que surge directamente de una inversión».

Por último, cabría preguntarse si una diferencia fundada sólo sobre un desacuerdo en cuanto al fundamento fáctico, pero no en cuanto al Derecho aplicable puede ser considerada una diferencia de naturaleza jurídica. En opinión de SCHREUER, sí¹⁰⁸⁹, ya que lo relevante es lo que se pide y el fundamento de la causa de pedir. Esta opinión se considera acertada. De la misma manera, se podría entender que una diferencia en cuanto a la aplicación del Derecho, pero no en cuanto a los hechos, entra dentro del concepto de diferencia de naturaleza jurídica y, por lo tanto, dentro de la jurisdicción del CIADI.

10.2.2. Sobre el concepto de «inversión»

10.2.2.1. Sobre la relación directa entre la disputa y la inversión

El artículo 25 del Convenio se refiere a «diferencias de naturaleza jurídica que surjan *directamente* de una inversión». Por tanto, los tribunales CIADI, a la hora de decidir acerca de su jurisdicción, deberán verificar si el nexo entre la diferencia y la inversión es directo para poder entrar a conocer del fondo del asunto. Como apunte previo, es necesario recordar, con SCHREUER, que el carácter directo de una disputa es un criterio objetivo de atribución de jurisdicción y que, por ello, no puede ser dispensado por las partes¹⁰⁹⁰.

Una duda surge en cuanto a la interpretación del término «directamente». Este podría referirse a la existencia de una inversión directa¹⁰⁹¹ o, por el contrario, a la relación entre la inversión, directa o indirecta, y la diferencia jurídica. Varios tribunales arbitrales han hecho hincapié en que la interpretación correcta es la segunda: la relación directa se predica del litigio con respecto a la inversión, y no

¹⁰⁸⁸ BIRF; «*Preliminary Draft of a Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States. Working paper for consultative meetings of legal experts designated by governments*» (1963) en CIADI; *History of the ICSID Convention*; vol. II.1, págs. 203-204.

¹⁰⁸⁹ SCHREUER, 103.

¹⁰⁹⁰ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 106.

¹⁰⁹¹ Inversión directa sería aquella que es realizada de manera directa por el inversor en el Estado receptor. Tal inversión directa conllevaría una transmisión de capitales originaria. No sería, por tanto, el caso en que un inversor extranjero se limita a adquirir una inversión realizada anteriormente por un inversor nacional.

de la inversión en sí¹⁰⁹². Como lo explicó el tribunal arbitral en *FEDAX c. Venezuela*: «el término “directamente” se relaciona con la disputa, y no con la inversión. De ahí se sigue que entran dentro de la jurisdicción disputas que nazcan de inversiones que no sean directas, en tanto en cuanto la diferencia nazca directamente de una transacción de este tipo»¹⁰⁹³.

Si bien es necesario referir que no han faltado resoluciones en que la interpretación se decantó por centrarse más en la naturaleza directa de la inversión¹⁰⁹⁴. Pero, en todo caso, parece que la primera interpretación, la que exige un vínculo directo entre una inversión y la disputa, respeta más el espíritu del Convenio y es más acorde a una interpretación literal de su redacción.

Más problemático es el tratamiento que se ha dado a las denominadas «inversiones adicionales», «periféricas» o «preparatorias», que sirven para hacer efectiva la inversión principal. Como explica SCHREUER, «una operación de inversión implica normalmente una serie de transacciones adicionales [...] Si estas actividades periféricas y las disputas relacionadas con ellas surgen *directamente* de la inversión es una cuestión dudosa»¹⁰⁹⁵. Una decisión de este tipo fue adoptada por el tribunal arbitral en el caso *SOABI c. Senegal*. Allí, la demandante, que se había comprometido a llevar a cabo unas construcciones para el gobierno senegalés, había contratado con un estudio de arquitectos el proyecto de tales construcciones. Con la rescisión del contrato principal, este segundo contrato, que existía entre la demandante y el estudio de arquitectos también se vio interrumpido. La decisión de tribunal arbitral fue en el sentido de denegar legitimación al estudio de arquitectos para participar en el arbitraje, a la vez que reconocía que los gastos en que la demandante había incurrido en relación al proyecto arquitectónico, habría de ser incluido en el objeto del procedimiento arbitral¹⁰⁹⁶. Es decir, se admitió en ese caso la disputa referente a inversiones periféricas, pero cuya pretensión de pago fue ejercida no por quien era parte de la relación material, sino por el inversor con legitimación *ad processum*¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹² Vid. *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction* en *Ceskoslovenska Obchodni Banka, AS c. República Eslovaca* (Caso CIADI nº ARB/97/4), de 24/V/1999; pár. 74; y en *Decisión sobre Jurisdicción* en *Siemens AG c. República Argentina* (Caso CIADI nº ARB/02/8), de 3/VIII/2004; pár. 150.

¹⁰⁹³ Vid. *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction* en *FEDAX NV c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI nº ARB/96/3), de 11/VII/1997; pár. 24.

¹⁰⁹⁴ Vid. *Award of the Tribunal* en *ADC Affiliate Limited et al. c. República de Hungría* (Caso CIADI nº ARB/03/16), de 2/X/2006; pár. 331.

¹⁰⁹⁵ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., págs. 108-109.

¹⁰⁹⁶ Vid. *Sentence* en *Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. República de Senegal* (Caso CIADI nº ARB/82/1), de 9/II/1988; párrafos 8.01-8.23.

¹⁰⁹⁷ Ello es comprensible si se tiene en cuenta que el sistema CIADI no prevé una figura como la intervención de terceros, lo cual es lógico, si se tiene en cuenta cuál es la intención del Convenio, que no es otras que proteger sólo a las inversiones extranjeras. Ahora bien, ante casos como el de *SOABI c. Senegal*, esta imposibilidad de intervenir en el arbitraje no implica el desamparo de terceros, que siempre podrían reclamar la indemnización frente al inversor.

Por último, aun cabe preguntarse por aquéllos casos en que las inversiones se ven afectadas por la ejecución de políticas públicas que no buscan socavar los derechos de los inversores extranjeros, pero que pueden llegar a hacerlo como efecto colateral. Esta situación se ha planteado en una pléyade de casos ante tribunales CIADI. Uno de los primeros fue *Alcoa c. Jamaica*. En este caso, la demandante alegó que en el contrato que había celebrado con el gobierno jamaicano, este se había comprometido a otorgar ciertas exenciones tributarias que, posteriormente, habría dejado sin efecto al modificar su política tributaria para la exportación de aluminio. El tribunal aceptó su jurisdicción, al entender que las partes habían aceptado deferir todas las diferencias nacidas del contrato al CIADI, entendiéndose que cualquier incumplimiento del contrato habría de ser interpretado como una vulneración del derecho de los inversores¹⁰⁹⁸. En opinión de SCHMIDT, «si bien esta aproximación posee la virtud de la simplicidad, podría ser empleada fácilmente para abarcar operaciones de tráfico comercial ordinarias y otras transacción diferentes a las inversiones en las cuales la contribución de capital sería inexistente o insignificante. Tal ampliación de la jurisdicción sería contraria al propósito del Convenio»¹⁰⁹⁹. En sintonía con este apunte, parece apropiado considerar que tales reclamaciones deberían ser excluidas de la jurisdicción de los tribunales del CIADI.

Similares han sido los asuntos en que los tribunales CIADI han tenido que decidir acerca de las consecuencias que para los inversores tuvieron las medidas económicas adoptadas por el gobierno argentino en la crisis económica de 1998-2002. Entre dichas medidas se incluían la devaluación del peso argentino, la congelación de ciertas tarifas de servicios públicos o la renegociación de la deuda pública. En casi todos los casos, Argentina alegó que las medidas se tomaron ante un Estado de necesidad que la exoneraría de responsabilidad internacional. Pero tales alegaciones fueron rechazadas y los tribunales entendieron que tales medidas suponían una quiebra de las obligaciones asumidas por el Estado argentino para con los inversores extranjeros. Por ejemplo, el tribunal arbitral de *CMS c. Argentina* entendió que se podría establecer «una relación directa cuando las medidas generales hubiesen sido adoptadas en violación de compromisos específicos en favor de los inversores, contenidos en tratados, legislación o contratos»¹¹⁰⁰; sin

¹⁰⁹⁸ *Decision on Jurisdiction and Competence* en *Alcoa Minerals of Jamaica Inc. c. Jamaica* (Caso CIADI n° ARB/74/2), de 6/VII/1975; párrafos 8-9.

¹⁰⁹⁹ SCHMIDT, J.T.; «*Arbitration under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Implications of the Decision on Jurisdiction in Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v Government of Jamaica*» en *Harvard International Law Journal*; vol. 17, 1976; pág. 100.

¹¹⁰⁰ *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction* en *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI n° ARB/01/8), de 17/VII/2003; pág. 27. En el mismo sentido, *Decision on Jurisdiction* en *AES Corporation c. República Argentina* (Caso CIADI n° ARB/02/17), de 26/IV/2005; pág. 57; *Decision on Jurisdiction* en *Continental Casualty Company c. República Argentina* (Caso CIADI n° ARB/03/9), de 22/II/2006; *Decisión sobre Jurisdicción* en *Suez et al. c. República Argentina* (Caso CIADI n° ARB/03/17), de 16/V/2006; pág. 31.

embargo, se hace necesario referir que esta postura no ha sido unánime en el arbitraje de inversiones ¹¹⁰¹. Al igual que en el caso anterior, aquí se sostiene que difícilmente se puede justificar que estas disputas hubiesen nacido «directamente» de una inversión y, por lo tanto, las pretensiones nacidas a partir de tales medidas debieron de ser inadmitidas -si bien es indiscutible que se trataba de medidas que afectaban de una manera, más bien indirecta, a las inversiones de todo tipo realizadas en territorio argentino.

10.2.2.2. Sobre el alcance del concepto de «inversión»

10.2.2.2.1. Caracteres comunes

Lo primero que ha de señalarse es que, al igual que sucede con todos los conceptos analizados del artículo 25 del Convenio CIADI, el de inversión también es limitativo. Es decir, los tribunales arbitrales sólo pueden conocer de disputas relacionadas con inversiones¹¹⁰² y con ningún otro tipo de litigios, ni comerciales, ni tributarios, ni políticos, ni de otro tipo. Sin embargo, al igual que sucedía con el concepto de «diferencia de naturaleza jurídica», el Convenio tampoco provee una definición de qué se ha de entender por inversión.

La razón de esta omisión es recogida en el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio. Según el párrafo 27 de dicho Informe, la omisión se llevó a cabo «teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes y el mecanismo mediante el cual los Estados Contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro». Es decir, se primó la autonomía de los Estados receptores a la hora de decidir qué se debe entender por inversión, es decir, a la hora de prever por qué clase de litigios pueden ser demandados ante el CIADI. Por lo tanto, parece claro que los Estados parte del Convenio podrían *motu proprio* definir en sus TBI y TMI qué consideran por inversión, de hecho, tales definiciones suelen recogerse en los TBI o TMI firmados por los Estados.

10.2.2.2.2. Test dual aplicado al concepto de inversión

¹¹⁰¹ Así, en el asunto *Methanex c. Estados Unidos de América*, seguido por el Reglamento de Arbitraje CNUDMI de 1976, en aplicación del TLCAN, el tribunal arbitral hubo de interpretar el artículo 1101 del Tratado, según el cual, «[e]ste capítulo [Capítulo XI, Inversiones] se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte *relativas a*: (a) los inversionistas de otra Parte...». Pues bien, para el tribunal arbitral, la expresión *relativas a* «significa algo más que el mero efecto de una medida en un inversor o en una inversión y requiere una conexión jurídicamente significativa entre la medida y la inversión». Vid. *Partial Award (Preliminary Award on Jurisdiction and Admissibility)* en *Methanex c. Estados Unidos de América*, de 7/VIII/2002; pág. 147.

¹¹⁰² En este sentido, también SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 117.

En efecto, abundan los TBI que definen qué ha de entenderse por inversión. Sirva de ejemplo el TBI entre Argentina y España, cuyo artículo I.2 establece que

«[e]l término “inversiones” designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza [...] y en particular, los siguientes: acciones y otras formas de participación en sociedades, derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico [...], los bienes muebles e inmuebles, así como los derechos reales [...], todo tipo de derechos en el ámbito de la propiedad intelectual [...], derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por la ley [...]»¹¹⁰³.

Ahora bien, para que una determinada diferencia sobre inversiones entre dentro de la jurisdicción de los tribunales arbitrales CIADI, debe ser acorde no sólo con lo recogido en el TBI o TMI o cualquier otro instrumento jurídico del que nazca el consentimiento, sino que también debe ser acorde a las exigencias del Convenio¹¹⁰⁴. Dicho de otro modo, no se puede incluir en el TBI disputas sobre otras materias distintas a las inversiones, si bien sí se puede delimitar en el TBI qué tipo de inversiones quedan cubiertas. También debe tenerse en cuenta que, en caso de que un Estado contratante del Convenio haya ejercitado la facultad del art. 25.4 de dicho Convenio, en el sentido de limitar las clases de diferencias que aceptarían someter, entonces el tribunal arbitral debería decidir sobre su jurisdicción a la luz del doble tamiz del TBI y de las reservas del Estado contratante al Convenio.

¹¹⁰³ También regulan qué ha de entenderse por *inversión* otros TBI, como el TBI entre Alemania y Pakistán (art. 8.1) –el primer TBI de la historia del Derecho de inversiones–, entre Rusia y Reino Unido (art. 1.a), entre Argentina y Reino Unido (art. 1.a), entre Argentina y Francia (art. 1.1), entre Chile y España (Art. 1.2), entre Argentina y Estados Unidos de América (art. 1.1.a), entre Paraguay y Suiza (art. 1.2), Ecuador y Estados Unidos de América (art. I.1.a), entre Cuba y España (art. 1.2), entre España y Venezuela (art. 1.2), entre Argentina y Rusia (art. 1.2) o entre Rusia y Venezuela (art. 1.a).

¹¹⁰⁴ El procedimiento a seguir se explica en la *Decisión sobre las objeciones en materia de jurisdicción opuestas por el demandado* en Aguas del Tunari c. República de Bolivia (Caso CIADI nº ARB/02/3), de 21/X/2005; pár. 278; según el cual «el TBI Países Bajos-Bolivia contiene la oferta de cada uno de esos países a nacionales de la otra parte [...], de que determinadas controversias se sometan a arbitraje del CIADI. Para aceptar esa oferta, el reclamante debe presentar una solicitud de arbitraje. Este Tribunal es establecido conforme al Convenio CIADI, y su competencia se encuentra limitada por el Convenio del CIADI, según lo establecido en el Artículo 25, este Tribunal, por lo tanto, debe establecer si la controversia que le ha sido presentada en el marco del TBI cumple los requisitos de competencia definidos por el referido Artículo 25». Pueden verse ejemplos de la aplicación de este test en *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction* en Ceskoslovenska Obchodni Banka, AS c. República Eslovaca (Caso CIADI nº ARB/97/4), de 24/V/1999, párrafos 68 y ss.; en *Decision on Jurisdiction* en Ioannis Kardassopoulos c. Georgia (Caso CIADI nº ARB/05/18), de 6/VI/2007; párrafos 113 y ss.; una versión alterada de este test, según la cual, al no establecer el Convenio definición alguna sobre qué significa *inversión*, entonces tal definición ha de buscarse en el TBI, se puede encontrar en *laudo* en MCI Power Group LC. c. República del Ecuador (Caso CIADI nº ARB/03/6), de 31/VII/2007, párrafos 167 y ss.

10.2.2.2.3. Test *Salini* sobre el concepto de inversión

Como explica SCHREUER, se pueden enumerar cinco características de las inversiones: 1) que los proyectos tengan cierta duración, 2) que tengan cierta regularidad de beneficio y retorno, 3) que exista una asunción de riesgo por ambas partes, 4) que la contribución sea sustancial y 5) que sea significativa para el desarrollo económico del Estado receptor¹¹⁰⁵. Estas características fueron recogidas por el autor austríaco a partir del preámbulo del Convenio, del Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio y de los debates que tuvieron lugar a lo largo de la redacción del Convenio. Sin embargo, a pesar de tratarse de una elaboración doctrinal, su influencia en la práctica es evidente.

Ya en 1997, era recogida por el tribunal arbitral en *FEDAX c. Venezuela*¹¹⁰⁶, que se limitó a enumerar dichas características, pero sin entrar a valorar si se habían cumplido cada uno de ellas. Fue en *Salini c. Marruecos* donde se verificaron por primera vez estas características, que fueron tratadas entonces como criterios para determinar si se estaba ante una inversión¹¹⁰⁷. Con todo, el tribunal arbitral en *Salini c. Marruecos* desechaba el segundo criterio según el cual una inversión requeriría de cierta regularidad de beneficio y retorno para poder ser tenida por tal. Pues bien, este criterio inspirado en una fórmula doctrinal, cuenta con una aplicación muy extendida en la práctica¹¹⁰⁸, llegando a ser conocido como *test Salini*.

En cualquier caso, tampoco se puede afirmar que la aplicación del test Salini sea unánime¹¹⁰⁹. A mayor abundamiento, se ha de decir que en opinión de

¹¹⁰⁵ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 128.

¹¹⁰⁶ Vid. *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction* en *FEDAX NV c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI nº ARB/96/3), de 11/VII/1997; pág. 43.

¹¹⁰⁷ Vid. *Decision on jurisdiction* en *Salini Construttori SpA et al. c. Reino de Marruecos* (Caso CIADI nº ARB/00/4), de 16/VII/2001; párrafos 52-58.

¹¹⁰⁸ Ejemplos de su aplicación se pueden encontrar en *Award on Jurisdiction* en *Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI nº ARB/03/11), de 6/VIII/2004, párrafos 41-63; *Decision on Jurisdiction* en *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AŞ c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI nº ARB/03/29), de 14/XI/2005, párrafos 130-138; en *Decision on Jurisdiction* en *Jan de Nul NV et al. c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI nº ARB/04/13), de 16/VI/2006, pág. 91; en *Decision* en *LESI SpA et al. c. República Argeliana Democrática y Popular* (Caso CIADI nº ARB/05/3), de 12/VII/2006; *Decision on the Application for Annulment of the Award* en *Patrick Mitchel c. República Democrática del Congo* (Caso CIADI nº ARB/99/7), de 1/XI/2006, pág. 27; párrafos 72-73; en *Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures* en *Saipem SpAc. República Popular de Bangladés* (Caso CIADI nº ARB/05/07), de 21/III/2007, pág. 99; *Award on Jurisdiction* en *Malaysian Historical Salvors SDN BHD c. El Gobierno de Malasia* (Caso CIADI nº ARB/05/10), de 17/V/2007, párrafos 108-124; *Decision on Jurisdiction* en *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia* (Caso CIADI nº ARB/05/18), de 6/VII/2007, pág. 116; *Decisión sobre Jurisdicción* en *Noble Energy Inc. et al. c. República del Ecuador y consejo Nacional de Electricidad* (Caso CIADI nº ARB/05/12), de 5/III/2008, pág. 128; *Decision on Jurisdiction* en *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. República Popular de Bangladés et al.* (Caso CIADI nº ARB/10/11 y ARB/10/18), de 19/VIII/2013, pág. 352.

¹¹⁰⁹ Vid. *Award* en *Biwater Gauff (Tanzania) c. República Unida de Tanzania* (Caso CIADI nº ARB/05/22), de 24/VII/2008, pág. 312; *Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad* en *Abaclat et al.*

SCHREUER, quien, como se ha indicado, este propuso por primera vez las cinco características de una inversión para ser considerada como tal a la luz de la jurisdicción CIADI, «parece que la aplicación repetida de este test ha hecho surgir la idea en los tribunales de que no se trata de características indicativas, sino de un estándar obligatorio»¹¹¹⁰, resultando ello en que «la conversión en la práctica de una lista descriptiva de características típicas de las inversiones en una colección de requisitos legales obligatorios» es, según SCHREUER, «desafortunada»¹¹¹¹.

A pesar de que esta opinión concuerda bien con el espíritu del sistema CIADI, que rechaza el carácter de fuente jurídica al precedente, lo cierto es que la aplicación del test Salini parece adecuada, sobre todo si se tiene en cuenta que permite a los árbitros aplicar una serie de criterios extraídos de las fuentes del sistema CIADI a la hora de determinar si una determinada transacción es una inversión. Si además se tiene en cuenta que el concepto de inversión es fundamental a la hora de atribuir jurisdicción a un tribunal arbitral CIADI, se entiende entonces la necesidad de poder contar con un instrumento jurídico preciso, acorde al espíritu del sistema CIADI, generalmente aceptado por la comunidad arbitral y doctrinal, garantista y suficientemente flexible para determinar si una determinada acción constituye una inversión.

En cuanto al contenido concreto de los criterios del test Salini, ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

- En cuanto a la contribución, se ha dicho que esta es innegablemente sustancial cuando se compone de dinero, especie e industria¹¹¹²; aunque la contribución también puede consistir en conocimientos técnicos, equipamiento y personal¹¹¹³ o simplemente en la ejecución de una gran cantidad de trabajo¹¹¹⁴.
- Por lo que hace a la duración del proyecto, ya en *Salini c. Marruecos* se delimitó con gran concreción la duración del proyecto, que debería ser de un tiempo no menor a dos años¹¹¹⁵. Tal determinación se realizó siguiendo

c. República Argentina (Caso CIADI nº ARB/07/5), de 4/VIII/2011, párrafos 363-364; *Decision on Jurisdiction* en Vladislav Kim et al. c. República de Uzbekistán (Caso CIADI nº ARB/13/6), de 8/III/2017, párrafos 12-14.

¹¹¹⁰ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 130.

¹¹¹¹ Ídem, 133 y 134.

¹¹¹² *Decision on jurisdiction* en Salini Costruttori SpA et al. c. Reino de Marruecos (Caso CIADI nº ARB/00/4), de 16/VII/2001; pág. 53.

¹¹¹³ *Decision on Jurisdiction* en Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AŞ c. República Islámica de Pakistán (Caso CIADI nº ARB/03/29), de 14/XI/2005, pág. 131.

¹¹¹⁴ *Decision on Jurisdiction* en Jan de Nul NV et al. c. República Árabe de Egipto (Caso CIADI nº ARB/04/13), de 16/VI/2006, pág. 92.

Decision on jurisdiction en Salini Costruttori SpA et al. c. Reino de Marruecos (Caso CIADI nº ARB/00/4), de 16/VII/2001; pág. 54.

una propuesta doctrinal¹¹¹⁶. Como se explicó en *Bayindir c. Pakistán*, la duración del proyecto permite distinguir entre una inversión y una mera transacción comercial¹¹¹⁷. Quizá por ello este es un criterio que ha de valorarse con cierta flexibilidad y así lo hizo el tribunal arbitral en *LESI c. Argelia* al entender que se trata este de un criterio estrechamente vinculado con el de aportación significativa al desarrollo económico del Estado receptor¹¹¹⁸, de manera que, cuando mayor sea la duración, mayor será la aportación al desarrollo económico. En todo caso, como defendió el tribunal arbitral en *Malaysian Historic Salvors*, a la hora de calcular el tiempo se debe tener en cuenta la predicción inicial, evitando hacerlo sobre una duración mayor, especialmente cuando esta es fortuita¹¹¹⁹.

• Sobre la asunción de riesgo por ambas partes, se ha establecido que este riesgo existe cuando los gastos de la inversión no son predecibles con seguridad, a causa de, v. gr., que el Estado receptor pueda poner fin al contrato, o que pueda modificar el coste de la inversión al aumentar los salarios de los trabajadores, o que se pueda modificar el retorno de la inversión por modificaciones en el precio, etc., sin que sea relevante que dichos riesgos hayan sido voluntariamente asumidos¹¹²⁰. Por otro lado, se ha entendido que los riesgos inherentes a ciertos contratos, como los de exploración y recuperación de buques antiguos hundidos, no pueden ser considerados como riesgo a los efectos de este test¹¹²¹.

• Finalmente, se ha entendido que la inversión contribuye sin duda alguna al desarrollo del Estado receptor cuando se trata de infraestructuras viarias¹¹²². Incluso se ha aceptado que un asesor jurídico que ayuda a otros inversores extranjeros a llevar a cabo su inversión en el territorio del Estado receptor contribuye al desarrollo económico del país¹¹²³. Sin embargo, los tribunales arbitrales CIADI han sido más reacios a la hora de

¹¹¹⁶ En efecto, se cita a CARREAU, D.; FLORY, T. y JUILLARD, P.; *Droit International Economique*; Ed. LGDJ; París, 1990; págs. 558-578.

¹¹¹⁷ *Decision on Jurisdiction* en *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AŞ c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI nº ARB/03/29), de 14/XI/2005, pár. 132.

¹¹¹⁸ *Decision* en *LESI SpA et al. c. República Argeliana Democrática y Popular* (Caso CIADI nº ARB/05/3), de 12/VII/2006; pár. 73.ii).

¹¹¹⁹ *Award on Jurisdiction* en *Malaysian Historical Salvors SDN BHD c. El Gobierno de Malasia* (Caso CIADI nº ARB/05/10), de 17/V/2007, pár. 111.

¹¹²⁰ *Decision on jurisdiction* en *Salini Construttori SpA et al. c. Reino de Marruecos* (Caso CIADI nº ARB/00/4), de 16/VII/2001; párrafos 55-56.

¹¹²¹ *Award on Jurisdiction* en *Malaysian Historical Salvors SDN BHD c. El Gobierno de Malasia* (Caso CIADI nº ARB/05/10), de 17/V/2007, pár. 125-144.

¹¹²² *Decision on jurisdiction* en *Salini Construttori SpA et al. c. Reino de Marruecos* (Caso CIADI nº ARB/00/4), de 16/VII/2001; pár. 62.

¹¹²³ *Decision on the Application for Annulment of the Award* en *Patrick Mitchel c. República Democrática del Congo* (Caso CIADI nº ARB/99/7), de 1/XI/2006, pár. 39 y *Decision on Jurisdiction* en *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AŞ c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI nº ARB/03/29), de 14/XI/2005, pár. 137.

aceptar que las prospecciones mineras para la extracción de fosfatos¹¹²⁴ o la exploración de buques antiguos hundidos en el mar territorial del Estado receptor –aun cuando en caso de éxito se pueda especular con un aumento del turismo¹¹²⁵- puedan considerarse que realizan una contribución al desarrollo económico del Estado receptor.

10.2.2.3. Sobre la legalidad de la «inversión»

No pocos TBI exigen que las inversiones sean realizadas «de acuerdo con la legislación del país receptor»¹¹²⁶. Es lo que se conoce como «cláusula de conformidad con las leyes del Estado receptor»¹¹²⁷. Ahora bien, en los TBI no se explica en qué ha de consistir dicha conformidad. Se podría pensar que lo que se exige es que, al realizar la inversión, se cumplan con todas las obligaciones jurídicas legítimamente impuestas por el Estado receptor, o que simplemente se evite incurrir en graves contravenciones a los ordenamientos jurídicos estatales, como vulnerar un bien jurídico protegido por la ley penal, o faltar a la verdad en un procedimiento administrativo.

La práctica no parece haber resuelto tal duda. Por un lado, el tribunal de *Tokios Tokelès c. Ucrania* declaró que la falta de cumplimiento de ciertos requisitos formales –en concreto, la falta de protocolización notarial de ciertos documentos mercantiles- no equivale a una contravención de la cláusula, que simplemente vendría a implicar la exclusión de la jurisdicción cuando la inversión de que se trate sea ilegal¹¹²⁸. Pero, por otro, el tribunal de *Inceysa c. El Salvador* excluyó de su jurisdicción el litigio, ya que, a la luz de los principios generales del Derecho internacional y del ordenamiento jurídico salvadoreño, la inversión había sido ilegal, ya que la demandante había cometido una larga serie de falsedades a la hora

¹¹²⁴ *Award on Jurisdiction* en *Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI nº ARB/03/11), de 6/VIII/2004.

¹¹²⁵ *Award on Jurisdiction* en *Malaysian Historical Salvors SDN BHD c. El Gobierno de Malasia* (Caso CIADI nº ARB/05/10), de 17/V/2007, párr. 11. Sin embargo, esta postura fue criticada y aceptada como motivo válido de anulación del laudo en la decisión de anulación, al entender el comité de anulación que el árbitro único se había excedido manifiestamente en sus poderes al rechazar entender de un asunto sobre el que sí tenía jurisdicción. Vid. *Decision on the Application for Annulment* en *Malaysian Historical Salvors SDN BHD c. El Gobierno de Malasia* (Caso CIADI nº ARB/05/10), de 16/IV/2009; párr. 80.

¹¹²⁶ Así, por ejemplo, en el TBI entre Reino Unido y Rusia (art. 1.d), entre Argentina y España (art. I.2), entre Argentina y Francia (art. 1.1), entre Chile y España (art. I.1 y I.2), entre Cuba y España (art. 1.2), entre Argentina y Rusia (art. 1.2) o entre Rusia y Venezuela (art. 1.a).

¹¹²⁷ *Laudo* en *Inceysa Vallisoletana c. República de El Salvador* (Caso CIADI ARB/03/26), 2/VIII/2006, párr. 185.

¹¹²⁸ *Decision on Jurisdiction* en el asunto *Tokios Tokelès c. Ucrania* (Caso CIADI nº ARB/02/8), de 29/IV/2004; párrafos 83-86. En el mismo sentido, vid. *Decision on jurisdiction* en *Salini Construttori SpA et al. c. Reino de Marruecos* (Caso CIADI nº ARB/00/4), de 16/VII/2001; párr. 47.

de presentarse a la licitación pública en la que se seleccionó al contratista¹¹²⁹. En este punto, parece más apropiado adoptar un enfoque estricto, que excluya de la jurisdicción CIADI todas las diferencias nacidas de inversiones que hayan vulnerado la legalidad vigente en el Estado receptor, si bien tales vulneraciones han de ser materialmente graves, en el sentido de que se cometa un ilícito sancionado por el ordenamiento jurídico de forma grave, lo que incluye, en todo caso, a las infracciones penales.

Quién ha de decidir acerca de la legalidad o ilegalidad de la inversión es también un tema controvertido. Por una parte, el tribunal arbitral en *Inceysa c. El Salvador* sostuvo que el órgano que ha de decidir acerca de la legalidad o ilegalidad de una inversión a la luz del TBI, no era otro que el propio tribunal arbitral, ya que las sentencias de los tribunales estatales no gozaban del efecto de cosa juzgada, pues no existía identidad de partes ni de objeto¹¹³⁰.

Pero, por otro lado, esta argumentación se antoja un tanto feble. Por un lado porque, aunque en el caso particular de *Inceysa c. El Salvador* no concurriese el efecto de cosa juzgada, no parece que haya ningún obstáculo para que ello sea así siempre: el TBI, como tratado internacional, forma parte del ordenamiento jurídico de los Estados, y como tal puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria, incluso por el Estado receptor, a los efectos de conseguir una declaración de que cierta inversión es ilegal en los términos y a los efectos del TBI. Y tal declaración sí tendría el efecto de cosa juzgada. En cualquier caso, se ha de entender que la cláusula de conformidad con las leyes del Estado receptor no puede convertirse en una excusa que permita a las autoridades del Estado receptor excluir de la jurisdicción de los tribunales CIADI un determinado litigio al declarar arbitrariamente la ilegalidad de una determinada inversión. Parece, así, que este debe ser el único límite existente a la declaración de la ilegalidad de una inversión por parte de la jurisdicción.

10.2.2.4. Otras puntualizaciones

Por cuanto se refiere a las inversiones, SCHREUER realiza un par de apuntes que se han de tener en cuenta. El primero es relativo a la cobertura de los llamados «actos preparatorios de la inversión». El segundo, al origen del capital y a la necesidad o no de que se produzca una transferencia efectiva de capital para poder entender que se está ante una inversión a los efectos del TBI y el Convenio CIADI.

En cuanto al primer extremo, el autor austríaco pone de manifiesto que los pasos preparatorios de la inversión no serán aceptados como inversión. Esto

¹¹²⁹ *Laudo* en *Inceysa Vallisoletana c. República de El Salvador* (Caso CIADI ARB/03/26), de 2/VIII/2006, párrafos 184-264.

¹¹³⁰ *Ídem*, pár. 212.

implica que no quedan protegidos por el Convenio¹¹³¹. Además, hay que tener en cuenta que este criterio se aplica incluso cuando un TBI proteja dichos pasos preparatorios, pues el artículo 25 del Convenio los excluye¹¹³².

Por lo que hace al origen del capital, entiende este autor que el Convenio no impone que deba tener origen extranjero. En realidad, la cualidad de extranjero sólo se predicaría del inversor, pero no de la inversión¹¹³³. Este extremo ha sido confirmado por los tribunales arbitrales CIADI que se han enfrentado a este tipo de alegaciones¹¹³⁴. A mayor abundamiento, se podría añadir que el Convenio ni tan siquiera impone que el capital invertido sea de propiedad del inversor, cubriendo así situaciones en que el capital monetario invertido se obtiene mediante préstamo de terceros¹¹³⁵, lo que cubriría, por ejemplo, a un inversor que invierte en el Estado receptor con dinero prestado por un nacional de dicho Estado receptor. Evidentemente, cuando el negocio jurídico se realiza de mala fe, se estaría ante una inversión ilegal a los efectos estudiados anteriormente. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría con la protección de los pasos preparatorios, nada impide en el caso del origen de capital, que las partes del TBI exijan en el mismo que el capital invertido tenga origen extranjero, lo cual estaría, además, en conformidad con el espíritu del Convenio y, por lo tanto, vincularían a futuros arbitrajes frente a tales partes del TBI.

Finalmente, recuerda el autor austríaco que el Convenio no exige que la inversión esté situada físicamente en el territorio del Estado receptor¹¹³⁶. Si bien hay que tener en cuenta que el Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio expresa que el flujo de inversiones hacia el Estado receptor constituye el propósito principal del Convenio¹¹³⁷. Parece que la solución dependerá en último término de la naturaleza de la inversión de que se trate.

Así, el tribunal arbitral en *FEDAX c. Venezuela*, entendió que el libramiento de títulos-valores a favor del Estado venezolano, aunque no habían implicado una transferencia física efectiva de capitales, sí habían supuesto la puesta a disposición del Estado venezolano de una cantidad de dinero destinada a la financiación de obras públicas, lo cual permitía englobar a dichos títulos-valores dentro de la

¹¹³¹ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., págs. 134-135.

¹¹³² Ídem, 136.

¹¹³³ Ídem, 137.

¹¹³⁴ Vid. *Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures* en Saipem SpA c. República Popular de Bangladés (Caso CIADI nº ARB/05/07), de 21/III/2007, párrafos 105-106; y *Decision on Jurisdiction* en el asunto Tokios Tokelès c. Ucrania (Caso CIADI nº ARB/02/8), de 29/IV/2004; párrafos 75-82.

¹¹³⁵ Vid. *Award* en Tradex Hellas SA (Grecia) c. República de Albania (Caso CIADI nº ARB/94/2), de 29/IV/1999; párrafos 108-109.

¹¹³⁶ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 137.

¹¹³⁷ Vid. párrafo 12.

categoría de inversión¹¹³⁸. De este modo, ciertas inversiones, como la adquisición de bienes inmuebles, o la apertura de establecimientos, la construcción de infraestructuras, etc., necesitarían que se verificase una transferencia física de capital, pero esta necesidad desaparece cuando de lo que se trata es de poner a disposición del Estado cierto capital¹¹³⁹ a lo que se podría añadir otro tipo de modalidades, especialmente las referentes a la propiedad industrial, protegida en no pocos TBI.

Por último, es necesario referenciar que se trata este –el de la necesidad de la situación física de la inversión en el territorio del Estado receptor- de un requisito que se puede limitar en los propios TBI o TMI. De hecho, tanto el TLCAN (art. 1101.1) como el TCE (art. 26.1), relacionado el uno con el comercio de bienes y el otro con el comercio de energía, exigen que se produzca una transferencia física efectiva de capital para que pueda existir un consentimiento válido.

10.2.3. Sobre el concepto de «Estado contratante»

Por Estado contratante debe entenderse aquel que ha ratificado el Convenio CIADI, de acuerdo con los artículos 67 y 68 del mismo. Tales artículos permiten convertirse en parte del Convenio CIADI a los Estados que sean miembros del BIRF, pudiendo habilitarse la posibilidad extraordinaria de abrir el Convenio a la firma de Estados que no sean miembros del BIRF, pero sí del TIJ (art. 67); lo que requeriría en todo caso una invitación previa del Consejo Administrativo, que contase con la aprobación de dos tercios de los Estados parte del Convenio CIADI.

El requisito jurisdiccional –o, si se prefiere, de capacidad para ser parte- que establece que el demandado ha de ser un Estado contratante tampoco es disponible por las partes. Es decir, un Estado que no sea parte del Convenio no puede ser demandado ante un tribunal CIADI, incluso aunque haya emitido un consentimiento válido en una cláusula arbitral¹¹⁴⁰. Con todo, no se debe olvidar que en estos casos aún subsistiría la vía del Mecanismo Complementario¹¹⁴¹, que

¹¹³⁸ *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction* en FEDAX NV c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI nº ARB/96/3), de 11/VII/1997; pág. 41.

¹¹³⁹ Aunque es esta una solución que no parece estar exenta de polémica, ya que se puede considerar que la puesta a disposición de tales capitales no dejaría de ser una suerte de inversión en potencia. Pero, si se tiene en cuenta que tal puesta a disposición implica un compromiso de un inversor, de no disponer de tales capitales –con lo que perdería el control efectivo sobre los mismos-, se puede comprender la razón de la doctrina expuesta.

¹¹⁴⁰ Vid. *Award* en Cable Television of Nevis et al. c. Federación de San Cristóbal y Nieves (Caso CIADI nº ARB/95/2), de 13/I/1997; pág. 4.09.

¹¹⁴¹ Ello en virtud del art. 2.a) del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, según el cual, «[a]utorízase al Secretariado del Centro para administrar, con sujeción a este Reglamento y de conformidad con él, procedimientos entre un Estado[...] y un nacional de otro Estado, comprendidos dentro de las siguientes categorías:

(a) procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que surjan directamente de una inversión, que no sean de la competencia del Centro en razón de que el

permitiría demandar ante un tribunal CIADI a aquellos Estados que no fuesen parte del Convenio, pero que se hubiesen comprometido en un TBI o TMI a resolver sus controversias ante un tribunal del sistema CIADI.

A 27 de agosto de 2018 –fecha de la última actualización disponible-, existían 162 Estados parte del Convenio. Entre ellos destacan todos los miembros de la UE, a excepción de Polonia. También están otros países con estrechas relaciones con España, como Marruecos y numerosos Estados latinoamericanos, si bien dentro de éstos últimos, alguno como Cuba o Brasil no han ratificado el Convenio, a la vez que México no lo ha ratificado, mientras que otros como Bolivia, Ecuador y Venezuela lo han denunciado¹¹⁴² -conforme al art. 71 del Convenio-. Finalmente, merece reseñarse que ciertos Estados con PIB alto como Rusia, India o Sudáfrica no son a día de hoy parte del Convenio¹¹⁴³.

10.2.4. Sobre el concepto de «subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro»

El artículo 25 del Convenio reconoce la capacidad para ser parte no sólo a los Estados, sino también a «cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado». Esto supone una excepción a la regla general de atribución de responsabilidad internacional por hechos ilícitos, según la cual el ente responsable de cualquier acción producida por un órgano o agente es el Estado al que dicho órgano pertenecer o para el que dicho agente ejecuta sus funciones¹¹⁴⁴.

Debe tenerse en cuenta que para que tales entidades puedan contar con capacidad para ser parte es necesaria la aprobación del Estado signatario del Convenio, salvo que este notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria (art. 25.3 Convenio CIADI). Según SCHREUER, la designación debe realizarse ante el

Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia no sea un Estado Contratante».

¹¹⁴² A pesar de ello, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 72 del Convenio, según el cual «las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado [...] o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario». Además, se debe tener en cuenta que subsiste la posibilidad de iniciar procedimientos arbitrales ante el CIADI de conformidad al artículo 2 del Reglamento del Mecanismo Complementario, que permite que actúen como demandados Estados que no son parte del Convenio CIADI cuando hayan consentido en ello.

¹¹⁴³ Vid. CIADI; *Lista de Estados Contratantes y Signatarios del Convenio*; Nueva York, 2018; disponible [online](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/Lista%20de%20Estados%20Contratantes%20y%20Signatarios%20del%20Convenio-%20Latest.pdf) en el enlace: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/Lista%20de%20Estados%20Contratantes%20y%20Signatarios%20del%20Convenio-%20Latest.pdf>; consultado el 03/IX/2018.

¹¹⁴⁴ Vid. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (ONU), *Artículos sobre responsabilidad internacional por actos ilícitos*, 2001; arts. 4-11.

Centro, no siendo suficiente con un acuerdo entre las partes¹¹⁴⁵. Hasta el momento, han realizado designaciones territoriales la Mancomunidad de Australia¹¹⁴⁶, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte¹¹⁴⁷, la República de Indonesia¹¹⁴⁸ y Canadá¹¹⁴⁹, mientras que la República de Guinea¹¹⁵⁰, la República de Kenia¹¹⁵¹, la República de Madagascar¹¹⁵², la República Federal de Nigeria¹¹⁵³, la República del Perú¹¹⁵⁴, la República Portuguesa¹¹⁵⁵, la República del Sudán¹¹⁵⁶ y la República de

¹¹⁴⁵ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 156.

¹¹⁴⁶ Ha designado a todos sus Estados federales, a excepción del de Australia Occidental. Tampoco ha designado a sus territorios federales internos y externos. Vid. CIADI; «Australia» en *ICSID Membership*, disponible online en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/MembershipStateDetails.aspx?state=ST6>; consultado el 01/X/2018.

¹¹⁴⁷ Ha designado a varios territorios de ultramar, como Gibraltar, las bailías de Jersey y Guernesey, las Islas Malvinas, la Isla de Montserrat, la Isla de Santa Helena, la Isla de Anguila, las Islas Bermudas, las Islas Caimán, las Islas Turcas y Caicos y las Islas Vírgenes Británicas. Vid. CIADI; «United Kingdom» en *ICSID Membership*, disponible online en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/MembershipStateDetails.aspx?state=ST180>; consultado el 01/X/2018.

¹¹⁴⁸ Ha designado al Gobierno de la Regencia de Kutai Oriental. Vid. CIADI; «Indonesia» en *ICSID Membership*, disponible online en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/MembershipStateDetails.aspx?state=ST65>; consultado el 01/X/2018.

¹¹⁴⁹ Ha designado las provincias de Ontario, de Columbia Británica y de Alberta. Vid. CIADI; «Canada» en *ICSID Membership*, disponible online en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/MembershipStateDetails.aspx?state=ST26>; consultado el 01/X/2018.

¹¹⁵⁰ Ha designado dos sociedades de capital públicas: *Société des Mines de Fer de Guinée pour l'Exploitation des Monts Nimba* y *Société Nationale des Eaux de Guinée*. Vid. CIADI; «Guinea» en *ICSID Membership*, disponible online en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/MembershipStateDetails.aspx?state=ST58>; consultado el 01/X/2018.

¹¹⁵¹ Ha designado dos sociedades de capital públicas: *Kenya National Shipping Line* y *Kenya Ports Authority*. Vid. CIADI; «Kenya» en *ICSID Membership*, disponible online en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/MembershipStateDetails.aspx?state=ST73>; consultado el 01/X/2018.

¹¹⁵² Ha designado una sociedad de capital pública: *Entreprise Nationale d'Hydrocarbure*. Vid. CIADI; «Madagascar» en *ICSID Membership*, disponible online en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/MembershipStateDetails.aspx?state=ST84>; consultado el 04/IX/2018.

¹¹⁵³ Ha designado una sociedad de capital pública: *Nigerian National Petroleum Corporation*. Vid. CIADI; «Nigeria» en *ICSID Membership*, disponible online en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/MembershipStateDetails.aspx?state=ST102>; consultado el 01/X/2018.

¹¹⁵⁴ Ha designado una sociedad de capital pública: *Perupetro S.A.* Vid. CIADI; «Peru» en *ICSID Membership*, disponible online en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/MembershipStateDetails.aspx?state=ST109>; consultado el 01/X/2018.

¹¹⁵⁵ Ha designado una agencia pública: *ICEP, Investimentos, Comércio e Turismo de Portugal*. Vid. CIADI; «Portugal» en *ICSID Membership*, disponible online en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/MembershipStateDetails.aspx?state=ST111>; consultado el 04/IX/2018. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que dicha agencia fue transformada en la *Agência para o Investimento e Comércio Externo de Portugal (AICEP)*. Vid. REPÚBLICA PORTUGUESA; *Decreto-Lei n.º 245/2007, de 25 de Junho*; art. 1.2.

Turquía¹¹⁵⁷ han designado bien a empresas estatales, bien a agencias estatales. Además, y aunque ya no es parte del Convenio al haberlo denunciado, se ha de referir que la República del Ecuador había realizado también designaciones tras su pretérita ratificación¹¹⁵⁸.

10.2.5. Sobre el concepto de «nacional de otro Estado contratante»

El artículo 25.1 del Convenio CIADI sólo reconoce capacidad para ser parte actora a los nacionales de otro Estado contratante. Aunque en principio esta regla no parece causar demasiadas dudas en torno a su interpretación, sí surgen algunas cuestiones críticas por lo que hace a los supuestos de fusión, adquisición y sucesión de empresas, y, también, por lo que hace a los mecanismos para determinar la nacionalidad en los casos en que el demandante ostenta más de una.

10.2.5.1. Generalidades

Aunque el Convenio CIADI no deja claro en su articulado qué tipo de sujetos han de ser los demandantes, como ha puesto de relieve SCHREUER, el Preámbulo del Convenio contiene la siguiente declaración: «considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales *de carácter privado...*»; declaración que parece hacer referencia a particulares, tanto personas jurídicas como físicas, a la vez que excluiría a Estados que actúen como inversores en el territorio de terceros Estados¹¹⁵⁹.

Por otro lado, durante la redacción del Convenio, un borrador de 1963 explicaba que el término «nacional» no estaba restringido a sociedades de capital privado, sino que abarcaba sociedades total o parcialmente participadas por

¹¹⁵⁶ Ha designado una sociedad económica estatal: The General Petroleum Corporation; Vid. CIADI; «Sudan» en *ICSID Membership*, disponible *online* en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/MembershipStateDetails.aspx?state=ST132>; consultado el 01/X/2018.

¹¹⁵⁷ Ha designado a dos sociedades de capital públicas: *Petroleum Pipeline Corporation (BOTAS)* y *Turkish Electricity Generation and Transmission Corporation (TEAS)*. Vid. CIADI; «Sudan» en *ICSID Membership*, disponible *online* en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/MembershipStateDetails.aspx?state=ST144>; consultado el 01/X/2018.

¹¹⁵⁸ Prueba de ello son los arbitrajes CIADI contra la empresa estatal *Petroecuador*: Repsol YPF et al. c. República del Ecuador et al. (Casos CIADI nº ARB/08/10 y ARB/01/10) y City Oriente Ltd. c. República del Ecuador et al. (Caso CIADI nº ARB/06/21). Además, la República del Ecuador también había designado, por lo menos a una agencia estatal: el *Consejo Nacional de Electricidad*, según da cuenta el arbitraje Noble Energy Inc. et al. c. República del Ecuador et al. (Caso CIADI nº ARB/05/12).

¹¹⁵⁹ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 161.

capital público¹¹⁶⁰. Esto fue matizado por el tribunal de *CSOB c. Eslovaquia*, el cual dictaminó que lo relevante es atender a si la sociedad demandante actúa como un agente de un gobierno extranjero o si lleva a cabo alguna función gubernativa esencial¹¹⁶¹ o si no lo hace, para lo cual, los tribunales deben evaluar no tanto el propósito de las funciones como su naturaleza¹¹⁶².

10.2.5.2. Situaciones críticas

10.2.5.2.1. Relaciones entre filiales y matrices

La primera situación crítica se produce en las relaciones entre sociedades filiales y matrices. En estos casos, cabe preguntarse si las matrices pueden ser parte en arbitrajes cuyo objeto trae razón en incumplimientos de contratos celebrados por sus filiales. Tal es el caso al que se debió enfrentar el primer tribunal arbitral CIADI constituido al amparo del Convenio: el de *Holiday Inns c. Marruecos*. En tal asunto, las demandantes habían celebrado un contrato con el gobierno marroquí, en el que se explicitaba que las demandantes crearían una serie de empresas filiales, en Marruecos y en Suiza, que serían las encargadas de ejecutar el contrato. Una vez surgido el litigio, el tribunal rechazó que las filiales marroquíes pudiesen ser parte en el arbitraje, pues el tribunal carecía de jurisdicción *ratione personae*, pero sí entendió que las sociedades matrices podrían ejercer su derecho a la acción, por tres razones: porque Marruecos había consentido en ese sentido, porque las matrices habían sido partes en el contrato y porque las matrices eran las responsables últimas del cumplimiento de la obligación contractual¹¹⁶³. En efecto, parece que, cuando las matrices se ven obligadas a crear empresas filiales en los Estados receptores, los tribunales arbitrales CIADI deben interpretar que la existencia de dichas empresas no puede servir como fundamento para eludir la jurisdicción del CIADI.

10.2.5.2.2. Fusión o sucesión de empresas

¹¹⁶⁰ BIRF; «*Preliminary Draft...*» (1963) en CIADI; *History...*; vol. II.1, págs. 230-231.

¹¹⁶¹ *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction* en *Ceskoslovenska Obchodni Banka, AS c. República Eslovaca* (Caso CIADI nº ARB/97/4), de 24/V/1999; pár. 20. En el mismo sentido, vid. *Award* en *Rumeli Telekom AS et al. c. República de Kazajistán* (Caso CIADI nº ARB/05/16), de 29/VII/2011; párrafos 325-328.

¹¹⁶² De manera que, por ejemplo, las acciones encaminadas a atraer capital privado a un banco no son funciones gubernativas, sino comerciales, aunque hayan sido ordenadas por un órgano ejecutivo estatal y, por ende, no puede ser una actividad excluida de la jurisdicción CIADI. Ídem, párrafos 23 y 25.

¹¹⁶³ Vid. LALIVE, P.; «*The first 'World Bank' arbitration (Holiday Inns v. Morocco) - some legal problems*» en *British Yearbook of International Law*, vol. 51, núm. 1, 1981; págs. 123-162. En relación con esta cuestión en particular, vid. págs. 137-155.

Otra situación crítica tiene lugar en los casos en que se produce una fusión o una sucesión de empresas. La regla general seguida en la práctica es que la empresa que absorbe o sucede a otra, mantiene su derecho a iniciar un arbitraje. Esto es especialmente claro cuando la empresa absorbida y la empresa absorbente mantenían una relación de matriz-filial y ambas ostentan la misma nacionalidad¹¹⁶⁴. Y también cuando se produce una transferencia completa de activos de una matriz a su filial, se ha de entender que aquélla no pierde la capacidad para ser parte activa si ya la poseía con anterioridad¹¹⁶⁵. Pero lo anterior no puede servir para dar cobijo a situaciones en que las demandantes buscan esquivar, de manera fraudulenta, las normas relativas a la capacidad para ser parte; como cuando una filial absorbe a su matriz y demanda en nombre de ella, porque esta no tiene la nacionalidad de un Estado contratante del Convenio y aquella sí, siendo que ha sido esta la encargada de llevar a cabo la inversión¹¹⁶⁶.

10.2.5.2.3. Subrogación

Por último, es necesario tratar la figura de la subrogación. Esta tiene lugar cuando, tras haber suscrito un contrato de aseguramiento de inversiones, se produce el riesgo asegurado y la empresa aseguradora indemniza los daños al beneficiario, procediendo luego aquélla a sustituir a este en su posición para así iniciar un arbitraje contra el Estado receptor¹¹⁶⁷. Ha de tenerse en cuenta, en todo caso, que es el nacional del Estado contratante afectado en su inversión quien ha de figurar como demandante¹¹⁶⁸. A pesar de ello, parece existir consenso en la doctrina en que cuando son los Estados o agencias estatales las que aseguran las inversiones de sus nacionales, no cabe ejercer tal subrogación¹¹⁶⁹, aunque lo cierto

¹¹⁶⁴ Es el caso de *Noble Energy c. Ecuador*, en que la matriz absorbió a la filial, que era la sociedad que había firmado el contrato de concesión con el CONELEC, la agencia estatal ecuatoriana encargada de la regulación del sector eléctrico en el país. El tribunal arbitral entendió que «[c]uando una compañía madre absorbe a su subsidiaria y por lo tanto formalmente se convierte en inversionista en el lugar de la última, no ha habido un verdadero cambio del “inversionista” desde el punto de vista del Estado. No ha ingresado en la relación contractual una entidad anteriormente desconocida. La única modificación real ocurrida es la abreviación de la cadena de propiedad institucional, lo que no debería afectar en modo alguno al Estado. Ello es especialmente cierto en este caso, en donde la nacionalidad de la compañía madre y de la subsidiaria es la misma». Vid. *Decisión sobre Jurisdicción* en *Noble Energy et al. c. República del Ecuador et al.* (Caso CIADI nº ARB/05/12), de 5/III/2008; pág. 107.

¹¹⁶⁵ Así se ha interpretado, v. gr., en *Award* en *Tokios Tokelès c. Ucrania* (caso CIADI nº ARB/02/18), de 26/VII/2007; párrafos 110-111.

¹¹⁶⁶ Vid. *Award* en *Mihaly International Corporation c. República Democrática Socialista de Sri Lanka* (Caso CIADI nº ARB/00/2), de 15/III/2002; párrafos 22-24.

¹¹⁶⁷ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 186

¹¹⁶⁸ Ídem, 187

¹¹⁶⁹ Ídem, 186. En el mismo sentido, ALBRECHT, W.E.; «*Some legal questions concerning the Convention on the Settlement of Investments Disputes between States and Nationals of other States*» en *Saint Louis University Law Journal*; vol 12, núm. 4, 1968; págs. 679-686 (para esta cuestión en concreto, vid. págs. 682-683).

es que el Convenio CIADI no se pronuncia en cuanto a este extremo; si bien la solución doctrinal parece más acorde con el espíritu del Convenio, que no busca crear un foro de disputas entre Estados, sino entre inversores y Estados. Ante tales casos, parece que lo más razonable sería litigar ante el TIJ o recurrir a soluciones diplomáticas negociadas.

10.2.5.3. Sobre la determinación de la nacionalidad del demandante

En la práctica, a la hora de determinar la nacionalidad de los inversores, se toma en cuenta el Derecho interno del Estado cuya nacionalidad tales inversores afirman ostentar¹¹⁷⁰, aunque son los tribunales arbitrales CIADI los que toman la decisión sobre este particular, sobre la base del Derecho interno del Estado que se trate. Lógicamente, tal decisión tiene una eficacia limitada al arbitraje de inversiones. Además, se ha venido interpretando que no se debe considerar automáticamente como cierta la nacionalidad de una persona a partir de un certificado oficial o de su pasaporte¹¹⁷¹, lo cual se propone evitar defraudaciones sobre este particular. Pero más allá de los casos en que tal nacionalidad no presente mayores dificultades, es necesario abordar qué ocurre en casos de doble nacionalidad y en casos de apatridia.

En cuanto a la apatridia, SCHREUER considera, junto con NERETS, que los apátridas no tienen acceso a los tribunales arbitrales constituidos al calor del Centro¹¹⁷². Esta opción es razonable, por cuanto que el Convenio CIADI es un tratado internacional que otorga capacidad para ser parte solamente a los nacionales de sus Estados parte, sin que la condición de apátrida pueda ser homologable en este caso a la de los nacionales¹¹⁷³.

¹¹⁷⁰ Se pueden encontrar ejemplos de esto en *Decision on Jurisdiction* en *Champion Trading Company et al. c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI nº ARB/02/9), de 21/X/2003, págs. 11-17; en *Decision on Jurisdiction* en *Waguih Elie George Siag et al. c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI nº ARB/05/15), de 11/IV/2007, párrafos 171-172; y en *Decision on Jurisdiction* en *Vladislav Kim et al. c. República de Uzbekistán* (Caso CIADI nº ARB/13/6), de 8/III/2017, pág. 184.

¹¹⁷¹ Así lo han sostenido los tribunales arbitrales de *Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* y *Víctor Pey c. Chile*. Vid. *Decision of the ad hoc Committee on the application for annulment of Mr. Soufraki* en *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI nº ARB/07/2), de 5/VI/2007, pág. 64 y *Laudo* en *Víctor Pey Casado et al. c. República de Chile* (Caso CIADI nº ARB/98/2), de 8/V/2008, pág. 319.

¹¹⁷² SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 270. En el mismo sentido, NERETS, V.; «*Nationality of Investors in ICSID arbitration*» en *RGSL Research Papers*; Riga Graduate School of Law, Riga 2001; pág. 21.

¹¹⁷³ Es cierto que la Convención sobre el Estatuto de los apátridas de 1954 establece una serie de garantías a las propiedades de los apátridas, pero en ningún caso se ha de entender que tales garantías alcanzan el despliegue de la protección diplomática y, por lo tanto, de un mecanismo subsidiario a esta cual es el arbitraje CIADI.

Por lo que hace a la doble nacionalidad, debe realizarse una distinción de dos supuestos previos: los casos en que los demandantes poseen la nacionalidad de dos Estados parte del Convenio, los casos en que los demandantes poseen la nacionalidad de un Estado parte del Convenio y de otro que no lo es y, finalmente, los casos en que los demandantes poseen la nacionalidad del Estado receptor y la de un tercer Estado.

En este sentido, se puede considerar que el primer caso no plantea ningún problema: sea cual sea la nacionalidad que se tome en cuenta por el tribunal arbitral, el inversor tendrá capacidad para ser parte, si existe un TBI o TMI vigente que le habilite para ello. En cuanto a los casos en que una misma persona reúne la nacionalidad de un Estado parte y de un Estado que no es parte, tanto la práctica¹¹⁷⁴ como la doctrina¹¹⁷⁵ parecen estar de acuerdo en que dicha persona no tendría ningún problema para acceder a los tribunales arbitrales CIADI. Por último, se ha interpretado que la situación en que una misma persona ostenta la nacionalidad de un tercer Estado y la nacionalidad del Estado receptor invalida la posibilidad de demandar ante el CIADI¹¹⁷⁶, lo cual es una característica propia de este sistema¹¹⁷⁷. Aunque, ante tales casos, algún tribunal ha aceptado que la renuncia jurídicamente válida a la nacionalidad del Estado receptor habilita al inversor para adquirir la condición de parte¹¹⁷⁸.

En cuanto a los mecanismos de determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas en el Derecho internacional se manejan varios criterios, como el del control efectivo, el del lugar de creación o el del lugar de la sede social¹¹⁷⁹. De todos los criterios, se entiende que el más objetivo es el del control efectivo, ya que los otros dos no alcanzan a establecer con claridad de qué país proviene el capital invertido. En efecto, no es extraño que una empresa sea constituida en los territorios conocidos como «paraísos fiscales» con capital proveniente de un tercer Estado, para así beneficiarse de los privilegios tributarios que tales territorios

¹¹⁷⁴ Vid. *Laudo* en Eudoro Armando Olguín c. República del Paraguay (Caso CIADI nº ARB/98/5), de 26/VII/2001; párr. 62

¹¹⁷⁵ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 270

¹¹⁷⁶ Vid. CIADI, *Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio*, 1965; párr. 29: «la persona natural que poseyere la nacionalidad de un Estado que sea parte en la diferencia no puede ser parte en los procedimientos que se remiten bajo los auspicios del Centro, ni aun cuando al propio tiempo tuviere la nacionalidad de otro Estado»

¹¹⁷⁷ En efecto, esta situación particular no es la regla en todos los arbitrajes inversor-Estado. Por ejemplo, en el arbitraje *García Armas c. Venezuela*, seguido en la CPA según el Reglamento CNUDMI, se aceptó que dos personas con doble nacionalidad, una de las cuales era venezolana, demandase ante el tribunal arbitral. Vid. *Decisión sobre Jurisdicción* en Serafín García Armas et al. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CPA nº 2013-3), de 15/XII/2014. Un comentario de esta decisión se puede encontrar en TREVES, P.E.; «*Investment treaty arbitration: Dual nationals are now welcome: A way out of ICSID's dual nationality exclusion*» en *New York University Journal of International Law and Politics*; vol. 49, 2017; págs. 607-618

¹¹⁷⁸ Vid. *Laudo* en Víctor Pey Casado et al. c. República de Chile (Caso CIADI nº ARB/98/2), de 8/V/2008, párrafos 320-322.

¹¹⁷⁹ NERETS, V.; «*Nationality of Investors...*»; págs. 21 y 26

establecen. Ante una empresa de este tipo, su lugar de creación o su sede social no indicarían nada en relación con la proveniencia de su capital social. Tampoco es extraño que los Estados receptores exijan la creación de sociedades con sede social en el territorio de dichos Estados, para que la inversión se pueda llevar a cabo, como se acaba de abordar. Ante casos así, el criterio de la sede social o el del lugar de creación de la persona jurídica serían engañosos a la hora de determinar el origen de las inversiones.

Así las cosas, parece que el criterio más adecuado para verificar la procedencia del capital invertido a través de personas jurídicas es el del control efectivo, que pone el foco en las empresas o personas físicas propietarias de la inversión. A pesar de ello, la aplicación de este criterio no ha sido clara y determinante en la práctica del Convenio. Una primera aplicación se puede encontrar en el asunto *SOABI c. Senegal* de 1984¹¹⁸⁰, asunto en el que, además existía un acuerdo entre el gobierno de Senegal y el inversor para tratar como nacional de un Estado contratante a la demandante. Este acuerdo se prevé en el artículo 25.2.b) del Convenio, cuando se establece que «[s]e entenderá como “nacional de otro Estado Contratante” [...] toda persona jurídica [a la] que [...] las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero». Sin embargo, se ha de entender que tal acuerdo se basaba en hechos reales, como acontecía en el asunto *SOABI c. Senegal*, sin que quepa evadir los requisitos *ratione personae* que establece el Convenio a través de un acuerdo que simule que un inversor ostenta la posición de nacional de un Estado contratante, cuando ello no ocurre en la realidad.

Sea como fuere, lo cierto es que el criterio del control efectivo no goza de una aceptación general y existen varias decisiones sobre jurisdicción que evitan su aplicación¹¹⁸¹. Aunque sí lo ha sido en alguna otra, entre la que destaca *TSA c.*

¹¹⁸⁰ En este caso, la demandante era una empresa creada en Senegal (el Estado receptor), pero que a su vez era una filial de una empresa con sede en Panamá, que no era Estado firmante del Convenio CIADI. Sin embargo, el tribunal sostuvo que el control efectivo de ambas sociedades era realizado por un socio mayoritario de nacionalidad belga. Vid. *Decision du Tribunal Arbitral sur la Déclinaoire de Compétence* en *SOABI c. República de Senegal* (Caso CIADI n° ARB/82/1), de 19/VII/1984; párrafos 25-46.

¹¹⁸¹ Es el caso de *Tokios Tokelès c. Ucrania*, en el que el tribunal arbitral entendió que el hecho de que la demandante fuese una sociedad con un 99% de capital ucraniano y dos tercios de control efectivo ucraniano no impedía que aquel afirmase su jurisdicción sobre el litigio, por cuanto que se el TBI exigía sólo un requisito formal: que la persona jurídica demandante tuviese la nacionalidad de Lituania, lo que, en suma, se entendía cumplido por el hecho de haberse creado en éste país la sociedad demandante. Esta decisión fue fuertemente contestada en el voto particular firmado por el presidente del tribunal, para quien la mayoría del tribunal había aplicado el TBI con carácter preferente al Convenio, pasando por alto que éste y no aquel es el que establece los «límites exteriores» -en original, en inglés, *outer limits*- de la jurisdicción de los tribunales CIADI. Vid. *Decision on Jurisdiction* en el asunto *Tokios Tokelès c. Ucrania* (Caso CIADI n° ARB/02/8), de 29/IV/2004, párrafos 21-71; y *Dissenting Opinion* en el mismo asunto, de 29/IV/2004, párrafos 16-30.

Argentina, en la que el tribunal arbitral reprochó el criterio fuertemente formalista –«contrario al sentido común» y al espíritu del Convenio- seguido por los tribunales que rechazan indagar sobre el control efectivo¹¹⁸².

Es esta posición la que parece más acorde con la intención del Convenio CIADI, que no es otra que proteger las inversiones extranjeras para favorecer así el movimiento de capitales entre países. Como se advirtió, la jurisdicción del Centro es indisponible para las partes, de manera que toda intención de eludir los límites externos impuestos por el artículo 25 del Convenio debe ser bloqueada de plano, lo que implicaría que el tribunal arbitral deba llevar a cabo un levantamiento del velo, incluso cuando ello implicase un gran esfuerzo de investigación. De lo contrario, la legitimidad del sistema CIADI se vería gravemente comprometida, pues se estaría dando pábulo a actitudes fraudulentas.

10.2.6. Sobre el concepto de «consentimiento»

El artículo 25 aun analiza un último presupuesto procesal¹¹⁸³: la existencia de consentimiento escrito. En esta última parte se analizarán las formas en que puede darse tal consentimiento y las condiciones procesales de su validez.

10.2.6.1. Sobre las formas de otorgar el consentimiento

El Convenio simplemente exige que el consentimiento sea otorgado por escrito (art. 25), pero nada establece acerca de las formas en que se puede otorgar éste. En línea de principio, se puede sostener que tales formas son tres: mediante cláusulas de resolución de controversias entre Estados y nacionales de otro Estado

En el mismo sentido se puede consultar el caso *Rompetrol c. Rumanía* en el que el tribunal entendió que la demandante, que era controlada por un ciudadano rumano, pero había sido creada conforme al Derecho neerlandés tenía capacidad para ser parte, conforme al TBI y al Convenio. La decisión es, en esencia, igual que la de *Tokios Tokelès c. Ucrania*. Vid. *Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility* en *The Rompetrol Group NV c. Rumanía* (Caso CIADI nº ARB/06/3), de 18/IV/2008; párrafos 50-56, 60-68 y 71-110.

¹¹⁸² En este caso, la demandante era una empresa constituida en Argentina, cuya titular era una empresa neerlandesa, la cual, en realidad, no existía materialmente y simplemente servía para canalizar las inversiones de un ciudadano argentino. El tribunal entendió que lo que se buscaba era que un nacional argentino litigara contra el Estado argentino, posibilidad vetada en el sistema CIADI. Vid. *Laudo* en *TSA Spectrum de Argentina SA c. República Argentina* (Caso CIADI nº ARB/05/5), de 19/XII/2008; párrafos 114-162.

¹¹⁸³ Si se parte de la definición de presupuesto procesal dada por CALAMANDREI del concepto de «presupuesto procesal», como «requisitos atinentes a la constitución y al desarrollo de la relación procesal, independientemente del fundamento sustancial de la demanda», entonces no cabe más que calificar a la existencia de consentimiento válido entre las partes como un presupuesto procesal, pues en caso de inexistencia de tal consentimiento, no cabría más que inadmitir la demanda; lo que en el sistema CIADI correspondería, bien al Secr. Gral., bien al tribunal arbitral. Para la cita de CALAMANDREI, Vid. CALAMANDREI, P.; *Instituciones...*; pág. 351.

contenidas en TBI o TMI, que es la forma sin duda más común; mediante leyes estatales de protección de las inversiones o, finalmente, mediante cláusulas de arbitraje contenidas en contratos -de concesión administrativa, de construcción de infraestructuras, de prestación de servicios, etc.- firmados entre el gobierno de un Estado y empresas extranjeras.

A la hora de evaluar su jurisdicción, los tribunales arbitrales deben atender en especial a la fecha de dación del consentimiento, a las limitaciones que este pueda tener y, finalmente a las condiciones procesales de validez que las partes hayan pactado. Estas últimas serán analizadas en el sub-epígrafe siguiente.

En cuanto a la fecha del otorgamiento del consentimiento, las Reglas de Iniciación establecen que aquélla «significa la fecha en que las partes de la diferencia hayan consentido por escrito en someterla al Centro; y si ambas partes no lo hubieran hecho el mismo día, contará la fecha en que la última lo haya hecho» (Regla 2.3). En cuanto a las consecuencias que surgen a raíz del momento de otorgamiento del consentimiento, SCHREUER destaca, primero, que a partir de esa fecha, el consentimiento es irrevocable¹¹⁸⁴. Es decir, el Estado demandado puede denunciar un TBI o incluso el Convenio CIADI, pero una vez surgida la controversia, en ningún caso y bajo ningún concepto, puede el Estado demandado retirar válidamente su consentimiento. Otra consecuencia es que la nacionalidad del inversor extranjero se establece a partir de esa fecha¹¹⁸⁵. Esto significa que si en el momento de otorgar el consentimiento para iniciar el arbitraje, la parte demandante no cumple con los requisitos de nacionalidad de que depende la capacidad para ser parte, no existe posibilidad alguna de enmendar tal deficiencia. Finalmente, además de estas consecuencias de perpetuación de la jurisdicción del tribunal arbitral CIADI, habrá que tener en cuenta el efecto previsto en el artículo 26, consistente en que el consentimiento se entenderá con «exclusión de cualquier otro recurso», es decir, que surge entonces el efecto negativo de la excepción de convenio arbitral.

Además de atender a la fecha de otorgamiento del consentimiento, los tribunales arbitrales han de verificar si los Estados han establecido limitaciones a su consentimiento. Se trata esta de una posibilidad que nace de la soberanía de los Estados a la hora de negociar sus tratados internacionales o promulgar sus leyes, o de su autonomía de la voluntad cuando se trata de contratos con particulares en el ejercicio de sus funciones *iure gestionis*. Un ejemplo de este tipo de limitaciones se puede encontrar en el TBI entre Argentina y Estados Unidos, cuyo «Protocolo» establece que «[d]e conformidad con lo establecido [...] los Estados Unidos se reservan el derecho a establecer o mantener ciertas excepciones limitadas al trato nacional en los sectores siguientes: transporte aéreo, navegación de alta mar y

¹¹⁸⁴ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 219.

¹¹⁸⁵ Ídem.

cabotaje, banca, seguros, energía y producción de energía...». Se ha de notar que el efecto de dichas limitaciones es igual que el de las reservas establecidas al amparo del artículo 25.4 del Convenio, si bien su alcance es distinto: la reserva del art. 25.4 es absoluta, la que se pueda incluir en los convenios arbitrales contenidos en TBI, TMI o leyes concretas queda limitada a tales instrumentos.

10.2.6.2. Sobre las condiciones de validez del consentimiento

Algunos convenios arbitrales incluyen ciertas condiciones para su validez, como la obligación del demandante de intentar una conciliación pre-arbitral o «consultas amistosas» durante un cierto período de tiempo –conocido por su nombre en inglés, *cooling-off period*¹¹⁸⁶ o de ejercitar su derecho a la acción ante los tribunales del Estado receptor¹¹⁸⁷, incluso algún TBI establece ambas condiciones¹¹⁸⁸. Habría que diferenciar este tipo de condiciones de las cláusulas denominadas «*fork in the road*» o de «bifurcación en el camino», muy comunes, en que se permite optar al demandante entre la vía jurisdiccional y la vía arbitral, opción que se convierte en definitiva¹¹⁸⁹. La diferencia radica en que, frente a las

¹¹⁸⁶ Vid. TBI entre Reino Unido y Rusia (art. 8.2), entre Argentina y España (art. X.1 y X.2), entre Argentina y Francia (arts. 8.1 y 8.2).

¹¹⁸⁷ Vid. TBI entre Argentina y Reino Unido (arts. 8.1 y 8.2). Se ha de entender que no se trata de una obligación de agotar los recursos internos, típica de muchas figuras de Derecho internacional, como el CEDH (art. 35.1) o la CIADH (art. 46.1.a). Así se ha sostenido en alguna resolución (*Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción* en el asunto Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (caso CIADI nº ARB/97/7), de 25/I/2000; pár. 28 y *Award* en Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret AŞ c. Turkmenistán (Caso CIADI nº ARB/10/1), de 2/VII/2013; pár. 6.2.5).

¹¹⁸⁸ Vid. TBI entre Argentina y España (art. X.2).

¹¹⁸⁹ Una definición de este tipo de cláusulas la propone FERNÁNDEZ MASÍÁ: «en estas disposiciones se ofrece al inversor la posibilidad de optar entre los tribunales internos del Estado de recepción y el arbitraje internacional y una vez realizada tal elección, la misma es definitiva». Para este autor, que se justifica en el caso *CMS c. Argentina* dicha cláusula sólo despliega sus efectos cuando las reclamaciones jurídicas y las partes del litigio son las mismas ante la jurisdicción ordinaria y ante el tribunal arbitral. Vid. FERNÁNDEZ MASÍÁ, E.; *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*; Marcial Pons, Madrid, 2008; págs. 84-88.

Sin embargo, esta opinión no se comparte. En primer lugar porque, si bien es cierto que algún tribunal arbitral ha acogido la tesis expuesta por FERNÁNDEZ MASÍÁ –como es el caso de *Olguín c. Paraguay*–, no es cierto que el de *CMS c. Argentina* lo haya hecho, sino que, en realidad, sostuvo una postura totalmente contraria, afirmando en aquélla ocasión, que la única razón por la que no se producía el despliegue pleno de efectos de la cláusula de bifurcación del camino era porque el demandante no había iniciado ningún litigio ante la jurisdicción argentina. Pero, además, no se comparte esta postura porque se entiende que la interpretación correcta de dicha cláusula es la de que impide que se planteen ante la jurisdicción ordinaria y ante un tribunal arbitral inversor-Estado las mismas pretensiones, es decir, el mismo objeto del proceso, y no simplemente las «mismas reclamaciones» -lo que implicaría hacer valer el TBI ante la jurisdicción ordinaria.

Así, si bien es cierto que el Derecho sustantivo alegado ante la jurisdicción ordinaria y el tribunal arbitral seguramente suela ser distinto –en aquel caso Derecho civil o administrativo, en éste, internacional público–, también es cierto que, la doctrina procesalista mayoritaria entiende que lo más importante a la hora de definir el objeto del proceso son los hechos delimitadores del mismo, de manera que la calificación jurídica se situaría en un segundo plano. Siendo así las cosas, no se

cláusulas *fork in the road*, las condiciones de validez del consentimiento no excluyen una acción ulterior ante los tribunales arbitrales inversor-Estado. Con todo, el efecto del incumplimiento de estas condiciones de validez del consentimiento no es claro.

En cuanto a estas últimas, sostiene SCHREUER que el efecto de su incumplimiento es que «el tribunal arbitral ha de fallar que no tiene jurisdicción para conocer del asunto», si bien para cuando la decisión sobre jurisdicción es emitida, el período de consultas amistosas suele haber expirado, con la consecuencia de que «el demandante podría instar la reapertura inmediata del procedimiento»¹¹⁹⁰. Lo cierto es que la práctica no parece haber alcanzado un acuerdo en torno a los efectos que se han de derivar del incumplimiento, y no pocas resoluciones han considerado que el incumplimiento de tal requisito impide al tribunal arbitral conocer del asunto¹¹⁹¹.

puede entender sino que el objeto de un litigio y otro es el mismo y que tal situación impide esquivar los efectos de la cláusula de bifurcación en el camino.

Vid. *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction* en CMS Gas Transmission Company c. República Argentina (Caso CIADI nº ARB/01/8), de 17/VII/2003, párrafos 80-81; y *Decisión del Tribunal de Arbitraje sobre Jurisdicción* en Eudoro Armando Olguín c. República del Paraguay (Caso CIADI nº ARB/98/5), de 8/VIII/2000, párrafos 20 y 30.

Un ejemplo de este tipo de cláusulas se puede encontrar en el TBI entre España y Chile, cuyo artículo 10.2 dispone que «si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las Partes. será sometida a elección del inversionista:

O bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte contratante implicada en el controversia; O bien el arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3.

Una vez que un inversionista haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte contratante implicada o al arbitraje internacional. la elección de uno y otro de esos procedimientos será definitiva».

¹¹⁹⁰ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 238

¹¹⁹¹ Así, si en *SGS c. Pakistán* el tribunal entendió que el requisito tenía naturaleza procesal y no jurisdiccional y que, además, ninguna de las partes parecía estar dispuesta a entrar en dichas negociaciones. De esta manera, dicho tribunal concluyó que el incumplimiento del requisito no impedía que el tribunal conociera del asunto y que, por otro lado, el efecto sería archivar el caso, aunque al haber transcurrido el plazo establecido durante la emisión de la decisión sobre jurisdicción, el demandante podría volver a instar el arbitraje CIADI. Vid. *Decision of the tribunal on objections to Jurisdiction* en SGS Société Générale de Surveillance SA c. República Islámica de Pakistán (Caso CIADI nº ARB/01/13), de 6/VIII/2003, párrafos 183-184.

La influencia en este sentido de ciertos laudos sobre jurisdicción emitidos de acuerdo con el Reglamento CNUDMI es manifiesta. Así, en el laudo de *Ethyl c. Canadá* se explica en qué consiste la diferencia entre requisitos procesales y jurisdiccionales: el incumplimiento de los segundos impide que un tribunal arbitral pueda conocer del asunto, mientras que un incumplimiento de los primeros conlleva, simplemente, una dilación del procedimiento y, en caso de que el incumplimiento persista en el tiempo, el del archivo de la demanda. En el caso particular, el tribunal entendió que el incumplimiento del requisito de intentar negociaciones amistosas no implicaba una denegación de la jurisdicción del tribunal arbitral, menos aún si se tenía en cuenta la poca disposición de las partes a negociar. En todo caso, el tribunal decidió condenar en costas por el incidente de jurisdicción al demandante a causa de dicho incumplimiento. Vid. *Award on Jurisdiction* en Ethyl Corporation c. Gobierno de Canadá (Reglamento CNUDMI), de 24/VI/1998; párrafos 58 y 76-88. Ene l mismo sentido, vid. *Award* en el asunto Ronald S. Lauder c. República Checa (Reglamento CNUDMI), de 3/IX/2001, párrafos 181-191.

Aún existe una postura intermedia, como recuerda GANESH. Tal posición sostiene que el período de espera o *cooling-off*, durante el que se deben iniciar negociaciones amistosas entre las partes, tiene carácter contractual, lo cual implicaría que su incumplimiento, si bien no conllevaría la denegación de la jurisdicción, sí daría pie a un derecho a exigir una indemnización por la parte afectada¹¹⁹². Dicha propuesta deriva de la consideración que se da a este tipo de cláusulas en el arbitraje comercial internacional. Por esta razón, los obstáculos referentes a la determinación de sus efectos son patentes, sobre todo a la hora de interpretar el incumplimiento del período de espera como un incumplimiento contractual, pero también a la hora de tasar económicamente tales daños.

Siendo así las cosas, se considera que tal solución intermedia no se compeadece bien con la naturaleza del arbitraje inversor-Estado y, por ello, ha de ser desechada. Parece que lo más razonable es entender que del incumplimiento de los requisitos de validez del consentimiento arbitral se ha de derivar la ineficacia del consentimiento y, por ende, la denegación de la jurisdicción de los tribunales arbitrales. De otro modo, se deja sin valor alguno a las condiciones que, en el ejercicio legítimo de su soberanía, los Estados pusieron a la hora de prestar el consentimiento adelantado. Es decir, ignorar tales condiciones o limitar sus efectos equivale a una vulneración de la soberanía estatal inaceptable en Derecho internacional.

Sin embargo, queda abierta una pregunta: tras la denegación de jurisdicción del tribunal arbitral, ¿puede el demandado cumplir con tales requisitos y, en caso de que resulten infructuosos, volver a iniciar un procedimiento arbitral? Lo cierto es que nada parece obstar a ello. Mas no parece que se pueda afirmar que el transcurso de tiempo, normalmente dilatado, entre el inicio del arbitraje y la emisión de la decisión o el laudo sobre jurisdicción pueda convalidarse a tal situación, aun cuando las partes hayan dado pasos en el sentido de negociar una solución extraprocesal. Siendo así las cosas, procedería archivar el primer

Por otra parte, en *Enron c. Argentina*, el tribunal arbitral razonó, *óbiter dicta*, que el requisito no era procesal, sino jurisdiccional, de manera que su incumplimiento debería comportar un pronunciamiento negativo sobre la jurisdicción. Vid. *Decision on Jurisdiction* en *Enron Corporation et al. c. República Argentina* (Caso CIADI nº ARB/01/3), de 14/I/2004. En el mismo sentido, vid. *Sentence* en *Antoine Goetz et al. c. República de Burundi* (Caso CIADI nº ARB/95/3), de 10/II/1999; párrafos 86-93. Asimismo, vid. el más reciente *Laudo sobre jurisdicción* en *Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador* (Caso CIADI nº ARB/08/4), de 15/XII/2010, en cuyo párrafo 154 se dice que «[e]se criterio [el de *SGS c. Pakistán*] le parece totalmente inaceptable a este Tribunal: no se trata, de una simple formalidad, que permite presentar un arbitraje aunque no se haya cumplido con la espera de los seis meses, y si la otra parte lo objeta, retirarlo y volverlo a presentar. Es algo mucho más serio: un mecanismo esencial, consagrado en muchos tratados bilaterales de inversión, que obliga a las partes a hacer un genuino esfuerzo de negociación de buena fe, antes de acudir a la vía arbitral».

¹¹⁹² GANESH, A.; «*Cooling-off Period (Investment Arbitration)*» en *Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law Working Paper Series*; núm. 7, 2017; págs. 9-10.

procedimiento por falta de jurisdicción –y con una consiguiente condena en costas a la parte demandante-, dejando abierta la posibilidad de iniciar otro arbitraje una vez cumplidas las condiciones de validez del consentimiento. En síntesis: el principio de economía procesal no puede sobreponerse al de *pacta sunt servanda*; de lo contrario, se estaría deslegitimando todo el sistema CIADI al obviar la naturaleza convencional en que se funda.

10.2.6.2.1. Sobre la aplicación de la Cláusula de la Nación Más Favorecida al consentimiento

La conocida como «cláusula de la nación más favorecida» tiene una larga historia en Derecho internacional público, y ha sido muy utilizada en tratados bilaterales de paz en los que la potencia vencedora la imponía a la potencia vencida, aunque no se aplicaba de manera recíproca¹¹⁹³. Sin embargo, ya en 1968, un relator especial para la Comisión de Derecho Internacional explicaba que «[h]oy la cláusula [de nación más favorecida] no es nunca unilateral y los Estados que la insertan en sus tratados contraen la obligación de conceder el trato de la nación más favorecida con carácter de reciprocidad»¹¹⁹⁴. Lo cierto es que la práctica totalidad de TBI incluye dicha cláusula. Por ejemplo, el TBI entre Argentina y España, en su artículo IV.2 establece que «[e]n todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país». Así, se puede afirmar que la CNMF es una excepción al principio *res inter alios acta*, según el cual nadie se puede beneficiar –ni perjudicar– por un acuerdo del que no es parte.

La aplicación de la CNMF a cuestiones de Derecho sustantivo no plantea mayores problemas, pero sí lo hace su aplicación a disposiciones

¹¹⁹³ Se puede rastrear, por lo menos, hasta el Tratado para la conservación, y renovación de Paz, y amistad entre las Coronas de España, y la Gran Bretaña -conocido como «Tratado de Madrid»- de 1667, en el que la Monarquía Hispánica, en un momento en que varias potencias europeas amenazaban con empezar hostilidades bélicas en su contra, firmó un tratado de paz y comercio con el Reino de Inglaterra. En dicho Tratado, España se comprometía a no acrecentar «ningun nuevo impuesto, ni derechos, sisas, diezmos, subsidios, ni otros dacios, cualesquiera mas de lo que en semejante caso están obligados á pagar y se toma a los propios vassallos, ó á cualquiera otra Nación...» (Vid. Item V). Sin embargo, una aplicación unilateral más generalizada tuvo lugar con los llamados tratados desiguales que las potencias europeas impusieron a China -y otros Estados orientales- tras la Primera Guerra del Opio. En palabras de DAMSTRA, la cláusula de Nación más Favorecida incluida en el Tratado de Nankín, de 1842, causó el mayor detrimento sobre la soberanía de China. Vid. DAMSTRA, J.R.W.; «*Sovereignty and Underdevelopment in China: The 1842 Treaty of Nanjing and the Unequal Treaties*» en *Journal of Undergraduate Research and Scholarly Excellence*, vol. IV, 2013, págs. 86-89.

¹¹⁹⁴ Vid. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL; «*La cláusula de nación más favorecida en el derecho de los tratados: documento de trabajo presentado por el Sr. Endre Ustor, Relator Especial*» en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*; vol. II, 1968; pág. 162.

procedimentales¹¹⁹⁵, como sería el caso de las limitaciones al consentimiento. El primer caso en que se planteó tal posibilidad fue *Maffezini c. España*. Allí, el demandante planteaba que la limitación al consentimiento contenida en el TBI entre Argentina y España -según la cual el inversor demandante tendría que demandar al Estado inversor ante su jurisdicción y otorgar un plazo de, por lo menos, 18 meses antes de iniciar el arbitraje CIADI- podría esquivarse si se aplicaba la CNMF en relación al TBI entre Chile y España que no establecía limitación alguna al consentimiento adelantado para litigar ante un tribunal arbitral CIADI.

El tribunal acogió la tesis propuesta por la parte actora. En primer lugar, porque ambos TBI se referían a la misma materia, con lo que el requisito *ejusdem generis*¹¹⁹⁶, que tradicionalmente se exige para la aplicación de la CNMF, quedaba cumplido, permitiendo que la CNMF desplegara sus efectos¹¹⁹⁷. En segundo lugar, porque consideró que la cláusula era extensible a materias relativas a la administración de justicia y así lo sostenía cierta jurisprudencia internacional anterior¹¹⁹⁸, además, aunque se podía interpretar que algún TBI ratificado por

¹¹⁹⁵ Vid. MONROY HERNÁNDEZ, M.C.; «La cláusula de la nación más favorecida en los tratados bilaterales de inversión vigentes para Colombia y sus efectos de acuerdo con los laudos arbitrales del CIADI» en *Revista de Derecho Público (Universidad de los Andes)*; núm. 35, 2015; págs. 3-34. En especial, vid. págs.12-13. En el mismo sentido, vid. RIQUELME, C.; «Consolidando la política de inversiones por medio de la Cláusula de Nación más Favorecida en los Tratados Internacionales de Inversión» en *Estudios Internacionales (Universidad de Chile)*; núm. 189, 2018; págs. 121-148; vid. en particular, pág. 135.

¹¹⁹⁶ En un artículo de 1946, el autor estadounidense Thomas THORPY explicaba que «el principio *ejusdem generis* es una aplicación específica del principio más amplio *noscitur sociis*. De su aplicación se deduce la regla según la cual, “cuando tras una enunciación general se establece una enumeración de casos particulares, la enunciación general se aplica sólo a casos de la misma naturaleza que aquellos expresamente mencionados”. Esta norma no es por sí misma una norma de interpretación, sino una ayuda a la interpretación cuando la intención de una parte no parece contraria a tal interpretación». Vid. THORPY, T. E.; «*The maxim ejusdem generis*» en *Insurance Law Review*, núm. 1, 1946; pág. 15.

De una manera muy ilustrativa, KIMBLE ha explicado el principio de la siguiente manera: si en un contrato de alquiler el arrendador incluye una cláusula según la cual «queda prohibido tener en el apartamento perros, gatos o cualquier otra clase de mascotas»; no cabría más que entender que tampoco se permiten pitones. Vid. KIMBLE, J.; «*Ejusdem generis: what is it good for?*» en *Judicature*, vol. 100, núm. 2, 2016; págs. 49-57.

Aplicado al ámbito de los TBI y TMI, se puede entender que si un artículo de alguno de estos instrumentos establece que la CNMF se aplicará a las exenciones sobre impuestos aduaneros y cualquier otra exacción asimilable, es lógico que se incluyan dentro de tal cláusula los impuestos que graven a las transacciones comerciales, pero es más que dudoso que se pueda aplicar a los aranceles de los actos jurídicos documentados.

¹¹⁹⁷ *Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción* en el asunto Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (caso CIADI nº ARB/97/7), de 25/I/2000; párrafos 44-45.

¹¹⁹⁸ Ídem; párrafos 46-50. En su decisión el tribunal cita el caso *Ambatielos*, en que se afirmó que «no puede sostenerse que la administración de justicia, en la medida en que se refiera a la protección de [los derechos de los comerciantes], debe necesariamente ser excluida del campo de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida cuando esta última incluye ‘todas las materias relacionadas con el comercio y la navegación’». Vid. *Award* en Caso *Ambatielos* (Reino Unido c. Grecia), de 6/III/1956, seguido por una Comisión de Arbitraje establecida al amparo del acuerdo

España excluía la aplicación de la CNMF a la solución de controversias¹¹⁹⁹, estaba claro, en la perspectiva del tribunal arbitral, que no lo hacía el TBI entre Argentina y España, según el cual, el tratamiento no menos favorable sería aplicado «a todas las materias regidas por el presente acuerdo»¹²⁰⁰. En tercer lugar, porque entendió que España, es decir, la demandada, había apoyado históricamente que se contemplase en los TBI el recurso directo a los tribunales CIADI, postura a la que posteriormente se añadió Argentina¹²⁰¹, con lo cual, la intención de las partes era la de no imponer límites al consentimiento.

Sin embargo, el propio tribunal esbozó, *óbiters dicta*, ciertos límites a la aplicación de la CNMF a la solución de controversias. El primero se refería a aquéllos casos en que el límite al consentimiento consistiese en el agotamiento de los recursos internos, por tratarse de una regla fundamental de Derecho internacional que está, además, amparada por el artículo 26 del Convenio¹²⁰². El segundo límite se encontraría en las cláusulas de «bifurcación del camino» o *fork-in-the-road*, puesto que «de otro modo se alteraría el carácter definitivo de los arreglos pactados que muchos países estiman importantes como cuestión de política pública». El tercero tendría lugar en aquéllos casos en que el TBI o TMI acordase el sometimiento de los litigios a un sistema concreto de arbitraje altamente institucionalizado que incorpore reglas de procedimiento precisas, como hace el TLCAN¹²⁰³. Finalmente, el tribunal dejó abierta la posibilidad de encontrar otros elementos de política pública que limiten el funcionamiento de la cláusula¹²⁰⁴.

Esta interpretación ha sido seguida por algunos tribunales arbitrales, que han declarado además que la CNMF no implica una remisión en bloque a lo dispuesto en el consentimiento de otro TBI, sino simplemente a aquello que resulte favorable a los inversores¹²⁰⁵ y, también, que no se puede interpretar que el límite al consentimiento consistente en acudir a la jurisdicción nacional y esperar un plazo

entre Grecia y Reino Unido de 24/II/1955, disponible en ONU; *Reports of international arbitral awards*; vol. XII, 2006; págs. 83-153. El extracto es de la pág. 107.

¹¹⁹⁹ El tribunal afirma que se trataba de todos los TBI ratificados por España en aquél momento – salvo el TBI entre España y Argentina–, en los cuales no se expresaba que el trato no menos favorable sería aplicado a todas las materias regidas por tales TBI.

¹²⁰⁰ *Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción* en el asunto Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (caso CIADI n° ARB/97/7), de 25/I/2000; pág. 60.

¹²⁰¹ Ídem, párrafos 53-61.

¹²⁰² Íbid.; pág. 63.

¹²⁰³ En efecto, el TLCAN regula con cierta minuciosidad algunas cuestiones de procedimiento, como por ejemplo la forma del consentimiento, el nombramiento de los miembros del tribunal en caso de que una parte no esté participando del arbitraje, la acumulación de procedimientos, entre otros. Vid. arts. 1115-1138 TLCAN.

¹²⁰⁴ *Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción* en el asunto Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (caso CIADI n° ARB/97/7), de 25/I/2000; pág. 63.

¹²⁰⁵ *Decisión sobre Jurisdicción* en Siemens AG c. República Argentina (Caso CIADI n° ARB/02/8), de 3/VIII/2004; pág. 120.

de 18 meses sea una modalidad del principio de agotamiento de los recursos internos¹²⁰⁶ –en el sentido del párrafo anterior. Sin embargo, alguna resolución ha limitado el alcance de *Maffezini c. España*, en el sentido de establecer que si la redacción de la CNMF contenida en el TBI no hace referencia a «la totalidad de las materias reguladas en el acuerdo», entonces no se puede entender que tal CNMF abarca la cláusula de resolución de litigios entre Estados e inversores¹²⁰⁷. E incluso, alguna otra resolución ha defendido una postura totalmente contraria a la de *Maffezini c. España* al sostener que se debería entender que la CNMF nunca abarca la cláusula de arbitraje inversor-Estado, a menos que se recoja así expresamente¹²⁰⁸.

Tras el análisis de los resultados prácticos que se han propuesto, parece razonable concordar con la postura que el tribunal arbitral de *Plama c. Bulgaria* defendió:

«[l]a decisión de *Maffezini* es quizá comprensible. El caso se refería a un requisito curioso según el cual durante los primeros 18 meses el litigio debería ser ventilado ante los tribunales locales. El presente tribunal simpatiza con un tribunal que intenta neutralizar una provisión semejante, que carece de sentido desde un punto de vista práctico. Sin embargo, tales circunstancias excepcionales no pueden ser tratadas a través de la enunciación de principios generales que pretendan guiar a futuros tribunales arbitrales ante otros asuntos en los que dichas circunstancias excepcionales no están presentes»¹²⁰⁹.

Así, se antoja que la solución más respetuosa con la intención de los Estados soberanos plasmada en los TBI es la de respetar los límites y condiciones impuestos por aquéllos a su consentimiento, sin que quepa aplicar la CNMF a las provisiones sobre resolución de conflictos entre inversores y Estados receptores, a menos que la propia redacción de la CNMF abarque expresamente a tales provisiones.

10.3. Tratamiento procesal de la jurisdicción CIADI

En cuanto al tratamiento procesal de la competencia de los tribunales CIADI, lo primero que ha de indicarse es que el Convenio CIADI recoge, en su artículo 41.1, el principio *kompetenz-kompetenz*, según el tribunal arbitral es competente

¹²⁰⁶ Ídem, 104. En el mismo sentido, vid. *Decisión del Tribunal sobre preguntas preliminares sobre jurisdicción* en Gas Natural SDG, SA c. República Argentina (Caso CIADI nº ARB/03/10), de 17/VI/2005; pár. 30.

¹²⁰⁷ *Decision on Jurisdiction* en Salini Costruttori SpA et al. c. Reino Hachemita de Jordania (Caso CIADI nº ARB/02/13), de 9/XI/2004; párrafos 117-119.

¹²⁰⁸ *Decision on Jurisdiction* en Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria (Caso CIADI nº ARB/03/24), de 8/II/2005; párrafos 222-224.

¹²⁰⁹ Ídem, pár. 225.

para decidir sobre su propia competencia¹²¹⁰. Se trata este de un principio recogido en numerosas legislaciones de arbitraje nacionales desarrolladas a partir de la Ley Modelo CNUDMI¹²¹¹, pero también en muchas otras que no desarrollan dicha Ley Modelo¹²¹², además, en lo que hace al arbitraje inversor-Estado, se puede encontrar en los Reglamentos de la CNUDMI, de 1976¹²¹³ y de 2010¹²¹⁴, así como en las Reglas de Arbitraje de la CCI¹²¹⁵, siendo notoria su ausencia en las Reglas de Arbitraje de la CCE, en donde la decisión acerca de si un determinado pleito es competencia o no de un tribunal arbitral corresponde no a dicho tribunal, sino a la Junta Directiva de la CCE¹²¹⁶. Para REDFERN y HUNTER, se trata de una facultad intrínseca de los tribunales arbitrales¹²¹⁷.

Como explica GUZMÁN FLUJA referido al Derecho español, el núcleo básico de dicho principio es que «el árbitro tiene la facultad de ser el primero en analizar y determinar si la controversia que se le somete entra en el ámbito del convenio arbitral correspondiente»¹²¹⁸. A este efecto, que se puede denominar «positivo», se puede oponer un efecto negativo. Tal es el que explica BERNINI, con referencia al Derecho italiano, cuando explica que «no [es] posible que una parte, de mala fe, recurra preventivamente al juez, con intención dilatoria y obstruccionista, para solicitarle una mera determinación sobre la validez del pacto compromisorio, con la intención exclusiva de dilatar el inicio del arbitraje»¹²¹⁹. Por tanto, el principio *kompetenz-kompetenz* despliega dos efectos: el de atribuir al propio órgano arbitral la decisión sobre su competencia y el de evitar que cualquier órgano jurisdiccional pueda tomar tal decisión.

¹²¹⁰ En efecto, el apartado 1 del artículo 41 del Convenio establece que «el tribunal resolverá sobre su propia competencia».

¹²¹¹ Así en el art. 16.1 de la propia Ley Modelo, según la cual, «el tribunal estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje». Nótese que la redacción propuesta por la Ley Modelo no recoge la recurrida expresión «salvo acuerdo en contrario de las partes». En ese sentido, puede afirmarse que los redactores de la Ley Modelo han configurado esta facultad del tribunal arbitral como una derivada del orden público y no de la libre disposición de las partes. Esta redacción se recoge sin modificación alguna en las legislaciones belga (art. 1690), española (art. 22), venezolana (art. 7 y 25), nigeriana (art. 12), alemana (pár. 1040.1), mexicana (art. 1432), floridense (sec. 684.0017), chilena (art. 16), canadiense (art. 16), peruana (art. 41) y hongkonesa (sec. 34).

¹²¹² Tal es el caso de las legislaciones portuguesa (art. 18), británica (sec. 30), italiana (art. 817), francesa (1465) y ecuatoriana (art. 22). Llama la atención su ausencia de la legislación argentina.

¹²¹³ Art. 26.1.

¹²¹⁴ Art. 23.1.

¹²¹⁵ Art. 6.3.

¹²¹⁶ Vid. arts. 6, 9 y 10. En un sentido similar, la CCI prevé que algunas decisiones sobre la jurisdicción sean decididas por la Corte, a discreción del Secretario General, vid. apartados 3, 4, 5 y 6 del art. 6 del Reglamento de la CCI.

¹²¹⁷ REDFERN, A.; HUNTER, M.; BLACKABY, N.; PARTASIDES, C.; *Redfern and Hunter...*; op. cit., pág. 372.

¹²¹⁸ BARONA VILAR, S.; *Comentarios...*; op. cit., pág. 810.

¹²¹⁹ BERNINI, G.; *L'arbitrato...*; op. cit., pág. 279.

Parece claro que el objetivo del principio *kompetenz-kompetenz* es el de impedir la evitación del arbitraje por parte de un litigante reacio, que se viese tentado a someter el litigio a la jurisdicción ordinaria¹²²⁰. Sin embargo, no parece que la función de dicho principio en el sistema CIADI sea el mismo, porque, a diferencia de lo que ocurre con el arbitraje comercial internacional, no hay ninguna jurisdicción ordinaria que auxilie al tribunal arbitral a la que se pueda acudir para, de manera fraudulenta, dilatar o paralizar el arbitraje. Además, hay que tener en cuenta, primero, que existe un mecanismo de excepción de litispendencia arbitral disponible para las partes y, segundo, que, aunque un órgano de la jurisdicción ordinaria inicie un proceso con el mismo objeto, su sentencia no prevalecerá sobre el laudo, que es emitido en aplicación de un tratado internacional.

Así, la inclusión de dicho principio en el sistema CIADI no deriva tanto de la necesidad de garantizar el respeto a la cláusula arbitral, sino más bien de la necesidad de atribuir la resolución de las cuestiones jurisdiccionales a un órgano propio del sistema, respetando su carácter autónomo y evitando la sobrecarga que se produciría si un órgano propio del sistema, como el Pdte. del Cons. Adtvo. del CIADI o el Secr. Gral., se viesen obligados a resolver este tipo de cuestiones. Por lo tanto, el principio *kompetenz-kompetenz* presente en el sistema CIADI no parece hundir sus raíces en la configuración del arbitraje en los diferentes sistemas nacionales e institucionales, sino que parece derivar más bien de otra característica del sistema CIADI: su autonomía. En ese sentido, el artículo 41.1 del Convenio parece estar más conectado con el artículo 36.6 ETIJ, según el cual «en caso de disputa en cuanto a si el Tribunal tiene o no jurisdicción, el Tribunal decidirá»¹²²¹.

Un principio que suele relacionarse con el de la *kompetenz-kompetenz* es el de la autonomía o separabilidad de la cláusula de arbitraje, según la cual, en palabras de la Ley Modelo CNUDMI, se ha de entender que «una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal de que el contrato es nulo no entrañará *ipso iure* la nulidad de la cláusula compromisoria». La ficción jurídica de la separabilidad, se perfila así como un presupuesto del principio de la *kompetenz-kompetenz*: si un litigante pudiese

¹²²⁰ Tal es la opinión de CÓRDOVA SCHAEFER, GONZÁLEZ DE COSSÍO, GÓMEZ JENE y COOK. Vid. CÓRDOVA SCHAEFER, J.; «El principio *kompetenz-kompetenz*: algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia» en *Actualidad Civil*, vol. 16, 2015, pág. 284; GONZÁLEZ DE COSSÍO, F.; «De necios y convencidos: el debate sobre la postura mexicana sobre quién decide acerca de la validez del acuerdo arbitral» en *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2012; págs. 307-308; GÓMEZ JENE, M.; «El convenio arbitral: statu quo» en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 2, 2017; pág. 33; COOK, A.; «Kompetenz-Kompetenz: Varying approaches and a proposal for a limited form of negative kompetenz-kompetenz» en *Pepperdine Law Review*, vol. 42, 2014; pág. 19.

¹²²¹ Así lo parece corroborar el propio Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio, en cuyo párrafo 38 se dice que «el Artículo 41 reitera el reconocido principio de que los tribunales internacionales son los llamados a resolver sobre su propia competencia».

invocar la nulidad *in toto* del contrato en que se incluye la cláusula arbitral, la competencia para decidir tal nulidad sería de la jurisdicción ordinaria, y el tribunal arbitral se vería entonces alienado de sus funciones¹²²².

En cuanto a quién puede suscitar una excepción preliminar relativa a la jurisdicción, cabe afirmar que esta se puede plantear tanto a instancia de parte como de oficio. Si bien en el primer caso, las Reglas de Arbitraje establecen que «la excepción deberá presentarse lo antes posible» y, en todo caso, antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación (Regla 41.1), mientras que el planteamiento de oficio se puede llevar a cabo en cualquier estado del procedimiento (Regla 41.2). La facultad para que el órgano decisorio entienda de oficio sobre su propia competencia es un principio establecido en las legislaciones nacionales, para los casos en que la competencia no es disponible por las partes¹²²³. Por su parte, la Ley Modelo CNUDMI no lo recoge expresamente, y esa solución se ha seguido en las legislaciones nacionales que la desarrollan, sin embargo, la propia CNUDMI entiende que de los *travaux préparatoires* de la Ley Modelo se deriva que sí cabe una revisión de oficio de la propia competencia¹²²⁴, aunque lo cierto es que ninguno de los reglamentos relevantes en arbitraje inversor-estado recogen tal posibilidad.

En todo caso, por lo que se refiere al sistema CIADI, explica WEBSTER que la opción de revisar *ex officio* o, más correctamente, *motu proprio*¹²²⁵ su propia

¹²²² En un sentido parecido se manifiesta COOK, para quien el principio de separabilidad y el de la *kompetenz-kompetenz* colaboran para impedir interferencias judiciales tempranas en el arbitraje. Vid. COOK, A.; «*Kompetenz-Kompetenz...*»; págs. 19-20.

Esta relación es complementaria, para CAIVANO, quien ha sostenido que «el principio de la separabilidad, pensado para que los vicios que afecten el contrato no se trasladen a la cláusula arbitral, se complementa con el principio *kompetenz-kompetenz*, cuyo propósito es evitar la sustracción prematura de la jurisdicción de los árbitros». Vid. CAIVANO, R. J.; «*El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene*» en *Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 13, 2015; pág. 28. En un sentido similar, vid. RUBIO GUERRERO, R.; «*El principio Competence-Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje*» en *Lima Arbitration*, núm. 4, 2011; págs. 101-102.

¹²²³ Es el caso del art. 58 de la LEC 1/2000 española, según la cual «cuando la competencia viniere fijada por reglas imperativas», el juzgado revisa de oficio su competencia. Ese artículo debe poner en relación con el 38 de la misma ley, que aborda los casos de falta de jurisdicción del tribunal, que se revisan siempre de oficio. En el mismo sentido se expresa el artículo 76 del NCPC francés, según el cual, en caso de violación de una regla de *competencia de atribución* (vid. arts. 33-41 NCPC), entonces el tribunal revisa de oficio su competencia. El ZPO alemán no parece establecer con claridad la revisión de oficio de su competencia por parte de los tribunales, sin embargo, HESS y JAUERNING escriben que «el tribunal debe examinar de oficio su competencia, independientemente de las alegaciones de las partes». Vid. HESS, B.; JAUERNING, O.; *Manual de Derecho procesal civil*; Marcial Pons, Madrid, 2015; pág. 106.

¹²²⁴ CNUDMI; *2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*; Naciones Unidas, Nueva York, 2012; pág. 78.

¹²²⁵ Paras UCHKUNOVA, la diferencia entre *ex officio* y *motu proprio* radica en que la primera implica una obligación. De manera que la facultad del artículo 41.1 del Convenio es más una facultad ejercitable *motu proprio* que *ex officio*, ya que el tribunal puede, mas no debe revisar su competencia. Vid. UCHKUNOVA, I.; «*Arbitral, Not Arbitrary – Part II: Special Case of Application of*

competencia, la puede llevar a cabo el tribunal allí donde el demandado no ejerce sus derechos de defensa ante el tribunal arbitral¹²²⁶. Dentro de la práctica, lo cierto es que existen casos en que la jurisdicción ha sido revisada de oficio, ya porque el tribunal lo entendió apropiado para evitar la dilación del procedimiento¹²²⁷, ya porque entendió que el demandante no había abordado todas las objeciones posibles a la jurisdicción del tribunal CIADI¹²²⁸.

En cuanto al momento en que se debe realizar la impugnación de la jurisdicción, la mayor prontitud posible y hasta la presentación de la contestación es el principio seguido por la Ley Modelo CNUDMI (art. 16.2), el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI (art. 23.2) e incluso el de la HKIAC (art. 19.3). Sin embargo, en este punto, y por lo que toca al sistema CIADI, algún tribunal arbitral se ha mostrado flexible, al entender que debido a que se trata de un presupuesto procesal, «la mera demora a la hora de suscitar una objeción a la jurisdicción no impide que pueda ser considerada por el tribunal siempre que sea planteada a lo largo del procedimiento arbitral»¹²²⁹.

Los efectos de la interposición de la excepción preliminar dependen de la decisión de los árbitros, que deben decidir si las actuaciones adicionales que se deban realizar a causa de la interposición de la excepción de jurisdicción son orales o escritas. Además, los árbitros pueden acordar la suspensión del procedimiento (Regla 41.3), abriéndose en tal caso un plazo para la presentación de alegaciones de las partes; plazo a determinar por el presidente del tribunal. Tal suspensión no se prevé ni en la Ley modelo CNUDMI, ni en las legislaciones de arbitraje nacionales ni en ningún otro instrumento de arbitraje institucional arbitral, por lo que se puede afirmar que es exclusivo del sistema CIADI. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que se trata de una norma de larga tradición en dicho sistema, ya que, antes de la reforma de las Reglas de Arbitraje de 2006, en caso de impugnación de la jurisdicción del tribunal arbitral, la suspensión tenía carácter automático. En ese sentido, se entiende que la solución adoptada en 2006 permitiría a los árbitros evitar que, mediante la interposición de objeciones a la jurisdicción, se dilatase indebidamente el procedimiento, lo que conseguirían al no

Arbitral Discretion. Functions Exercisable Proprio Motu in ICSID Arbitration»; en *Kluwer Arbitration Blog*, publicado el 4/II/2013; disponible *online* en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/02/04/arbitral-not-arbitrary-part-ii-special-case-of-application-of-arbitral-discretion-functions-exercisable-proprio-motu-in-icsid-arbitration/>. Consultado el 01/X/2018.

¹²²⁶ WEBSTER, T.H.; *Handbook...*; op. cit., pág. 565

¹²²⁷ Vid. *Decisión del Tribunal sobre preguntas preliminares sobre jurisdicción* en Gas Natural c. República Argentina (Caso CIADI n° ARB/03/10), de 17/VI/2005; párrafos 5 y 6

¹²²⁸ Vid. *Decision on Jurisdiction* en Ioannis Kardassopoulos c. Georgia (Caso CIADI n° ARB/05/18), de 6/VI/2007; párrafos 108 y ss.

¹²²⁹ Vid. *Award* en AIG Capital Partners Inc. et al. República de Kazajstán (Caso CIADI n° ARB/01/6), de 7/X/2003; pág. 9.2. En sentido contrario, vid. *Award* en Waguhi Elie George Siag et al. c. República Árabe de Egipto (Caso CIADI n° ARB/05/15), de 1/VI/2009; pág. 311.

decretar la suspensión. Con todo, no se comparte aquí la necesidad de tal mecanismo, ya que la utilización fraudulenta de las objeciones a la jurisdicción no parece ser en absoluto la tónica común en los arbitrajes CIADI, y si el tribunal arbitral opta en tales casos por no suspender el procedimiento, ello resta tiempo a las partes para la preparación de las alegaciones sobre el fondo del asunto.

Pero la que sea quizás la decisión más relevante a efectos procesales sea la de bifurcar o no el procedimiento. La bifurcación se produce si el tribunal decide entrar a resolver primero de la jurisdicción como cuestión preliminar, en una resolución denominada «decisión sobre jurisdicción» o «decisión sobre competencia» si la decisión es en el sentido de rechazar la excepción, para hacerlo después sobre el fondo en el laudo final (art. 41.2 Convenio). Si el sentido de la decisión sobre la jurisdicción es el de aceptar la excepción y declarar la falta de jurisdicción del tribunal, entonces la decisión adquiere forma de laudo o «laudo sobre jurisdicción»¹²³⁰. De no producirse tal bifurcación, jurisdicción y fondo, por ese orden, serán resueltas en el laudo final (Regla 41.4).

El mecanismo de la bifurcación se recoge expresamente en la Ley Modelo de la CNUDMI y en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010, si bien se ha de entender que ha de ser posible en todos aquéllos casos en que la norma jurídica faculta al tribunal arbitral para decidir sobre cuestiones de procedimiento. En una sentencia hongkonesa en la que se abordó el tema de la bifurcación de las decisiones sobre la jurisdicción y sobre el fondo, el juez razonó lo siguiente: «si el asunto es bastante sencillo, el árbitro podría desear reunir jurisdicción y fondo en el laudo, si considera que ahorra costes al decidir ambos a la vez. Si el fondo es complicado y le llevará tiempo tomar una decisión, podría preferir emitir un laudo provisional sobre la jurisdicción»¹²³¹, un criterio cuya utilidad parece innegable a la hora de decidir sobre este particular.

Parece difícil, sin embargo, concluir que el criterio descrito por la Corte de Primera Instancia de Hong Kong esté siendo aplicado por los tribunales CIADI. Para WEBSTER, los casos en que se suelen reunir las decisiones sobre jurisdicción y fondo en el laudo «tienden a ser aquéllos en que se necesitará la misma prueba testifical para la fase jurisdiccional que para el fondo»¹²³². En estos casos, además, según dicho autor, el tribunal podría preferir aunar la decisión sobre la

¹²³⁰ Opción, por cierto, muy frecuente en el sistema CIADI. Algunos ejemplos recientes de esta modalidad son los laudos de ACP Axos Capital GmbH c. República de Kosovo (asunto CIADI n° ARB/15/22), de 3/V/2018; Capital Financial Holdings Luxembourg c. República de Camerún (Caso CIADI n° ARB/15/18), de 22/VI/2017; Menzies Middle East and Africa S.A. et al. c. República de Senegal (Caso CIADI n° ARB/15/21), de 5/VIII/2016; PNG Sustainable Development Program Ltd c. Estado Independiente de Papúa Nueva Guinea (Caso CIADI n° ARB/13/33), de 5/V/2015; Rafat Ali Rizvi c. República de Indonesia (Caso CIADI n° ARB/11/13), de 16/VII/2013.

¹²³¹ Vid. Sentencia Fung Sang Trading Ltd. v. Kai Sun Sea Products & Food Co. Ltd. [1991] HKCFI 190; [1991] 2 HKC 526; HCMP 2674/1991; de 29/X/1991; pár. 68 [Trad. Propia]

¹²³² WEBSTER, T.H.; *Handbook...*; op. cit., pág. 566

jurisdicción con la decisión sobre la responsabilidad y dejar la determinación del *quantum* para una decisión posterior¹²³³.

¹²³³ Ídem

11. Admisibilidad de la disputa

11.1. Aspectos procesales de la decisión sobre admisibilidad

La finalidad de la fase sobre el fondo del arbitraje no es otra que discernir si los intereses cuya vulneración se denuncia son merecedores de protección bajo el TBI, el TMI o cualquier otra norma jurídica análoga, de manera que se pueda emitir un laudo de declaración de vulneración de tal norma jurídica y de condena al Estado receptor responsable de dicha vulneración. Sin embargo, antes de esa fase, cuando la jurisdicción del tribunal arbitral resulta impugnada, se hace necesario valorar si los hechos denunciados merecen tutela arbitral. Tal valoración, que habrá de ser diferente a la que tiene lugar durante la fase sobre el fondo, es nombrada a veces, «de admisibilidad» o «sobre admisibilidad»^{1234 1235}. A pesar de ello, lo cierto es que ni el Convenio ni las Reglas adoptan tal nomenclatura.

Tal descuido en cuanto a la nomenclatura no implica la existencia de un desamparo normativo al procedimiento de admisibilidad. De este modo, con ocasión de la última reforma de las Reglas de Arbitraje en 2006, se incorporó un nuevo párrafo 5 a la Regla 41, según el cual, «una parte podrá [...] antes de la primera sesión del tribunal, oponer una excepción relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación». Si se elige este mecanismo, el tribunal arbitral, respetando los principios de audiencia y contradicción, deberá notificar su decisión en la primera sesión del tribunal.

Pero, además de este mecanismo, se puede plantear la admisibilidad de la diferencia junto con la jurisdicción. Tal posibilidad no encuentra regulación alguna en las Reglas de Arbitraje, pero ha sido tradicionalmente aceptada en la práctica, como se verá a continuación. En todo caso es de notar que el propio párrafo 5 de la Regla 41 autoriza el análisis conjunto de ambas materias cuando recoge que «la decisión del tribunal será sin perjuicio del derecho de una parte a oponer [...] defensas de que una reclamación carece de mérito».

11.2. Aspectos sustantivos de la decisión sobre la admisibilidad

¹²³⁴ Vid. *Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción* en *Camuzzi International SA c. República Argentina* (Caso CIADI nº ARB/03/2), de 11/V/2005, pár. 98, que cita a *Decision on Jurisdiction* en *Enron Corporation et al. c. República Argentina* (Caso CIADI nº ARB/01/3), de 14/I/2004, pár. 33.

¹²³⁵ El significado del concepto admisibilidad es sustancialmente el mismo que el de arbitrabilidad de la materia, utilizado por cierta doctrina española. En este sentido, vid. ROCA MARTÍNEZ, J.M.; *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*; J.M. Bosch editor, S.A.; Barcelona, 1992; págs. 127-128.

En cuanto al estándar que se ha de seguir a la hora de evaluar si los hechos, tal y como se presentan por la parte actora, deben ser tutelados, la práctica y la doctrina¹²³⁶ parecen estar de acuerdo en que ha de ser uno del tipo *prima facie*. Según el estándar *prima facie*, se han de considerar los hechos tal y como son alegados por los demandantes, razonando en el sentido de considerar que, si finalmente tales hechos se prueban como ciertos durante la fase sobre el fondo o declarativa, éstos constituirían una violación del TBI o del TMI alegado. En palabras del tribunal arbitral de *Abaclat c. Argentina*,

«[d]e acuerdo con la práctica generalmente aceptada, la tarea del Tribunal, en la etapa de determinación de si posee jurisdicción para entender en una reclamación basada en un tratado de inversiones, consiste exclusivamente en establecer si los hechos alegados por los demandantes, si se prueban, pueden constituir la violación de las disposiciones del TBI invocadas»¹²³⁷.

Por lo que se refiere a la aplicación de tal estándar, conviene resaltar tres aspectos. El primero, que algunos tribunales han entendido que es aplicable no sólo a cuestiones de admisibilidad, sino también a todo aquello que tiene que ver con la jurisdicción¹²³⁸. El segundo, que no parece existir consenso en la práctica acerca del alcance de dicho estándar. El tercero, que en las nuevas decisiones al amparo de la Regla 41.5, el estándar es sustancialmente el mismo, a pesar de un cambio de denominación.

En cuanto al primero de los aspectos, es decir, la aplicación del estándar *prima facie* al análisis de los elementos que permiten afirmar la jurisdicción del tribunal arbitral, se ha de entender que es una postura criticable. Que al tribunal arbitral le convenga realizar un análisis *prima facie* sobre si la pretensión cae dentro de la protección otorgada por el TBI o TMI correspondiente es comprensible. Con ello se puede evitar fácilmente la situación en la que, tras varios

¹²³⁶ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 540-541. En el mismo sentido, HUIPING, C.; «*Expansion of Jurisdiction by ICSID Tribunals: Approaches, Reasons and Damages*» en *World Investment Trade*, vol. 12, 2011; pág. 677. También en el mismo sentido, vid. BROCHES, A.; «*Convention on the Settlement of Investment Disputes: some Observations on Jurisdiction*» en *Columbia Journal of Transnational Law*; vol. 5, 1966; pág. 276. Este último autor, que fuera primer Secretario General del CIADI y además había presidido las reuniones de los grupos de redacción del Convenio, contrapone el estándar de *prima facie* al de «manifiesto».

¹²³⁷ *Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad* en *Abaclat et al. c. República Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/5), de 4/VIII/2011, pág. 303.

En el mismo sentido, vid. *Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures* en *Saipem SpAc. República Popular de Bangladés* (Caso CIADI n° ARB/05/07), de 21/III/2007, pág. 91; *Decision on Jurisdiction and Admissibility* en *Ioan Micula et al. c. Rumanía* (Caso CIADI n° ARB/05/20), de 24/II/2008, pág. 66; *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction* en *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI n° ARB/01/8), de 17/VII/2003; pág. 27; *Decision on Jurisdiction and Admissibility* en *Ambiente Ufficio SpA c. República Argentina* (Caso CIADI n° ARB/08/9), de 8/II/2013, pág. 535.

¹²³⁸ Vid. *Decision on Jurisdiction* en *AES Corporation c. República Argentina* (Caso CIADI n° ARB/02/17), de 26/IV/2005; pág. 69; y *Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad* en *Giovanni Alemanni et al. c. República Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/8), de 17/XI/2014.

meses de arbitraje, se llega a la conclusión de que los hechos, manifiestamente, no merecían la protección jurídica otorgada por el TBI o TMI correspondiente. En este sentido, se comprende fácilmente la utilidad de evaluar, *prima facie*, la admisibilidad. Pero por lo que hace a otros aspectos tal valoración *prima facie* es inapropiada –como la condición de Estado parte del Convenio del Estado demandado y del Estado cuya nacionalidad ostenta el demandante, o si la diferencia es de naturaleza jurídica, o si el consentimiento adelantado ha sido otorgado por escrito. Siendo más apropiada una verificación más profunda, ya que lo que se pretende no es aplicar el principio de economía procesal en el momento de analizar la jurisdicción, sino revisar si se reúnen los presupuestos procesales pertinentes –con la importancia de que, si tales presupuestos procesales no quedan depurados desde el principio, se podría ocasionar una pérdida de tiempo en el futuro.

En cuanto al segundo aspecto, esto es, al alcance de dicho estándar *prima facie*, lo cierto es que tal falta de consenso es patente. Así, algunos tribunales han sido especialmente estrictos en su aplicación, entendiendo que no es suficiente con enunciar una serie de hechos, sino que hay que probar que realmente pueden ser englobados dentro de uno de los supuestos de protección del TBI aplicable¹²³⁹. Esta discordancia en la interpretación del estándar *prima facie* aplicado a la admisibilidad, ha sido puesta de relieve por HUIPING, para quien algunos tribunales han admitido reclamaciones sin que el demandante haya explicado cómo las vulneraciones denunciadas quedaban protegidas por el TBI aplicable e, incluso, han admitido reclamaciones en casos en que ni siquiera se explicaban detalladamente los hechos¹²⁴⁰, una postura que se antoja criticable, por su excesiva laxitud. En todo caso, si bien no parece razonable exigir a los demandantes que entren al fondo del asunto a la hora de responder a las objeciones sobre admisibilidad, lo cierto es que sí sería lógico exigir que tales demandantes expusiesen, si quiera sea sucintamente, los argumentos fácticos y jurídicos que permitirían subsumir los hechos alegados en las situaciones de vulneración previstas y amparadas por el TBI aplicable.

¹²³⁹ Así, en *Laudo* en Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI n° ARB/(AF)00/2), de 29/V/2003, párrafos 175-182; donde la alegación no estaba clara para el tribunal arbitral; y *Award* en Telenor Mobile Communications AS c. Hungría (Caso CIADI n° ARB/04/15), de 13/IX/2006; párrafos 78-80; donde el tribunal arbitral entendió que el demandante no había conseguido argumentar convincentemente que los hechos podrían encajar en el supuesto de expropiación protegido por el TBI, entre otras cosas, por no mostrar al tribunal un supuesto documento pericial que contenía un cálculo de la cuantía de la pretensión.

¹²⁴⁰ HUIPING, C.; «*Expansion of Jurisdiction...*»; págs. 682-683.

Los casos citados son *Impregilo c. Paquistán* y *Salini c. Jordania*. Vid. *Decision on Jurisdiction* en *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Paquistán* (Caso CIADI n° ARB/03/3), de 22/IV/2005; párrafos 270-271; y *Decision on Jurisdiction* en *Salini Costruttori SpA et al. c. Reino Hachemita de Jordania* (Caso CIADI n° ARB/02/13), de 9/XI/2004; párrafos 164-166.

Finalmente, es necesario resaltar que a la hora de evaluar las reclamaciones de conformidad con la Regla 41.5, parecería que los tribunales no recurriesen al estándar *prima facie*, sino a otro centrado sobre el concepto de «manifiesto»¹²⁴¹, una expresión que se puede hallar a lo largo del Convenio en numerosas ocasiones¹²⁴². En efecto, lo que se suele evaluar en estos casos no es si, a primera vista, las reclamaciones parecen caer bajo la protección del TBI aplicable y del Convenio. Sino más bien si se puede afirmar que, de forma manifiesta, no caen bajo la protección del TBI aplicable y del Convenio. Es decir, se está evaluando lo mismo, pero desde distinta perspectiva. Esa distinta perspectiva vendría justificada por la propia redacción de las Reglas de Arbitraje, que, en su artículo 41.5 utiliza la expresión «*manifiesta* falta de mérito jurídico».

¹²⁴¹ Vid. *The tribunal 's Decision on the respondent's objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules* en *Trans-global Petroleum Inc c. Reino Hachemita de Jordania* (Caso CIADI nº ARB/07/25), de 12/V/2008, párrafos 82-89; *Decisión sobre las excepciones opuestas por la demandada en virtud de la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI* en *Brandes Investment Partners LP c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI nº ARB/08/2), de 2/II/2009, párrafos 62-64; *Decision on respondent's objection under Arbitration Rule 41(5)* en *Accession Mezzanine Capital et al. c. Hungría* (Caso CIADI nº ARB/12/3), de 16/I/2013, pár. 63; *Decisión del Comité ad hoc sobre la excepción preliminar presentada por la República Bolivariana de Venezuela* en *Venoklim Holding BV c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI nº ARB/12/22), de 8/III/2016, pár. 82 y *Decision on respondent's application under Rule 41(5)* en *Eskosol SpA c. República Italiana* (Caso CIADI nº ARB/15/50), de 20/III/2018, pár. 34.

¹²⁴² La expresión «manifiesta» o «manifiesto» o «manifiestamente» se halla a lo largo de varios artículos del Convenio: así el artículo 36.3, que prevé el rechazo de la solicitud por parte del Secretario General del CIADI si tal solicitud «se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro» –para el caso de la conciliación, vid. art. 28.3-, pero también el artículo 52.1.b) del Convenio, que establece como causa de anulación de laudo el que el tribunal «se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades»; y finalmente, en el artículo 57, que al regular la recusación, establece que esta podrá tener lugar cuando los miembros del tribunal muestren una «carencia manifiesta» de las cualidades del art. 14.1.

12. Facultades relativas a las medidas provisionales

12.1. Introducción. Naturaleza de las medidas provisionales

Según el artículo 47 del Convenio, «salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes». Este precepto ha de ser leído en conjunto con la Regla de Arbitraje 39, que regula los aspectos procedimentales de tales medidas provisionales –dentro del capítulo V, dedicado a los procedimientos especiales.

El propio nombre que recibe este mecanismo en el Convenio, de «medidas provisionales», puede llevar a pensar que es análogo al que la LEC (Libro III, Capítulo VI) española denomina «medidas cautelares» o lo que alguna doctrina ha denominado como «medidas provisionales de seguridad»¹²⁴³. Una definición de las mismas la da GIMENO SENDRA, quien considera que son «medios o instrumentos legales de prevención de las contingencias que provocan las dilaciones del proceso; solicitadas para asegurar la efectividad de la pretensión deducida para prevenir el evento de que, siendo estimada la resolución judicial que pone fin al proceso, esta pueda verse impedida o dificultada»¹²⁴⁴.

Se trata este de un concepto fronterizo con otros propios del Derecho procesal, como el de diligencias preliminares y el de medidas de aseguramiento y anticipación de la prueba. Se afirma que son fronterizos porque todos ellos son mecanismos procesales solicitados a instancia de parte y ordenados por el juez que sirven para garantizar los derechos de las partes. Sin embargo, no deben ser confundidos¹²⁴⁵. Para MALLANDRICH MILLET, la diferencia reside en las distintas finalidades a las que sirven: si las medidas cautelares buscan la eficacia de una eventual resolución condenatoria, las medidas de aseguramiento y anticipación de la prueba tienen como objetivo que una determinada fuente de prueba esté a disposición del tribunal para cuando llegue el momento de valorarla; mientras que, por su parte, con las diligencias preliminares se pretende obtener ciertos documentos necesarios para la preparación de la demanda por parte del actor. Aún se podría añadir que tales diferencias se reflejan, además, en un tratamiento

¹²⁴³ CHIOVENDA, G.; *Principios de Derecho procesal civil. Tomo I*; Editorial Reus, Madrid, 2000; págs. 281 y ss.

¹²⁴⁴ GIMENO SENDRA, V.; *Derecho procesal civil*, vol. II; Colex Ed.; pág. 35.

¹²⁴⁵ MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*; Ed. Atelier; Barcelona, 2010; pág. 97. En el mismo sentido, vid. BARONA VILAR, S.; *Las medidas cautelares en el arbitraje*; Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006; pág. 90. En el mismo sentido, vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E.; «Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares» en *El sistema de medidas cautelares*; Eunsa, Pamplona, 1974; pág. 12.

normativo diferenciado dentro de la ley procesal, y también en el objeto sobre el cual recaen.

Esta distinción, plenamente válida en el Derecho interno, no es observada por la práctica arbitral CIADI. Así, como se verá, dentro de la categoría de «medidas provisionales»¹²⁴⁶ que regulan el Convenio y las Reglas de Arbitraje, se pueden englobar medidas de aseguramiento de la prueba y, también, diligencias preliminares, además de las medidas cautelares. Esta característica influirá en los presupuestos de adopción de tales medidas, que no serán plenamente coincidentes, como se verá, con los de las medidas cautelares en Derecho interno.

12.2. Caracteres de las medidas provisionales

Dentro de la doctrina española no parece existir un consenso absoluto en lo que hace a los caracteres principales de las medidas cautelares. A pesar de ello, sí parece existir una característica básica que la mayoría de autores resalta. Tal núcleo básico vendría conformado por la nota de instrumentalidad¹²⁴⁷, que

¹²⁴⁶ Una distinción entre medidas provisionales y medidas cautelares era realizada por SERRA DOMÍNGUEZ a la hora de abordar el estudio de la LEC de 1881. En este sentido, las medidas cautelares no eran sino una especie de medidas provisionales, de manera que existían medidas provisionales que no eran medidas cautelares, como por ejemplo, algunas medidas relativas a la desaparecida figura del depósito de personas -en particular, las destinadas a la ejecución del depósito de mujer soltera de más de veinte años que quisiera contraer matrimonio sin el consentimiento de sus padres y el de los hijos, pupilos o incapacitados que fuesen maltratados por sus tutores (arts. 1901 a 1918 de la LEC 1881)-, figuras que no tenían relación alguna con ningún litigio; lo mismo predica de la desaparecida figura de la declaración de incapacidad sumaria (antiguo art. 218 CC). Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M; RAMOS MÉNDEZ, F.; *Las medidas cautelares en el proceso civil*; Industrias Gráficas Pareja, Barcelona, 1974; págs. 48-53 (el autor citado es SERRA DOMÍNGUEZ). Lo que se quiere resaltar con esta reflexión es, en suma, indicar que el término «medidas provisionales» no tienen por qué ser sinónimo total de «medidas cautelares».

¹²⁴⁷ Así CALAMANDREI, P. (AYERRA MARÍN, Trad.); *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*; Librería el Foro, Buenos Aires, 1996; págs. 44-45. Para este autor, hay en «las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho».

En el mismo sentido, vid. ORTELLS RAMOS, M.; *Las medidas cautelares*; Ed. La Ley, Las Rozas, 2000; pág. 37; JOVÉ, M.A.; *Medidas cautelares en el proceso civil*; JM Bosch Editor, Barcelona, 1995; págs. 142-145; MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares...*; págs. 89-93; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E.; «Elementos...»; págs. 13-15; SERRA DOMÍNGUEZ, M; RAMOS MÉNDEZ, F.; *Las medidas cautelares en el proceso civil*; Industrias Gráficas Pareja, Barcelona, 1974; págs. 15-17 (el autor citado es SERRA DOMÍNGUEZ).

Matiza este carácter instrumental CARNELUTTI, para quien las medidas cautelares suelen ser instrumentales a un proceso principal, de manera que se habla entonces de actos cautelares; pero la tutela cautelar también puede consistir en un proceso autónomo, el *proceso cautelar*, que no acompañe al proceso definitivo, «pero ello sólo puede ocurrir si antes del cumplimiento de éste, se extingue la litis o se ventila el negocio; si así no ocurre, la composición de la litis o el desenvolvimiento del asunto exige el proceso definitivo». Vid. CARNELUTTI, F. (SENTÍS MELENDO, S.; Trad.); *Instituciones del proceso civil*, vol. I; Librería el Foro, Buenos Aires, 1997; págs. 85-89.

diferenciaría las medidas cautelares de figuras afines, como las medidas autosatisfactivas¹²⁴⁸. La instrumentalidad implica que las medidas cautelares vienen referidas a un proceso principal abierto, más en concreto, a asegurar la efectividad de su futura sentencia condenatoria, como puso de relieve CALAMANDREI¹²⁴⁹. Además, a veces entendida como una nota que integra la instrumentalidad o que deriva lógicamente de ella, se encuentra la característica de temporalidad, que implicaría que las medidas cautelares no tienen carácter definitivo, sino que son limitadas en el tiempo¹²⁵⁰.

Además de este núcleo básico, algunos autores han destacado la homogeneidad entre las medidas cautelares y el derecho sustantivo tutelado¹²⁵¹; la variabilidad, que significa que, si se modifican las circunstancias extraprocesales que llevaron a la adopción de tales medidas, entonces se podrán modificar éstas,

Tal postura fue contestada por SERRA DOMÍNGUEZ, para quien las tesis de CARNELUTTI derivaban de la regulación dada a las medidas cautelares por el legislador italiano, no pudiéndose afirmar que se tratase de una característica intrínseca de las mismas. Además, según el profesor SERRA DOMÍNGUEZ, la estructura diversa de los varios procedimientos cautelares impedía que pudiesen constituir un sistema unitario, lo que dificultaba que pudiesen abordarse como un proceso autónomo. Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M; RAMOS MÉNDEZ, F.; *Las medidas cautelares...*; págs. 22-28.

¹²⁴⁸ Al igual que las medidas cautelares, las llamadas «medidas autosatisfactivas» se adoptan en casos de urgencia. Sin embargo, en las denominadas medidas autosatisfactivas está ausente la nota de instrumentalidad, con lo cual sería innecesario para la parte que la pide ejercer una ulterior acción solicitando una tutela declarativa. Al entender de PEYRANO, las notas de estas medidas autosatisfactivas son las siguientes: la exigencia de una alta probabilidad de que lo pretendido por el requirente sea tutelable mediante este tipo de instrumentos; que se produce una satisfacción definitiva de la pretensión del demandante y que se adoptan a través de un proceso autónomo. Además, se podría añadir que se llevan a cabo sin dar audiencia a la parte contraria. Figuras esencialmente iguales a estas serían las llamadas «*injuctions*» emitidas por los órganos judiciales del ámbito del *Common Law*. Vid. PEYRANO, J. W.; «*Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas*» en *Ius et Veritas*, núm. 15, 1997; págs. 11-26.

¹²⁴⁹ Algunos autores distinguen el «efecto asegurativo» de las medidas cautelares de la nota de instrumentalidad. Vid. MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares...*; págs. 93-104; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E.; «*Elementos...*»; págs. 12-13. Sin embargo, se considera que, al estar tan estrechamente unidas que no se explica una característica sin la otra, resulta mejor diferenciarlas, pero no considerarlas por separado.

Puede que una de las razones que ha llevado a parte de la doctrina española a resaltar este efecto asegurativo sea la doctrina del TC en cuanto a la función de las medidas cautelares. Tal doctrina ha sido sintetizada por la STC 218/1994, según la cual, «la finalidad constitucionalmente protegida de las medidas cautelares no es otra, como ya se ha dicho, que la de *asegurar* la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial relativo precisamente a los derechos e intereses legítimos llevados ante los jueces y tribunales en el proceso principal en el que se resuelve la cuestión de fondo». Vid. STC 218/1994, de 18/VII/1994, FJ. 3 [énf. añadido].

Una lectura particular de este carácter asegurativo o instrumental la propuso CALAMANDREI, cuando manifestaba que las medidas cautelares estaban destinadas a «anticipar provisoriamente sus posibles efectos». Se ha de entender que todos estos autores se refieren al mismo efecto, pero destacando unas notas u otras del mismo. Vid. CALAMANDREI, P.; *Instituciones...*; págs. 156-157.

¹²⁵⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, M; RAMOS MÉNDEZ, F.; *Las medidas cautelares...*; pág. 17; MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares...*; págs. 104-107.

¹²⁵¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E.; «*Elementos...*»; págs. 16-17; GIMENO SENDRA, V.; *Derecho procesal civil...*; págs. 39-40; SERRA DOMÍNGUEZ, M; RAMOS MÉNDEZ, F.; *Las medidas cautelares...*; págs. 17-20 (la postura referida corresponde a SERRA DOMÍNGUEZ).

de forma que, dado el caso, si desaparecen las circunstancias que motivaron su adopción, las medidas cautelares deberán desaparecer¹²⁵²; la provisionalidad, que tiene como resultado que, con la sentencia definitiva, sea esta condenatoria o absolutoria, desaparece la medida cautelar¹²⁵³; la vigencia del principio dispositivo, según el cual estas medidas son, por regla general, solicitadas a instancia de parte¹²⁵⁴; el carácter sumario del procedimiento de adopción de tales medidas¹²⁵⁵; o, finalmente, que el listado de tales medidas es de *numerus apertus*¹²⁵⁶.

Dentro de la doctrina extranjera, la atención que se ha prestado a las medidas cautelares es considerablemente variable. Así, la doctrina británica, mucho más centrada en el aspecto práctico que en el teórico, habla de «tutela provisional» –en inglés en original, *interim relief*–, para referirse en concreto a todas las formas de mandamientos judiciales y fianzas que se pueden ordenar dentro de un proceso para garantizar su eficacia. Si bien algún autor ha destacado en todo caso su carácter variable y subsidiario del proceso principal¹²⁵⁷. Por su parte, dentro de la doctrina italiana, se han destacado por algún autor las notas de instrumentalidad, provisionalidad y la sumariedad de los procedimientos cautelares¹²⁵⁸.

En cuanto a las medidas cautelares en el ámbito propio del arbitraje, lo primero que se podría destacar es que, por lo que hace al arbitraje interno español, no parece que se puedan predicar características distintas a aquéllas descritas para el Derecho procesal civil¹²⁵⁹. En cuanto a las características de estas medidas en el arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversiones, habría que decir que no parece haber existido, hasta tiempos recientes, un especial interés en su estudio por parte de la doctrina. Destaca en este punto GONZÁLEZ NAPOLITANO, quien ha enumerado tales características de forma sistemática y sucinta como

¹²⁵² PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J; *Derecho procesal civil*, tomo 2; 3ª Ed.; Andavira Ed., Santiago de Compostela, 2012; págs. 499-500.

¹²⁵³ Vid. ORTELLS RAMOS, M.; *Las medidas cautelares...*; pág. 373 y ss.; GIMENO SENDRA, V.; *Derecho procesal civil...*; págs. 40-41; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J; *Derecho procesal civil...*; pág. 500.

¹²⁵⁴ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E.; «Elementos...»; pág. 17; JOVÉ, M.A.; *Medidas cautelares...*; págs. 139-141; GIMENO SENDRA, V.; *Derecho procesal civil...*; pág. 40.

¹²⁵⁵ JOVÉ, M.A.; *Medidas cautelares...*; págs. 145-148.

¹²⁵⁶ GIMENO SENDRA, V.; *Derecho procesal civil...*; pág. 41.

¹²⁵⁷ ANDREWS, N.; *English civil procedure*; Oxford University Press, Oxford, 2010; págs. 463-490.

¹²⁵⁸ SASSANI, B.; *Lineamenti del processi civile italiano*; 6ª ed.; Giuffrè Editore, Milán, 2017; págs. 672-673.

¹²⁵⁹ Vid. MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares...*; págs. 85-107; BARONA VILAR, S.; «Artículo 23. Potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares» en *Comentarios...*; op. cit., págs. 853-857; MERINO MERCHÁN, J.F.; CHILLÓN MEDINA, J.M.; *Tratado de...*; op. cit., págs. 695-696; BARONA VILAR, S.; *Medidas cautelares en el arbitraje*; Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006; págs. 102-120. Estos autores, además de la instrumentalidad, resaltan la proporcionalidad –en las propias palabras de estos autores: «que sea lo menos gravosa posible para la parte que la tenga que sufrir»– de las medidas cautelares.

instrumentalidad, provisionalidad o temporalidad, revocabilidad, modificabilidad, excepcionalidad y discrecionalidad¹²⁶⁰.

No obstante, sí han abundado los análisis en torno a qué tipo de medidas provisionales cabría solicitar a los tribunales arbitrales¹²⁶¹. El estudio de tales medidas en el sistema CIADI se abordará de seguido, pero aquí es necesario realizar ciertas observaciones. La primera es que a partir de los diferentes tipos de medidas provisionales que se han solicitado u otorgado en la práctica, se pueden inducir ciertas características de las mismas. La segunda es que, tales características serían, en esencia, las mismas que las enumeradas *supra* para las medidas cautelares de Derecho interno, si bien respecto todas ellas se deben hacer importantes matizaciones.

Así, en cuanto a la instrumentalidad, se ha de afirmar que, de manera indiscutible, todas las medidas provisionales a que se suele hacer referencia cumplen perfectamente con esta característica. Ahora bien, podría parecer que existe una diferencia frente a lo sostenido por la doctrina mayoritaria dentro del Derecho procesal español. Tal diferencia surge a raíz de la localización sistemática que se da a las medidas provisionales dentro de las Reglas de Arbitraje CIADI, que consideran al procedimiento de medidas cautelares como un «procedimiento especial» (Capítulo V), lo que puede hacer surgir dudas en cuanto a su autonomía frente a la tutela principal.

Lo cierto es que resulta extraordinariamente difícil pensar en situaciones en que las medidas provisionales puedan ser adoptadas en el seno de un procedimiento autónomo. Basta referir que la competencia para entender de las mismas nunca podrá corresponder a otros tribunales diferentes al que esté conociendo del arbitraje principal y baste tener en cuenta que carecería de todo sentido que el objeto inmediato de un arbitraje consistiese únicamente en una tutela de tipo cautelar. Las propias Reglas de Arbitraje parecen rechazar la posibilidad de que la tutela cautelar tenga carácter autónomo, cuando establecen que «una vez incoado el procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales» (Regla 39.1; énfasis añadido).

Por otro lado, se podría afirmar que se cumplen plenamente las características de provisionalidad, variabilidad (Regla 39.3)¹²⁶² y sumariedad

¹²⁶⁰ Vid. GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. S.; «Medidas provisionales en la solución de controversias de inversión» en *ICSID Review*, vol. 31, núm. 1. 2016; pág. 510.

¹²⁶¹ Vid. REDFERN, A.; HUNTER, M; BLACKABY, N.; PARTASIDES, C.; *Redfern and Hunter on International Arbitration. Student Version*, 6ª Ed.; Oxford University Press, Oxford, 2015; págs. 427-438; DUGAN, C.F.; WALLACE, D.; RUBINS, N.D.; SABAHI, B.; *Investor-State Arbitration*; Oxford University Press, Oxford, 2011; págs. 141-146.

¹²⁶² Resalta SCHREUER esta característica de las medidas provisionales CIADI, cuando afirma que «el tribunal puede en cualquier momento modificar o revocar las medidas provisionales. Si las

(Regla 39.2). No tiene sentido plantearse otras notas como el carácter de *numerus apertus*, que es claro que concurre en las medidas provisionales CIADI, ya que ni el Convenio ni las Reglas realizan una enumeración de tales medidas. Sin embargo, dos notas están completamente ausentes de la regulación dada en el sistema CIADI: la homogeneidad, pero no identidad con las medidas ejecutivas y la vigencia exclusiva del principio dispositivo.

Por un lado, el principio dispositivo convive en el sistema CIADI con la adopción *motu proprio* de medidas provisionales por parte del tribunal arbitral, sin necesidad de que medie solicitud de parte. Así, la Regla 39.3 acuerda que «el tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas de las identificadas en la petición». Si bien, en todo caso, se ha de respetar el principio *audiatur et altera pars* (Regla 39.4).

Por otro lado, en el sistema CIADI, el carácter homogéneo entre las medidas que se pueden recomendar y el objeto mediato del arbitraje es evidente que no concurre. Y quizás esta sea la principal diferencia entre las medidas provisionales CIADI y las medidas cautelares del proceso civil y del arbitraje doméstico abordadas *supra*. En este sentido, si atendemos a la clasificación de las medidas provisionales que se pueden solicitar ante tribunales CIADI realizada por SCHREUER –medidas de aseguramiento de la prueba, medidas de garantía de eventuales costas procesales, medidas ordenando la prohibición de recurso a otros tribunales, medidas tendentes a impedir una agravación de la diferencia y medidas dirigidas a garantizar la confidencialidad del procedimiento¹²⁶³- o a la propuesta por SINCLAIR y REPOUSIS –medidas destinadas a preservar el *statu quo* e impedir la agravación de la diferencia, medidas destinadas a proteger la exclusividad del procedimiento arbitral en aplicación del artículo 26 del Convenio y medidas destinadas a garantizar la integridad del procedimiento-¹²⁶⁴, queda meridianamente claro que las medidas provisionales otorgadas son muy diferentes en su contenido y finalidad a la tutela principal pretendida por la parte actora¹²⁶⁵.

Siendo así las cosas, no cabe otra cosa que matizar la nota de instrumentalidad. La instrumentalidad, según la doctrina estudiada *supra*, se

circunstancias que llevan a la adopción de las medidas provisionales ya no concurren, el tribunal tiene la obligación de revocarlas». Vid. SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., págs. 774-775.

¹²⁶³ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., págs. 779-796.

¹²⁶⁴ SINCLAIR, A.C.; REPOUSIS, O.G.; «*An overview of provisional measures in ICSID proceedings*» en *ICSID Review*; vol. 32, núm. 2, 2007; págs. 439-443.

¹²⁶⁵ Así, por ejemplo, un tribunal CIADI puede recomendar como medidas provisionales que no se hagan públicas las grabaciones de las audiencias, que los tribunales del Estado demandado se abstengan de continuar con ciertos procesos que afecten los intereses de las partes o que se permita el desplazamiento de dos testigos a las audiencias del tribunal. Y, por otro lado, el objeto del arbitraje puede consistir en la condena a indemnizar por un trato discriminatorio, la condena a indemnizar por haber realizado una expropiación contraria a un TBI, etcétera.

refiere a que las medidas cautelares van dirigidas a asegurar el resultado de la sentencia definitiva. En el sistema CIADI se puede decir que, de manera mediata, tienen esa finalidad. Pero de manera inmediata, las medidas provisionales CIADI van dirigidas a asegurar la efectividad del proceso¹²⁶⁶.

12.3. Presupuestos para la adopción de las medidas provisionales

Dentro de la doctrina española, el consenso es absoluto a la hora de delimitar los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares, tanto cuando se trata de Derecho procesal¹²⁶⁷ como de Derecho arbitral doméstico¹²⁶⁸ y comercial internacional¹²⁶⁹. En general, tales presupuestos son tres: la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, el peligro de mora procesal o *periculum in mora* y, finalmente la prestación de caución o fianza por quien solicita tales medidas¹²⁷⁰.

Que deba existir apariencia de buen derecho no significa otra cosa que una alta probabilidad de que se acabe por otorgar la tutela pretendida por la parte que solicita la medida cautelar. Por supuesto, este juicio acerca de la probabilidad¹²⁷¹ no puede implicar en caso alguno el prejuzgamiento del fondo del litigio. Por lo que se refiere al peligro de mora, este criterio se cumplirá cuando, debido a la

¹²⁶⁶ Claro es SCHREUER cuando indica que el propósito de las medidas provisionales es «inducir un comportamiento de las partes conducente a un resultado exitoso del procedimiento». Vid. SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 759.

¹²⁶⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, M; RAMOS MÉNDEZ, F.; *Las medidas cautelares...*; págs. 34-45 (la postura referida corresponde a SERRA DOMÍNGUEZ); JOVÉ, M.A.; *Medidas cautelares...*; págs. 30-89; ORTELLS RAMOS, M.; *Las medidas cautelares...*; pág. 150-194.

¹²⁶⁸ MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares...*; págs. 117-145; MERINO MERCHÁN, J.F.; CHILLÓN MEDINA, J.M.; *Tratado...*; pág. 695; LAPIEDRA ALCAMÍ, R.; *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*; Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008; págs. 282-283; BARONA VILAR, S.; «Artículo 23. Potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares» en *Comentarios...*; op. cit., págs. 857-866. Para esta autora, como complemento de estos presupuestos, «es innegable la concurrencia de una situación jurídica que favorezca la adopción, por un lado, de la tutela cautelar en general y, por otro, la adopción de la medida cautelar in concreto».

¹²⁶⁹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.; *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*; McGraw Hill, Aravaca, 1996; pág. 193.

¹²⁷⁰ El profesor SERRA DOMÍNGUEZ aún añadía otro presupuesto más: la pendencia del proceso principal, si bien él mismo afirmaba, a la luz de la LEC 1881, que tal pendencia podría ser simultánea o, en ciertos casos, posterior. Se entiende que la observación es correcta, so bien se trata, al fin y al cabo de la característica de instrumentalidad leída desde la perspectiva de los presupuestos de las medidas cautelares. Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M; RAMOS MÉNDEZ, F.; *Las medidas cautelares...*; págs. 45-47 (la postura referida corresponde a SERRA DOMÍNGUEZ).

¹²⁷¹ Para MALLANDRICH MIRET y BARONA VILAR, el juicio de probabilidad que debe hacer el juez o el árbitro a la hora de decidir sobre la adopción de medidas cautelares se situaría entre dos extremos que se deben evitar en todo caso: de un lado, aquel en que la adopción de la medida cautelar se realiza de forma automática con la solicitud de la parte y, de otro lado, aquel en que la solicitud de la parte es examinada con tanto detalle como se examinará el fondo del asunto durante la fase declarativa. Vid. MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares...*; págs. 117-122; BARONA VILAR, S.; «Artículo 23. Potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares» en *Comentarios...*; op. cit., págs. 858-859.

inevitable tardanza del proceso, se pueda deducir que los derechos cuya tutela judicial o arbitral se solicita corren el riesgo¹²⁷² de resultar dañados¹²⁷³. Por último, la fianza o caución¹²⁷⁴ que debe prestar, en algunos casos, quien solicite la medida cautelar va dirigida a conjurar cualquier perjuicio que se pueda causar a la parte contra la cual se toma la medida cautelar, para el caso en que el juicio acerca de la apariencia de buen derecho fuese erróneo, es decir, sirve de garantía para el caso en que la pretensión de quien solicita la medida cautelar resulte desestimada.

Lo cierto es que, cuando se trata del arbitraje interno es extraño que las legislaciones que lo desarrollan se refieran, como presupuestos de las medidas cautelares, a la apariencia de buen derecho y al peligro de mora procesal¹²⁷⁵, si bien la prestación de caución o fianza es bastante común¹²⁷⁶. Prácticamente lo mismo se puede decir de los reglamentos más utilizados en el arbitraje entre inversores y Estados a nivel global¹²⁷⁷.

En cuanto al sistema CIADI, lo cierto es que ni el Convenio ni las Reglas de Arbitraje recogen ninguno de estos presupuestos. Aunque el apartado 1 de la Regla 39 establece que «la solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas». Si este precepto se lee conjuntamente con el apartado 4 de la misma Regla –que establece la obligación de

¹²⁷² El concepto de riesgo es basilar en este concepto. Para ORTELLS RAMOS, tales riesgos pueden ser de los siguientes tipos: riesgos que afectan a la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto, como, por ejemplo, el riesgo de insolvencia del demandado; riesgos que amenazan a la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica o a la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad; riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia; y riesgos de ineffectividad que derivan del mero retraso del momento en que pueden producirse los efectos de la sentencia. Vid. ORTELLS RAMOS, M.; *Las medidas cautelares...*; págs. 151-152.

¹²⁷³ Considera el profesor SERRA DOMÍNGUEZ que se trata más del fundamento de las medidas cautelares que de uno de sus presupuestos. Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M.; RAMOS MÉNDEZ, F.; *Las medidas cautelares...*; pág. 40 (la postura referida corresponde a SERRA DOMÍNGUEZ).

¹²⁷⁴ Se trata de un vocablo de uso controvertido a la hora de tratar los fundamentos de las medidas cautelares, como ha puesto de manifiesto JOVÉ, para quien la fianza, «en sentido estricto es el prototipo de las figuras de garantía personal por medio de la cual un tercero (fiador) garantiza el cumplimiento de una obligación ajena, vinculándose personalmente con un compromiso independiente, aunque accesorio y subsidiario, respecto a la obligación del deudor principal». Si bien, como la misma autora recuerda, el vocablo fianza ha sido tradicionalmente polisémico en el ámbito jurídico. Vid. JOVÉ, M.A.; *Medidas cautelares...*; pág. 70.

¹²⁷⁵ Una notable excepción la constituye la LAV portuguesa, que en su artículo 21.1 recoge ambos presupuestos.

¹²⁷⁶ Se puede encontrar tanto en leyes nacionales de arbitraje que siguen la Ley Modelo CNUDMI, como en otras que no. Entre las primeras destacan el CJ belga (art. 1693), la LA española (art. 23.1), la ACA de Nigeria (art. 13), la ZPO alemana (pár. 1041.), el CCo mexicano (art. 1433), la LAC chilena (art. 17), la CAC canadiense (art. 17) y el DLA peruano (art. 47.1). Entre las segundas se situaría la LAM de Ecuador (art. 9).

¹²⁷⁷ En efecto, exigen caución los reglamentos de la CCI-2017 (art. 28), de la CNUDMI-1976 (art. 26.2), de la CNUDMI-2013 (art. 26.6) y de la CCE-2017 (art. 37.2). El Reglamento CNUDMI-2013, además, establece los presupuestos de apariencia de buen derecho y peligro de mora procesal.

dar audiencia a ambas partes antes de adoptar las medidas provisionales-, se llega a la conclusión de que la adopción de tales medidas no se produce de forma automática con la mera solicitud de parte en tal sentido, sino que el tribunal arbitral habrá de valorar necesariamente las circunstancias del caso a la hora de decidir si adopta o no las medidas solicitadas. Ante tal situación, la pregunta que ha de ser respondida es la de qué criterios habrá de seguir el tribunal arbitral a la hora de decidir acerca de la adopción de medidas provisionales.

Para SCHREUER, la práctica suele atender a la necesidad, a la urgencia y a que la medida sea precisa para evitar un daño irreparable cuando se trata de recomendar medidas provisionales¹²⁷⁸. Por su parte, SINCLAIR y REPOUSIS¹²⁷⁹ coinciden en que la necesidad y la urgencia son presupuestos de la adopción de las medidas provisionales en el sistema CIADI, si bien añaden un tercer presupuesto: la existencia *prima facie*¹²⁸⁰ de jurisdicción¹²⁸¹. Este núcleo de presupuestos para la adopción de medidas provisionales en el arbitraje CIADI es compartido por MOLOO y COMMISSION, quienes añaden la proporcionalidad y la fijación *prima facie* de los hechos¹²⁸², postura con la que concuerda, a grandes rasgos, GONZÁLEZ NAPOLITANO¹²⁸³, que añade algún otro presupuesto, como la conexión con que no se prejuzgue el fondo del asunto¹²⁸⁴. Ahora bien, para establecer con claridad qué se entiende en el sistema CIADI por necesidad y urgencia, se hace necesario atender a la práctica arbitral sobre este particular.

12.3.1. Necesidad

¹²⁷⁸ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 776.

¹²⁷⁹ SINCLAIR, A. C.; REPOUSIS, O. G.; «*An overview...*»; pág. 441.

¹²⁸⁰ Es de justicia referir que SCHREUER aborda el problema entre la concurrencia de jurisdicción *prima facie* antes de adoptar medidas provisionales, si bien es cierto que no trata este factor como un presupuesto de las mismas. Vid. SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 772.

¹²⁸¹ Que se utilice el vocablo «*prima facie*» no debe llevar a confusión con el criterio abordado a la hora de analizar la evaluación de la admisibilidad o arbitrabilidad de la disputa. Cuando se habla aquí de que la jurisdicción ha de ser evaluada *prima facie*, se hace referencia que, a la hora de adoptar medidas cautelares, el tribunal debe realizar un breve juicio acerca de si en principio parece que tiene jurisdicción en el caso concreto –si no ha realizado, claro está un examen anterior sobre su jurisdicción en la forma de una decisión sobre la jurisdicción. Recuérdese que, a la hora de valorar sobre su jurisdicción, los tribunales arbitrales CIADI deberían optar por verificar con seguridad que se dan todos los presupuestos procesales de las partes, de la acción y del órgano decisor, lo que excluye un test *prima facie*.

¹²⁸² Vid. COMMISSION, J.; MOLOO, R.; *Procedural Issues in international investment arbitration*; Oxford University Press, Oxford, 2018; págs. 32-33.

¹²⁸³ Vid. GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. S.; «*Medidas provisionales...*»; pág. 514.

¹²⁸⁴ En general, tales caracteres son esencialmente coincidentes con los que, para el arbitraje CNUDMI, ha establecido la doctrina. Vid. PAULSSON, J.; PETROCHILOS, G.; *UNCITRAL Arbitration*; Wolters Kluwer, Alphen aan der Rijn, 2018; págs. 218-224. Con todo, el Reglamento de Arbitraje CNUDMI de 2010 es mucho más exhaustivo al regular los presupuestos, objetivos y las características de las medidas provisionales en su artículo 26.

Antes de entrar a determinar qué han entendido los tribunales CIADI por «necesidad», es preciso reconocer que la influencia de la jurisprudencia del TIJ en este particular es evidente¹²⁸⁵. Esto se justifica por el hecho de que el artículo 47 del Convenio está basado en el art. 41 del ETIJ¹²⁸⁶. Así, según una jurisprudencia del TIJ recurrentemente citada en el sistema CIADI¹²⁸⁷, «las medidas provisionales son necesarias para preservar los derechos de cada parte y si los hechos que dan lugar a la demanda son capaces de causar o de amenazar con causar un perjuicio irreparable a los derechos alegados»¹²⁸⁸. Así, parece que el concepto de «necesidad» se predicaría de la exigencia de impedir «perjuicios irreparables». Este último concepto, por su parte, cuenta con una consolidada tradición en la jurisprudencia del TIJ¹²⁸⁹.

En la práctica CIADI, tal definición de necesidad ha sido sostenida por el tribunal del caso *Oxy c. Ecuador*, el cual, de una manera un tanto confusa, enunciaba lo siguiente: «para que un tribunal internacional pueda conceder medidas provisionales debe existir un derecho que haya de preservarse y circunstancias de necesidad y urgencia que hagan necesario evitar daños

¹²⁸⁵ Vid. *Resolución Procesal No. 1, sobre la solicitud de medidas provisionales de Burlington Oriente* en *Burlington Resources Inc. et al. c. República del Ecuador et al.* (Caso CIADI n° ARB/08/5), de 29/VI/2009, pág. 36; *Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes* en *Víctor Pey Casado et al. c. República de Chile* (Caso CIADI n° ARB/98/2), de 25/I/2001, pág. 2; *Order n° 3* en *Tokios Tokelès c. Ucrania* (Caso CIADI n° ARB/02/18), de 18/I/2005, pág. 8; *Decisión sobre medidas provisionales* en *Occidental Petroleum Corporation et al. c. República del Ecuador* (Caso CIADI n° ARB/06/11), de 17/VIII/2007, pág. 59.

¹²⁸⁶ Así lo sostiene SCHREUER. Vid. SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 759.

Sin embargo, dicha afirmación merece ser puesta en entredicho. El artículo 41 del ETIJ fue efectivamente citado durante la redacción del Convenio, pero siempre como una propuesta de los delegados británicos, sin que quede claro a lo largo de las actas de las reuniones que tal artículo se tomó como modelo del art. 47 del Convenio CIADI. Con todo, lo cierto es que la propia redacción del artículo 41.1 ETIJ es sensiblemente similar a la del art. 47 del Convenio. La redacción de aquel es la siguiente: «[l]a Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes».

¹²⁸⁷ A pesar de tratarse de una declaración *óbiter dicta* emitida en un voto particular, se ha citado esta jurisprudencia en los siguientes asuntos: *Decisión sobre medidas provisionales* en *Occidental Petroleum Corporation et al. c. República del Ecuador* (Caso CIADI n° ARB/06/11), de 17/VIII/2007, pág. 59; y *Order n° 3* en *Tokios Tokelès c. Ucrania* (Caso CIADI n° ARB/02/18), de 18/I/2005, pág. 8.

¹²⁸⁸ *Opinión independiente del Presidente Jiménez de Aréchaga* (en *Solicitud de Dictado de Medidas Provisionales*) en el asunto *Aegean Sea Continental Shelf Case* (Grecia c. Turquía), de 11/IX/1976; pág. 16.

¹²⁸⁹ *Orden de Medidas Provisionales* en el asunto *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos), de 3/III/1999; pág. 23; en *ICJ Reports*, 1999. También en *Orden de Medidas Provisionales* en el asunto concerniente a la interpretación de la Convención de Viena sobre relaciones consulares (Paraguay c. Estados Unidos), de 9/IV/1998; pág. 36; en *ICJ Reports*, 1998. Más recientemente, se puede encontrar una aplicación de este criterio en *Orden de Medidas Provisionales* en el asunto *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza* (Costa Rica c. Nicaragua), de 8/III/2011; pág. 63; en *ICJ Reports*, 2011.

irreparables»¹²⁹⁰. Se afirma que es confusa porque la posibilidad de que se causen daños irreparables da lugar a que la medida sea necesaria, pero no urgente. Dicho de otro modo, la necesidad viene referida a la evitación de daños irreparables. Esta postura es la que ha adoptado la práctica posterior al caso *Oxy c. Ecuador*¹²⁹¹.

Ahora bien, en algún caso se ha propuesto que el criterio a seguir no ha de ser el de la necesidad de evitar un daño irreparable, sino el de evitar un daño no resarcible mediante indemnización dineraria¹²⁹², mientras que en algún otro caso, se ha defendido que lo que el criterio requiere es que se demuestre que existe «un riesgo material de daño grave a la parte solicitante, y no que el daño sea literalmente irreparable», de manera que el grado de gravedad dependerá de las circunstancias del caso, la naturaleza de la tutela solicitada y el perjuicio sufrido por cada parte¹²⁹³.

Una explicación a este fenómeno la aportó el tribunal arbitral en *Nova Group c. Rumanía*. Para este tribunal, las interpretaciones más laxas del criterio de necesidad se aplicaban a aquéllos casos en los que el objeto del proceso es una condena a dar, pero no una de tipo dinerario, sino de otra naturaleza. Mientras que, por otra parte, los tribunales que adoptan un criterio más estricto tienen a ser

¹²⁹⁰ *Decisión sobre medidas provisionales* en *Occidental Petroleum Corporation et al. c. República del Ecuador* (Caso CIADI n° ARB/06/11), de 17/VIII/2007, párr. 61. Esta posición es seguida en el asunto *Rizzani c. Kuwait*, en donde el tribunal no abordó ambos presupuestos de forma indiferenciada. Vid. *Decision on provisional measures* en *Rizzani de Eccher SpA et al. c. Estado de Kuwait* (Caso CIADI n° ARB/18/8), de 23/XI/2017, párrafos 101-106.

¹²⁹¹ Vid. *Decision on provisional measures* en *Phoenix Action Ltd. c. República Checa* (Caso CIADI n° ARB/06/5), de 6/IV/2007; *Resolución Procesal No. 1, sobre la solicitud de medidas provisionales de Burlington Oriente* en *Burlington Resources Inc. et al. c. República del Ecuador et al.* (Caso CIADI n° ARB/08/5), de 29/VI/2009, párr. 82; *Procedural Order No. 2 (Provisional Measures Concerning Security for Costs)* en *Burimi SRL et al. c. República de Albania* (Caso CIADI n° ARB/11/18), de 3/V/2012, párr. 34 y *Decision on claimant's request for provisional measures* en *Tethyan Copper Company PTY Ltd. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI n° ARB/12/1), de 13/XII/2012, párr. 118.

¹²⁹² La primera resolución CIADI en ese sentido parece haber sido *Resolución Procesal No. 1, sobre la solicitud de medidas provisionales de Burlington Oriente* en *Burlington Resources Inc. et al. c. República del Ecuador et al.* (Caso CIADI n° ARB/08/5), de 29/VI/2009, párr. 82.

Sin embargo, en un arbitraje seguido según las Reglas CNUDMI, se defendió tal resultado en 2008. Se trata de la orden de medidas cautelares en *Sergei Paushok et al. c. República de Mongolia*, de 2/IX/2008. En esa resolución se cita a su vez el laudo n° ITM/ITL 52-382-3 recaído en *Behring International Inc. c. República Islámica de Irán et al.*, un caso seguido ante el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, de 21/VI/2985, en el que se defendió que, en Derecho internacional, un daño irreparable es un daño que no puede resarcirse dinerariamente.

Se ha seguido esta doctrina en *Decisión sobre medidas provisionales* en *Quiborax SA et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia* (Caso CIADI n° ARB/06/2), de 26/II/2010, párr. 156; en *Order on provisional measures* en *Hydro SRL et al. c. República de Albania* (Caso CIADI n° ARB/15/25), de 3/III/2016, párr. 3.31; y en *Procedural Order n° 7. Decision on claimant's request for provisional measures* en *Nova Group Investmens BV c. Rumanía* (Caso CIADI n° ARB/16/19), de 29/III/2017, párr. 240.

¹²⁹³ *Decision on the claimant's request for provisional measures* en *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Estado Independiente de Papúa Nueva Guinea* (Caso CIADI n° ARB/13/33), de 21/I/2015; párr. 109.

aquéllos en los que la pretensión consiste, precisamente, en el pago de una indemnización restitutoria¹²⁹⁴. Por ejemplo, en *Quiborax c. Bolivia*, una de las medidas solicitadas y finalmente adoptadas, era la de recomendar la suspensión de un procedimiento penal contra varias personas ligadas a la demandante, con el triple objetivo de no agravar más la diferencia, de impedir procesos con el mismo objeto procesal –lo que, a todas luces no concurría en este asunto, a pesar de que así lo consideró el tribunal, ya que el objeto de un proceso penal no es en ningún caso una tutela en materia de inversiones, sino la aplicación del Derecho penal- y, finalmente, de mantener el *statu quo* entre las partes.

Se entiende que es más que dudoso que un tribunal CIADI tenga potestad para ordenar una medida de este tipo –y, como se verá, la práctica es realmente reacia a hacerlo. Sin embargo, lo cierto es que, cuando la tutela no consista en el pago de una suma de dinero, se puede producir un daño irreparable por otros medios, como por ejemplo, cuando desaparece la cosa litigiosa. A pesar de ello, hay que tener en cuenta que estos supuestos son realmente extraños en la práctica – aunque como se verá a continuación son recurrentes en los últimos meses- y es lógico que así sea, ya que la tutela que se suele solicitar a los tribunales CIADI es la de una condena a *la restitutio in integrum*; que es, por cierto, la tutela más respetuosa con la soberanía de los Estados –especialmente si se compara con una tutela de declaración de nulidad del actos ejecutivo o judicial de que se trate. Por esta razón, se considera que las excepciones al criterio de los daños irreparables deben excluirse con carácter general; de manera que la necesidad venga referida tan sólo a aquellos casos en que se ha de evitar un daño que la eventual sentencia condenatoria no pueda resarcir de ningún modo.

12.3.2. Urgencia

El otro criterio que han de valorar los tribunales CIADI a la hora de decidir sobre la adopción de medidas provisionales es el de la urgencia. Al igual que sucedía en el caso de la necesidad, la interpretación del criterio de urgencia también ha estado muy influenciada por la jurisprudencia del TIJ. Según una resolución de este tribunal varias veces citada en el sistema CIADI, «las medidas provisionales están únicamente justificadas si concurre urgencia en el sentido de que es probable que cualquiera de las dos partes tomen medidas perjudiciales contra la otra antes de que se emita la resolución definitiva»¹²⁹⁵. Además, en el

¹²⁹⁴ *Procedural Order n° 7. Decision on claimant's request for provisional measures* en *Nova Group Investmens BV c. Rumanía* (Caso CIADI n° ARB/16/19), de 29/III/2017, pág. 240.

¹²⁹⁵ Se trata de *Orden de medidas provisionales* en el asunto relativo al paso a través del estrecho de Belt (Finlandia c. Dinamarca), de 29/VII/1991, pág. 23; en *ICJ Reports*, 1991. Se puede encontrar citada en *Decisión sobre medidas provisionales* en *Occidental Petroleum Corporation et al. c. República del Ecuador* (Caso CIADI n° ARB/06/11), de 17/VIII/2007, pág. 91; y *Order n° 3* en *Tokios Tokelès c. Ucrania* (Caso CIADI n° ARB/02/18), de 18/I/2005, pág. 8.

caso de la urgencia, la doctrina del TIJ sobre este particular es también consolidada, y se suele considerar que concurre allí donde el riesgo de daño es inminente¹²⁹⁶.

En cuanto a la práctica CIADI, cabe destacar que en algunos casos la definición se ajusta a la doctrina del TIJ. Así, por ejemplo, el tribunal arbitral en el caso *Oxy c. Ecuador*, concluyó que «no existe peligro inminente de daño; tampoco siquiera una inminente probabilidad de daño»¹²⁹⁷. No obstante lo cual, lo cierto es que la práctica CIADI adopta, por regla general, una definición mucho más flexible de este presupuesto. Tales interpretaciones más flexibles pueden girar, primero, en torno a formulaciones más amplias que descartan la inminencia, como en *Burimi c. Albania*, donde el tribunal mantuvo que «normalmente existe urgencia cuando una cuestión no puede esperar al laudo sobre el fondo»¹²⁹⁸. Pero, en segundo lugar, tales formulaciones pueden ser interpretadas en el sentido de tener en cuenta varios factores a la hora de evaluar la urgencia, como lo ha entendido el tribunal de *Biwater c. Tanzania*, para quien el grado de urgencia requerido dependerá de las circunstancias, incluyendo entre ellas las medidas provisionales solicitadas¹²⁹⁹. Finalmente, un tercer tipo de interpretación más flexible se puede encontrar en la decisión sobre medidas provisionales de *Quiborax c. Bolivia*, donde el tribunal arbitral mantuvo que «si las medidas tienen por objeto proteger la integridad procesal del arbitraje, en especial respecto del acceso a las pruebas o su integridad, son urgentes por definición»¹³⁰⁰; afirmación supuestamente tautológica que, se entiende, vacía por completo el contenido de este presupuesto procesal de la urgencia.

¹²⁹⁶ Vid. *Orden de medidas provisionales* en el asunto relativo a *Avena y otros* (México c. Estados Unidos), de 5/II/2003, párrafos 55-56; en *ICJ Reports*, 2003. Nótese la similitud entre este caso y el asunto *LaGrand* analizado *supra*. En ambos casos, se podría sostener que el riesgo, además de inminente –en el caso *LaGrand*, incluso, se llegó a causar el daño con la ejecución del Sr. LaGrand-, revestía una gravedad especial. En este mismo sentido, vid. *Orden de medidas provisionales* en el asunto *Pasta de papel* –en inglés, *Pulp Mills-* (Argentina c. Uruguay), de 13/VII/2006, pág. 76; *ICJ Reports*, 2006.

¹²⁹⁷ *Decisión sobre medidas provisionales* en *Occidental Petroleum Corporation et al. c. República del Ecuador* (Caso CIADI nº ARB/06/11), de 17/VIII/2007, pág. 91. En el mismo sentido, vid. *Decisión sobre medidas provisionales* en *Teinver SA et al. c. República Argentina* (Caso CIADI nº ARB/09/1), de 8/IV/2016, pág. 234.

¹²⁹⁸ *Procedural Order No. 2 (Provisional Measures Concerning Security for Costs)* en *Burimi SRL et al. c. República de Albania* (Caso CIADI nº ARB/11/18), de 3/V/2012, pág. 36. En el mismo sentido, vid. *Order n° 3* en *Tokios Tokelès c. Ucrania* (Caso CIADI nº ARB/02/18), de 18/I/2005, pág. 8; y, por último, *Resolución Procesal No. 1, sobre la solicitud de medidas provisionales de Burlington Oriente* en *Burlington Resources Inc. et al. c. República del Ecuador et al.* (Caso CIADI nº ARB/08/5), de 29/VI/2009, pág. 36. En esta última, se cita además a la primera edición de *ICSID Convention: A Commentary* del profesor SCHREUER, quien entendía allí que hay urgencia «cuando una cuestión no puede esperar al resultado del laudo sobre el fondo del asunto».

¹²⁹⁹ *Procedural Order n° 1* en *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania* (Caso CIADI nº ARB/05/22), de 31/III/2006, pág. 76.

¹³⁰⁰ *Decisión sobre medidas provisionales* en *Quiborax SA et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia* (Caso CIADI nº ARB/06/2), de 26/II/2010, pág. 153.

Por último, cabría preguntarse si este presupuesto de la urgencia es asimilable al de *periculum in mora*, propio de la doctrina procesalista¹³⁰¹. Hay razones para creerlo así. En primer lugar, porque ambos se refieren a lo mismo, es decir, al riesgo de que, por el paso del tiempo, se frustren los objetivos del proceso materializados en el eventual laudo –en el caso del sistema CIADI- o de la eventual sentencia condenatoria –en el caso del Derecho procesal. En segundo lugar, porque ya se han utilizado ambos conceptos como sinónimos. Así, el reputado procesalista italiano CHIOVENDA llegó a escribir, a propósito de las condiciones de la medida provisional, que «acerca de la posibilidad del daño, debe examinar el juez: si las circunstancias de hecho dan serio motivo para temer el hecho dañoso; si el hecho es urgente y por lo mismo es necesario proveer en vía provisional; cuál sea la mejor manera de proveer»¹³⁰².

Ahora bien, la evitación del *periculum in mora* no parece agotarse en la mera urgencia, sino que también exige que la medida sea necesaria para evitar un daño irreparable. En este sentido, se ha de entender que los presupuestos de urgencia y necesidad –o, si se prefiere, la amenaza de un daño inminente e irreparable anterior al laudo-, entendidos conjuntamente, dan lugar a un concepto, si no idéntico –ya que, como se ha manifestado en el párrafo anterior, el objeto que protegen no es exactamente el mismo: en un caso el proceso, en otro la efectividad de la eventual sentencia condenatoria-, sí análogo al de riesgo por demora procesal.

12.3.3. Otros presupuestos

12.3.3.1. Proporcionalidad

Cuando se habla de proporcionalidad en la doctrina del Derecho procesal, se hace referencia a que la medida adoptada debe ser la menos gravosa para el demandado de entre aquellas que se consideren eficaces para lograr el objetivo perseguido¹³⁰³; lo mismo se ha afirmado para el caso del arbitraje CNUDMI¹³⁰⁴. Tal

¹³⁰¹ Con todo, es necesario recordar que el concepto de *periculum in mora* puede tener dos contenidos distintos, a juicio de CALAMANDREI. El primero de ellos es al que se ha hecho referencia aquí, es decir, el riesgo de que la dilación temporal del proceso frustre una eventual condena. Pero el *periculum in mora*, en algunos casos, puede ir dirigido no a conjurar tal riesgo, sino a acelerar por vía provisoria la tutela que se pide, con el objetivo de evitar que se continúe causando un perjuicio en la parte que solicita del tribunal la tutela. Vid. CALAMANDREI, P. (AYERRA MARÍN, Trad.); *Introducción...*; págs. 71-73. Se entiende que, en este último caso, la apariencia de buen derecho ha de ser más manifiesta.

¹³⁰² CHIOVENDA, G.; *Principios...*; pág. 284.

¹³⁰³ Como explica CORDÓN MORENO, «el principio de proporcionalidad deriva un derecho [del demandado] a no sufrir más perjuicios que los que sean necesarios para cumplir el fin asegurativo de las medidas». Vid. CORDÓN MORENO, F.; «Principio de proporcionalidad y congruencia de la resolución que adopta las medidas cautelares» en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 674, 2005; pág. 4.

presupuesto es, tras la urgencia y la necesidad, el más citado en la práctica CIADI. Dentro de este ámbito, el tribunal de *Hydro c. Albania* ha establecido su contenido, al considerar que el juicio de proporcionalidad obliga al tribunal a hacer un balance entre el perjuicio causado por la medida a quien la deba soportar y el perjuicio causado a quien la solicita si dicha medida es denegada¹³⁰⁵.

Su aplicación práctica parece estar constreñida por dos factores. El primero de dichos factores es su uso, increíblemente recurrente en los últimos meses, cuando lo que se solicita es la suspensión de un proceso penal en el Estado receptor. Tales situaciones implican siempre una intromisión en un ámbito de soberanía especialmente delicado de los Estados, la aplicación del Derecho penal. Y lo cierto es que la práctica CIADI no muestra consenso a la hora de aceptar o denegar tales solicitudes, aceptándolas en algunos casos¹³⁰⁶ y denegándolas en algún otro¹³⁰⁷. No obstante, bien es cierto que no se puede afirmar que la proporcionalidad sólo sea alegada ante solicitudes de medidas de este tipo, habiendo aparecido ante solicitudes de depósito de caución para litigar¹³⁰⁸, y ante solicitudes de ordenar la abstención de cobrar ciertas deudas o rescindir o modificar ciertos contratos de participación¹³⁰⁹. El otro de dichos factores es que, en no pocas ocasiones, la proporcionalidad es alegada por una o ambas partes, pero no es abordada por el tribunal arbitral, lo que se podría deber a que se trata de un presupuesto con poca tradición en la práctica arbitral CIADI¹³¹⁰.

¹³⁰⁴ En este sentido, han escrito PAULSSON y PETROCHILOS que el Reglamento de arbitraje CNUDMI de 2010 realiza una «ponderación entre el daño que podría causarse a la parte contra la cual se dirige la medida si dicha medida es adoptada». Vid. PAULSSON, J.; PETROCHILOS, G.; *UNCITRAL Arbitration...*; pág. 223. En el mismo sentido, vid. CROFT, C.; KEE, C.; WAINCYMER, J.; *A Guide to...*; pág. 287. En efecto, el artículo 26.3 del Reglamento CNUDMI de 2010 establece de forma expresa que «la parte que solicite alguna medida cautelar [...] deberá convencer al tribunal arbitral de que: a) De no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño [...] que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida...».

¹³⁰⁵ *Order on provisional measures* en *Hydro SRL et al. c. República de Albania* (Caso CIADI nº ARB/15/25), de 3/III/2016, pág. 37.

¹³⁰⁶ Vid. *Decisión sobre medidas provisionales* en *Quiborax SA et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia* (Caso CIADI nº ARB/06/2), de 26/II/2010, párrafos 70 y 165; *Order on provisional measures* en *Hydro SRL et al. c. República de Albania* (Caso CIADI nº ARB/15/25), de 3/III/2016, párrafos 3.37 a 3.41; *Procedural Order nº 7. Decision on claimant's request for provisional measures* en *Nova Group Investments BV c. Rumanía* (Caso CIADI nº ARB/16/19), de 29/III/2017, párrafos 242 y 314-232. En este último caso, se recomendó la suspensión de la ejecución de una OEDE.

¹³⁰⁷ *Decision on claimant's application for provisional measures and temporary relief* en *Italba Corporation c. República Oriental del Uruguay* (Caso CIADI nº ARB/16/9), de 15/II/2017, párrafos 32 y 102; *Procedural Order nº 7. Decision on claimant's request for provisional measures* en *Nova Group Investments BV c. Rumanía* (Caso CIADI nº ARB/16/19), de 29/III/2017, párrafos 326-365.

¹³⁰⁸ Vid. *Procedural Order no. 3 (Decision on Respondent's Request for Provisional Measures)* en *Eskosol SpA in liquidazione c. República italiana* (Caso CIADI nº ARB/15/50), de 12/IV/2017, párrafos 32, 36, 38-39.

¹³⁰⁹ Vid. *Decisión sobre medidas provisionales* en *Perenco Ecuador Ltd. c. República del Ecuador et al.* (Caso CIADI nº ARB/08/6), de 8/V/2009, pág. 36.

¹³¹⁰ Así ha sucedido en *Resolución Procesal No. 1, sobre la solicitud de medidas provisionales de Burlington Oriente* en *Burlington Resources Inc. et al. c. República del Ecuador et al.* (Caso CIADI nº

Más allá de estas consideraciones, se podría plantear la relación entre el presupuesto de la proporcionalidad, según es entendido por la práctica CIADI, y el de *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho de la tradición procesalista. Este presupuesto común de las medidas cautelares en Derecho interno es el resultado de, en palabras de CALAMANDREI, una cognición mucho más expeditiva y superficial que la ordinaria¹³¹¹. La intensidad de la apariencia de buen derecho, como ha puesto de relieve BARONA VILAR, variará atendiendo a la intromisión que realice la medida cautelar concreta en la esfera jurídica del demandado¹³¹².

Así las cosas, no parece desacertado sostener que la relación entre un concepto y otro es estrecha: la intensidad de la apariencia de buen derecho reduce las probabilidades de adoptar una medida desproporcionada –según el criterio de proporcionalidad seguido en el sistema CIADI-, ya que las cargas o deberes impuestos a quien deba soportar las medidas parecerán más justificadas. A pesar de lo cual, no se podría afirmar que entre ambos conceptos subyace una relación de identidad o equivalencia, sino simplemente una relación directamente proporcional: a mayor intensidad de apariencia de buen derecho, mayor proporcionalidad en la decisión adoptada por el tribunal arbitral.

12.3.3.2. Especificidad de la medida solicitada

La especificidad de la medida provisional, frente a su generalidad, fue defendida por la demandada en el caso *Nova Group c. Rumanía*. La postura del tribunal fue la de admitir que coincidía con tal alegación, si bien entendía que la especificidad de la medida se podría derivar de los requisitos de urgencia, necesidad y proporcionalidad¹³¹³. Lo cierto es que este tribunal interpretó la especificidad en el sentido de que la medida ha de ser limitada y no afectar a más derechos que aquéllos que deben ser protegidos. En este sentido, no cabe más que concordar con la perspectiva del tribunal de *Nova Group c. Rumanía*, por lo menos en parte, ya que la especificidad así entendida es un requisito de la proporcionalidad en sentido amplio.

Pero aún habría otra forma de entender la especificidad, que ha puesto de relieve SCHREUER. Para este influyente académico, «el grado de especificidad de las medidas provisionales es muy variable. Algunas indican exactamente los pasos que

ARB/08/5), de 29/VI/2009, párrafos 30 y 32; *Decision on claimant's application for provisional measures and temporary relief* en *Italba Corporation c. República Oriental del Uruguay* (Caso CIADI n° ARB/16/9), de 15/II/2017; y en *Decision on the applicant's urgent application for provisional measures regarding the temporary stay of execution and the escrow arrangement* en *Bernhard von Pezold et al. c. República de Zimbabue* (Caso CIADI n° ARB/10/25), de 22/VIII/2017, pár. 13.

¹³¹¹ CALAMANDREI, P. (AYERRA MARÍN, Trad.); *Introducción...*; págs. 76-77.

¹³¹² BARONA VILAR, S.; *Medidas cautelares...*; op. cit., pág. 210.

¹³¹³ Vid. *Procedural Order n° 7. Decision on claimant's request for provisional measures* en *Nova Group Investmens BV c. Rumanía* (Caso CIADI n° ARB/16/19), de 29/III/2017, pár. 243.

se han de seguir, mientras otras tienen un alto nivel de abstracción y sólo contienen directrices generales de comportamiento de las partes»¹³¹⁴. Esta segunda acepción de especificidad no parece que pueda tomarse como presupuesto de las medidas provisionales. En algunos casos, la tutela provisional solicitada será muy específica, porque vendrá referida a un acto muy concreto que se considera lesivo para la parte que la solicita; mientras que en otro, podrá consistir en la simple solicitud de que la contraparte se abstenga de realizar una más o menos amplia gama de conductas que puedan lesionar alguno de los intereses protegidos por las medidas provisionales. Es razonable sostener que ambos casos son plenamente respetuosos con la naturaleza de las medidas provisionales en el sistema CIADI.

12.3.3.3. Las medidas provisionales no pueden prejuzgar el fondo del litigio

También se trata de una alegación realizada en el asunto *Nova Group c. Rumanía*, siendo tal alegación aceptada por el tribunal arbitral¹³¹⁵. Pero, aunque efectivamente las medidas provisionales no deban prejuzgar el fondo del litigio, no parece que esto se trate de un presupuesto para la adopción de tales medidas. Como mucho, se estará ante una característica de las medidas provisionales, muy ligada a su finalidad instrumental. Pero aún resulta más extraña tal propuesta cuando se tiene en cuenta que, a la hora de recomendar una medida provisional, los tribunales CIADI no entran siquiera a valorar la apariencia de buen derecho, lo que sin duda podría suponer el riesgo de entrar a conocer del fondo del asunto –si bien hay que tener en cuenta que, cuando se plantean estos casos ante la jurisdicción ordinaria, el riesgo se evita al tratarse de una cognición basada en indicios, y no en pruebas, lo que se reserva para la fase declarativa.

12.3.3.4. Concurrencia *prima facie* de jurisdicción

Se trata de un presupuesto que han puesto de relieve SINCLAIR y REPOUSIS¹³¹⁶, que también es común encontrarlo aplicado en la práctica CIADI¹³¹⁷ y, además, que

¹³¹⁴ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., pág. 779.

¹³¹⁵ Vid. *Procedural Order n° 7. Decision on claimant's request for provisional measures* en *Nova Group Investmens BV c. Rumanía* (Caso CIADI n° ARB/16/19), de 29/III/2017, pág. 244.

¹³¹⁶ Vid. SINCLAIR, A.C.; REPOUSIS, O.G.; «*An overview...*»; págs. 436-437

¹³¹⁷ Se puede encontrar una valoración *prima facie* de la jurisdicción en *Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes* en Víctor Pey Casado et al. c. República de Chile (Caso CIADI n° ARB/98/2), de 25/I/2001, párrafos 6-13; *Decisión sobre solicitud de medidas provisionales* en *Convial Callao SA et al. c. República del Perú* (Caso CIADI n° ARB/10/12), de 22/II/2011, párrafos 73-78; *Procedural Order n° 3. Provisional measures* en *Churchill Mining PLC c. República de Indonesia* (Caso CIADI n° ARB/12/14), de 4/III/2013, párrafos 36-41; *Procedural Order n° 5* en *Bernhard von Pezold et al. c. República de Zimbabue* (Caso CIADI n° ARB/10/15) y en

es común en la jurisprudencia del TIJ¹³¹⁸. Para este tribunal, «cuando se solicitan medidas provisionales el TIJ no necesita [...] decidir sobre su jurisdicción [...] simplemente debe abstenerse de actuar si la ausencia de jurisdicción es manifiesta»¹³¹⁹. La postura mantenida por los tribunales CIADI es en esencia la misma. Así, el tribunal de *Convial Callao c. Perú* afirmó que si el tribunal llegase a la conclusión de que, *prima facie*, carece de jurisdicción, entonces debe abstenerse de decretar medidas provisionales¹³²⁰.

Bien pensado, este presupuesto no parece tanto un presupuesto de la adopción de medidas provisionales, sino más bien un presupuesto de la potestad del tribunal de adoptar tales medidas. En efecto, los presupuestos de urgencia, necesidad y, si se desea, proporcionalidad, atienden a la situación de hecho tutelable mediante medidas provisionales, mientras que la concurrencia *prima facie* de jurisdicción atiende al órgano que toma tales medidas. Más allá de esta precisión terminológica, hay que decir que tal presupuesto ha de ser plenamente exigible, ya que, en caso contrario, el tribunal estaría actuando de manera abusiva, causando un perjuicio inexigible a la parte que haya de soportar la medida que se dicte.

12.4. Intereses tutelados mediante las medidas provisionales y tipos de medidas provisionales

Nada recogen ni el Convenio CIADI ni las Reglas de Arbitraje acerca de los derechos que pueden ser tutelados mediante medidas provisionales, ni acerca de los tipos de medidas que se pueden adoptar en particular. En este sentido, el sistema CIADI sigue el camino trazado por la mayoría de leyes nacionales de arbitraje, que consiste en no establecer ni los derechos que se han de proteger, ni una lista, abierta o no, con los tipos de medidas concretas que se pueden recomendar. Existe entonces la necesidad de determinar ambos extremos, para lo cual se hará necesario acudir al Derecho comparado, a la doctrina y a la práctica arbitral CIADI.

Border Timbers Ltd. et al. c. República de Zimbabue (Caso CIADI nº ARB/10/25), párrafos 43-54; *Decision on Respondent's Application for Provisional Measures* en *United Utilities (Tallin) BV et al. c. República de Estonia* (Caso CIADI nº ARB/14/24), de 12/V/2016, pág. 89.

¹³¹⁸ Vid. UCHKUNOVA, I.; «*Provisional measures before the International Court of Justice*» en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*; núm. 12, 2013; págs. 391-430 (en particular, págs. 398-404).

¹³¹⁹ Orden de protección provisional en el asunto relativo a Jurisdicción en materia de pesca (Alemania c. Islandia), de 17/VII/1972, pág. 15; en *ICJ Reports*, 1972.

¹³²⁰ *Decisión sobre solicitud de medidas provisionales* en *Convial Callao SA et al. c. República del Perú* (Caso CIADI nº ARB/10/12), de 22/II/2011, pág. 73.

En cuanto al Derecho comparado, la solución generalmente aceptada es la de no recoger los derechos que pueden ser tutelados por las medidas provisionales. Mientras que las pocas leyes nacionales que abordan los fines a los que sirven las medidas provisionales coinciden en los siguientes: a) el mantenimiento del *statu quo* en espera de que se resuelva la controversia; b) la protección contra daños actuales o inminentes o el menoscabo del proceso arbitral; c) el aseguramiento de la efectividad del laudo; d) la preservación de elementos de prueba¹³²¹. Idéntica redacción ha recibido el Reglamento CNUDMI de 2010 (art. 26)¹³²².

En lo referente al arbitraje comercial internacional, REDFERN y HUNTER han recogido las siguientes finalidades de las medidas provisionales, que son en parte coincidentes con las anteriores: garantizar la asistencia de testigos, garantizar la conservación de la prueba, ordenar la producción de prueba documental, preservar el *statu quo* y hacer respetar la excepción de arbitraje¹³²³, siendo que, en otras versiones del texto se recoge la finalidad de garantizar el pago de costas¹³²⁴. Por su parte, GOLDMAN resumía en tres las finalidades a que pueden responder las medidas provisionales en el arbitraje comercial internacional: preservar el estado de la cuestión, lo que aseguraría la ejecución efectiva del laudo arbitral; estabilizar la relación jurídica entre las partes durante el proceso y asegurar la prueba disponible¹³²⁵.

También GARCIMARTÍN ALFÉREZ ha realizado una clasificación de la tipología de medidas provisionales dentro del arbitraje comercial internacional. Sostiene este autor que tal tipología vendría compuesta por: a) medidas anticipatorias, dirigidas a evitar daño inminente sobre el objeto del litigio; b) medidas de aseguramiento, consistente básicamente en el embargo preventivo, normalmente sobre bienes «vinculados a la relación jurídica litigiosa»; c) medidas que prohíban a las partes plantear el litigio ante tribunales estatales o solicitar ante éstos medidas cautelares; y d) medidas de instrucción, como la de ordenar la presentación de ciertos documentos o invitar a alguien a comparecer como testigo¹³²⁶. Para este autor, además, nada impide que los árbitros en esta modalidad arbitral puedan imponer penalizaciones de naturaleza privada para casos de incumplimiento de las medidas provisionales adoptadas, así como

¹³²¹ Así el DLArb peruano (art. 47.2), la AO hongkonesa (sec. 35), la LAV portuguesa (art. 20.2) y los Estatutos floridenses (sec. 684.0018).

¹³²² Para un estudio de cada uno de estos intereses tutelables dentro del arbitraje CNUDMI, vid. CROFT, C.; KEE, C.; WAINCYMER, J.; *A Guide to...*; págs. 288-292.

¹³²³ Vid. REDFERN, A.; HUNTER, M.; BLACKABY, N.; PARTASIDES, C.; *Redfern and Hunter...*; op. cit., pág. 427

¹³²⁴ Vid. REDFERN, A.; HUNTER, M.; BLACKABY, N.; PARTASIDES, C.; *Teoría y práctica de Arbitraje Comercia Internacional*, 4ª Ed.; Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 490-491.

¹³²⁵ GOLDMAN, C.; «*Mesures provisoires et arbitrage international*» en *Revue de droit des affaires internationales*, núm 1, 1993; pág. 5.

¹³²⁶ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.; *El régimen...*; págs. 194-196.

indemnizaciones para los casos en que se ordene una medida provisional injusta¹³²⁷.

La solución adoptada por la doctrina que ha abordado el estudio del sistema CIADI parece estar muy influida por las teorías provenientes del arbitraje comercial internacional. No obstante, se puede decir que, en líneas generales, tampoco existe consenso en torno a este punto, resultando que algunos autores enumeran medidas más generales y otros se decantan por medidas más específicas. A pesar de ello, se podría proponer una clasificación basada en los puntos en común de todas las sugerencias planteadas. Tal clasificación sería la siguiente:

- Medidas destinadas a no agravar la diferencia y mantener el *statu quo* entre las partes¹³²⁸;
- Medidas dirigidas a evitar la frustración del laudo¹³²⁹;
- Medidas tendentes a garantizar la exclusividad del procedimiento arbitral CIADI¹³³⁰;
- Medidas protectoras de la integridad del procedimiento¹³³¹;
- Medidas de aseguramiento de prueba¹³³²;
- Medidas aseguradoras de una eventual condena en costas¹³³³.

Será a partir de esta clasificación que se aborde el estudio de las medidas específicas que han sido adoptadas por la práctica CIADI para conseguir cada una de las finalidades enumeradas.

12.4.1. Medidas destinadas a no agravar la diferencia y mantener el *statu quo* entre las partes

¹³²⁷ Ídem, págs. 196-197.

¹³²⁸ Vid. WEBSTER, T.H.; *Handbook...*; op. cit., págs. 531-533 SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., págs. 793-795; MALINTOPPI, L.; «*Provisional measures in recent ICSID proceedings: what parties request and what tribunals order*» en BINDER, C.; KRIEBAUM, U; REINISCH, A.; WITTICH, S. (Eds.); *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*; Oxford University Press, Oxford, 2009; pág. 168; SINCLAIR, A.C.; REPOUSIS, O.G.; «*An overview...*»; págs. 440-441.

¹³²⁹ MALINTOPPI, L.; «*Provisional measures...*»; pág. 168.

¹³³⁰ SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., págs. 784-793; SINCLAIR, A.C.; REPOUSIS, O.G.; «*An overview...*»; pág. 442.

¹³³¹ WEBSTER, T.H.; *Handbook...*; op. cit., págs. 533-534; SCHREUER, C.H.; *The ICSID...*; op. cit., págs. 795-796; MALINTOPPI, L.; «*Provisional measures...*»; págs. 170-172; SINCLAIR, A.C.; REPOUSIS, O.G.; «*An overview...*»; págs. 442-443.

¹³³² WEBSTER, T.H.; *Handbook...*; op. cit., pág. 536; SCHREUER, C.H.; MALINTOPPI, L.; REINISCH, A.; SINCLAIR, A.; *The ICSID Convention...*; págs. 780-782.

¹³³³ WEBSTER, T.H.; *Handbook...*; op. cit., págs. 534-535; SCHREUER, C.H.; MALINTOPPI, L.; REINISCH, A.; SINCLAIR, A.; *The ICSID Convention...*; págs. 782-784.

Lo que se pretende con este tipo de medidas es que las partes no desconozcan las obligaciones que habían adquirido entre ellas antes del surgimiento del pleito o que no lleven a cabo ciertas acciones que podrían perjudicar a la otra parte mientras el procedimiento arbitral está en marcha. Entre las medidas de este tipo que han recomendado los tribunales CIADI se encuentran las siguientes:

- Una declaración invitando a las partes a impedir todo acto que pueda agravar la controversia entre las partes¹³³⁴;
- La prohibición, dirigida a un Estado receptor, de ejecutar el cobro de ciertas deudas que habían dado pie al litigio, cuyo acreedor era el Estado receptor y cuyo deudor era el demandante¹³³⁵;
- La orden de abrir una cuenta en la que depositar todas las deudas que, según el demandado, tenía el actor a su favor y cuya legalidad el actor cuestionaba¹³³⁶;
- La prohibición, dirigida a un Estado receptor, de abrir procesos judiciales contra los demandantes o agentes suyos. Pero no porque ello implicase la existencia de un proceso sobre el mismo objeto procesal, sino porque podría deberse a un intento de intimidar al demandante¹³³⁷;
- La prohibición, dirigida al Estado receptor, de dar a conocer a la prensa tales procedimientos con el objetivo de intimidar al demandante¹³³⁸;
- La orden, dirigida al Estado receptor, de suspender la solicitud de una OEDE dirigida contra el demandante¹³³⁹;

¹³³⁴ Vid. *Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes* en Víctor Pey Casado et al. c. República de Chile (Caso CIADI n° ARB/98/2), de 25/I/2001, parte dispositiva, numeral 4; *Decisión sobre medidas provisionales* en Teinver SA et al. c. República Argentina (Caso CIADI n° ARB/09/1), de 8/IV/2016, parte dispositiva.

¹³³⁵ Tales deudas habían nacido a partir de una enmienda a la Ley de Hidrocarburos e implicaban una nueva proporción en el reparto de los ingresos provenientes de la venta de crudo entre la demandante, una empresa petrolífera, y el demandado, el Estado ecuatoriano. Vid. *Decisión sobre medidas provisionales* en City Oriente Ltd. c. República del Ecuador et al. (Caso CIADI n° ARB/06/21), de 19/XI/2007, parte dispositiva, numeral 1. La misma medida fue recomendada en un caso nacido a partir del mismo conflicto, *Perenco c. Ecuador*. Vid. *Decisión sobre medidas provisionales* en Perenco Ecuador Ltd. c. República del Ecuador et al. (Caso CIADI n° ARB/08/6), de 8/V/2009, pág. 79.

¹³³⁶ *Resolución Procesal No. 1, sobre la solicitud de medidas provisionales de Burlington Oriente* en Burlington Resources Inc. et al. c. República del Ecuador et al. (Caso CIADI n° ARB/08/5), de 29/VI/2009, parte dispositiva.

¹³³⁷ *Decisión sobre medidas provisionales* en City Oriente Ltd. c. República del Ecuador et al. (Caso CIADI n° ARB/06/21), de 19/XI/2007, parte dispositiva, numeral 1; *Decisión sobre medidas provisionales* en Quiborax SA et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia (Caso CIADI n° ARB/06/2), de 26/II/2010, parte dispositiva. Sin embargo, no existe consenso alguno a la hora de tomar tales medidas, como se puso de manifiesto en el apartado anterior.

¹³³⁸ *Decisión sobre medidas provisionales* en Teinver SA et al. c. República Argentina (Caso CIADI n° ARB/09/1), de 8/IV/2016, parte dispositiva.

- La orden, dirigida al Estado receptor, de abstenerse de impedir a los agentes del demandante la libre circulación, para que pudiesen participar en el arbitraje CIADI¹³⁴⁰;
- La prohibición, dirigida al Estado receptor, de dar por terminado un contrato entre las partes del arbitraje¹³⁴¹;
- La prohibición, dirigida al Estado receptor, de abstenerse de ocasionar cualquier daño personal o material a uno de los demandantes y a su familia¹³⁴².

12.4.2. Medidas dirigidas a evitar la frustración del laudo

De estas medidas se podría afirmar que son auténticas medidas cautelares, pues, en esencia, buscan lo mismo que éstas: garantizar la efectividad de un eventual laudo condenatorio. Lo cierto es que la práctica totalidad de estas medidas han sido rechazadas por los tribunales CIADI¹³⁴³. Este resultado es lógico, si se piensa que muchas veces tales solicitudes –siempre realizadas por la parte actora- van encaminadas a lograr el depósito de ciertos bienes o la orden de abstenerse de disponer de tales bienes dirigida al Estado.

Sin embargo, los tribunales CIADI no están facultados para establecer este tipo de obligaciones, puesto que la pretensión que se deriva de los TBI consiste en una indemnización frente al Estado receptor, pero no en obligaciones de, póngase por caso, devolver lo expropiado. Esto es lógico, además, por cuanto que lo que no puede hacer el tribunal CIADI es anular actos soberanos de los Estados, ya que eso es contrario al principio de respeto a la soberanía de los mismos.

No obstante, en dos recientes decisiones sobre medidas provisionales se adoptaron este tipo particular de medidas. En una, el tribunal recomendó que la parte demandada, el Estado de Papúa Nueva Guinea, se abstuviese de vender a

¹³³⁹ *Procedural Order n° 7. Decision on claimant's request for provisional measures* en Nova Group Investmens BV c. Rumanía (Caso CIADI n° ARB/16/19), de 29/III/2017, pár. 365.

¹³⁴⁰ *Decisión sobre solicitud de medidas provisionales* en Convial Callao SA et al. c. República del Perú (Caso CIADI n° ARB/10/12), de 22/II/2011, pár. 125 y parte dispositiva. En el mismo sentido, *Decision on the claimant's urgent application for provisional measures* en Gavrilović and Gavrilović DOO c. República de Croacia (Caso CIADI n° ARB/12/39), de 19/III/2015, parte dispositiva.

¹³⁴¹ *Decisión sobre medidas provisionales* en City Oriente Ltd. c. República del Ecuador et al. (Caso CIADI n° ARB/06/21), de 19/XI/2007, parte dispositiva, numeral 1.

¹³⁴² *Decision on the applicant's urgent application for provisional measures regarding the temporary stay of execution and the escrow arrangement* en Bernhard von Pezold et al. c. República de Zimbabwe (Caso CIADI n° ARB/10/25), de 22/VIII/2017, pár. 65.

¹³⁴³ *Decision on provisional measures* en Phoenix Action Ltd. c. República Checa (Caso CIADI n° ARB/06/5), de 6/IV/2007, pár. 47; *Decision on the claimants' request for provisional measures* en Cemex Caracas Investments BV et al. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI n° ARB/08/15), de 3/III/2010, pár. 73; *Decisión sobre medidas provisionales* en Occidental Petroleum Corporation et al. c. República del Ecuador (Caso CIADI n° ARB/06/11), de 17/VIII/2007, pár. 101.

terceros las acciones de la sociedad mercantil que antes era propiedad del demandante y, además, se ordenó que el Estado demandando se abstuviese, asimismo, de proceder a una reestructuración de la sociedad¹³⁴⁴. Finalmente, en otra resolución reciente se ordenó al Estado albanés a conservar los activos que el demandante reclamaba como suyos¹³⁴⁵.

Como se defendió antes, no se considera ajustado a Derecho que los tribunales CIADI tomen este tipo de medidas. La única medida de este tipo que, quizá, pueda estar habilitado a tomar, sea la de ordenar el depósito de una cantidad de dinero para afrontar eventuales condenas. A pesar de ello, la alta efectividad del sistema deslocalizado de ejecución de laudos CIADI, unido a las características del patrimonio de los Estados –que suelen tener propiedades en el territorio de un amplio número de Estados-, no parece tan siquiera sugerir que una medida de este tipo pueda llegar a ser necesaria.

12.4.3. Medidas tendentes a garantizar la exclusividad del procedimiento arbitral CIADI

El artículo 26 del Convenio establece que «salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso». Las medidas estudiadas en este apartado son aquellas destinadas a hacer efectiva esta disposición.

Como norma general, la suscripción de un convenio arbitral excluye la competencia de los tribunales ordinarios para conocer del fondo del asunto. La doctrina procesalista española se ha referido a esta consecuencia como «el efecto negativo del arbitraje», el cual CABALLOL ANGELATS ha definido como «el deber de abstención de los tribunales consistente en no continuar la tramitación del proceso de declaración pendiente ante ellos para dejar que sea resuelto por medio de arbitraje»¹³⁴⁶. Siendo que el medio técnico previsto para invocar el efecto negativo del arbitraje es conocido como la «excepción de arbitraje»¹³⁴⁷.

¹³⁴⁴ *Decision on the claimant's request for provisional measures* en PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Estado Independiente de Papúa Nueva Guinea (Caso CIADI nº ARB/13/33), de 21/1/2015; pág. 171.

¹³⁴⁵ *Order on provisional measures* en Hydro SRL et al. c. República de Albania (Caso CIADI nº ARB/15/25), de 3/III/2016, pág. 5.2.

¹³⁴⁶ Vid. CABALLOL ANGELATS, L.; *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*; JM Bosch Editor, Barcelona, 1997; pág. 38. Una definición muy similar la da GONZÁLEZ MONTES: «el efecto negativo que se sigue del convenio supone una exclusión del ejercicio de la potestad jurisdiccional sobre el objeto del mismo»; vid. GONZÁLEZ MONTES, J.L.; «La excepción de arbitraje» en *Revista jurídica española La Ley*, vol. 1, 1990; pág. 1160.

¹³⁴⁷ Vis. CABALLOL ANGELATS, L.; *El tratamiento...*; pág. 51.

Lo que en Derecho continental se consigue mediante el planeamiento de una excepción procesal autónoma –al entender de GONZÁLEZ MONTES y CABALLO ANGELATS, que basaban sus estudios en la anterior Ley de Arbitraje de 1988 y en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881-, o de una declinatoria (vid. art. 63.1 LEC); en Derecho anglosajón se consigue a través de medidas provisionales, de naturaleza más bien autosatisfactiva, dirigidas a las partes del proceso. Tales medidas procesales toman el nombre de «*antisuit injunctions*», expresión que puede ser traducida como «interdicto de acción» u «orden de abstenerse de demandar». Una definición de las mismas la proporciona MARÍN NAROS, como «medida cautelar consistente en una orden dirigida a la parte de un proceso para que no inicie, continúe o incluso renuncie a las acciones judiciales emprendidas en otro proceso, ya sea judicial o arbitral»¹³⁴⁸. Y parece que ha sido este modelo el que ha imperado en la práctica CIADI a la hora de tratar procesalmente la excepción del artículo 26¹³⁴⁹.

En el arbitraje CIADI, con el objeto de amparar la exclusividad del procedimiento arbitral se han recomendado medidas provisionales para impedir a un Estado receptor que sus tribunales declarasen en rebeldía al demandante en un procedimiento relacionado con el arbitraje¹³⁵⁰.

12.4.4. Medidas de aseguramiento de prueba

Se ha decidido denominar como «medidas de aseguramiento de prueba» a aquéllas que tienen por objeto garantizar que todas las fuentes de prueba estén disponibles para la fase declarativa del arbitraje CIADI. Frente a las medidas de aseguramiento de prueba del art. 297 LEC, se distinguen porque no se tienen por qué solicitar con el inicio del procedimiento, aunque se suele hacer así. Frente a figuras del Derecho anglosajón como el *discovery* o el *disclosure*, esta figura se distingue por su objetivo, que no es tanto de garantizar la equidad entre las partes que se conseguiría evitando la proposición de prueba sorpresiva, cuanto que el de garantizar que el procedimiento no se verá frustrado por la mala fe de una parte.

¹³⁴⁸ Vid. MARÍN NAROS, H.D.; «*Las antisuit injunctions (medidas cautelares antijuicio) en Derecho estadounidense*» en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 732, 2012; págs. 2165-2198; la cita es de las págs. 2166-2167. Con todo, no se comparte que las *injunctions* tengan carácter de medidas cautelares, pues en ellas está ausente la nota esencial de la instrumentación.

¹³⁴⁹ Merece notarse que no es esta la única solución que, en principio, estaría disponible para hacer valer el artículo 26 del Convenio. Debe tenerse presente en tal sentido la función que compete al Secretario General del CIADI, de realizar todas las actividades necesarias para llevar a efecto las disposiciones del Convenio (art. 6.3 del Convenio). También hubiese sido posible, se entiende, que el propio tribunal arbitral tuviese la potestad de comunicar a cualquier órgano de carácter jurisdiccional la pendencia del arbitraje CIADI. Con todo, la primera solución parecería la más acorde con el espíritu del Convenio.

¹³⁵⁰ Más que una declaración de rebeldía, situación en la que se hallaba de facto el demandante, lo que se intentó impedir es que se tomasen medidas sancionatorias típicas del *Common Law*, como son las dirigidas a reprimir las *Contempt of court*.

Las medidas que se han adoptado al amparo de esta finalidad en la práctica CIADI han consistido en:

- instar a una parte a preservar ciertos documentos relevantes para el procedimiento¹³⁵¹ y
- en ordenar dejar sin efecto una providencia judicial doméstica que impedía a un testigo declarar sobre información confidencial relativa a los hechos que habían dado lugar al pleito¹³⁵².

La relación de estas medidas con la confidencialidad son siempre problemáticas. Una muestra de esta tensa relación se puede apreciar en la decisión de medidas provisionales del tribunal de *Phoenix c. República Checa*, el cual denegó una petición de la parte actora en el sentido de ordenar la desclasificación de documentación confidencial en poder del gobierno checo. Ahora bien, en tal caso, una de las razones fue la indeterminación de la petición de la demandante, que no precisaba exactamente a qué documentos se refería su solicitud¹³⁵³.

No parece fácil proponer reglas generales de actuación que sirvan para decidir ante tales casos de tensión entre confidencialidad y necesidad de garantizar la prueba. Aunque deben tenerse en cuenta ciertas cuestiones de relevancia ante este particular. La primera es que las alegaciones de los Estados de que determinada información en su poder ha sido clasificada como «secreta» o «reservada», ha de ser tenida en cuenta por el tribunal, que no debe, sin más, rechazar las objeciones de los Estados, ya que ello sería una vulneración muy cuestionable de su soberanía. La clasificación de documentos suele venir vinculada a cuestiones de seguridad nacional y defensa del Estado y estar además regulada en instrumentos legales¹³⁵⁴, con lo cual los tribunales arbitrales habrán de ser extremadamente cautelosos a la hora de decidir si establecen a los demandados la carga de aportar tales documentos. Sin embargo, la posibilidad de clasificar documentos no puede servir para que los Estados se escuden en tal clasificación a la hora de eludir aportar documentos que son importantes de cara a probar ciertos extremos del debate. De esta manera, parece razonable exigir que los Estados justifiquen tal carácter reservado, aunque esa justificación no deba vincular al tribunal, que habrá de resolver de forma motivada. En todo caso, se ha de

¹³⁵¹ Se trataba, eso sí, de información relativa a cuentas bancarias, correspondencia y registro de cobros pertenecientes a la demandante, que habían sido incautados por agentes del gobierno tanzano; vid. *Procedural Order n° 1* en *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania* (Caso CIADI n° ARB/05/22), de 31/III/2006, párrafos 1-2.

¹³⁵² Vid. *Award* en *Sempra Energy International c. República Argentina* (Caso CIADI n° ARB/02/16), de 28/IX/2007, pár. 37.

¹³⁵³ *Decision on provisional measures* en *Phoenix Action Ltd. c. República Checa* (Caso CIADI n° ARB/06/5), de 6/IV/2007, párrafos 42-45.

¹³⁵⁴ Es el caso para España de la Ley 9/1968, de 5 de abril sobre secretos oficiales; en el caso de los EEUU, de la Orden Ejecutiva 13526 de 29/XII/2009; en el caso del Reino Unido, de las Leyes de secretos oficiales de 1911 y 1989.

salvaguardar, en este tipo de situaciones, la posibilidad de evitar que las resoluciones emitidas por el tribunal que incorporen ciertos pasajes de los documentos afectados

La segunda cuestión es que no parece que se pueda decir lo mismo de los inversores, quienes, en calidad de personas jurídicas o físicas gozan normalmente del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad, aunque, por un lado, tales derechos pueden ser limitados por los tribunales domésticos en ciertos casos y, por otro lado, la protección de tales derechos fundamentales no compete a los tribunales arbitrales CIADI, de modo que es obligado concluir que el grado de protección de unos secretos y otros no es igual.

La tercera es que ambas partes han consentido en someterse a la autoridad del tribunal y que, este tiene la obligación de dictar una resolución sobre el fondo, siendo necesario para ello la colaboración de las partes. Ante tal situación, parece que lo más razonable es entender que, si bien tales medidas son de cumplimiento obligatorio, el tribunal debe otorgar las garantías de confidencialidad necesarias para salvaguardar el derecho de las partes a mantener confidenciales ciertos datos o documentos. Y debe entenderse que dichas garantías deben ser reforzadas en el caso de secretos oficiales de los Estados que afecten a su seguridad nacional.

Por último, debe desatacarse que las dos medidas enumeradas supra están destinadas a cumplir la misma finalidad que otras dos disposiciones previstas en el Convenio CIADI. Se trata, por un lado, de los artículos 21 y 22 del Convenio, según los cuales los testigos que comparezcan en arbitrajes CIADI gozan de inmunidad frente a toda acción judicial dirigida frente a ellos por causa del desarrollo de sus funciones; aunque el CIADI puede renunciar a dicha inmunidad. Por otro lado, el artículo 43 del Convenio establece que los tribunales CIADI podrán solicitar de las partes la aportación de las fuentes de prueba que consideren necesarias. En cuanto al tratamiento procesal de ambos, este debe de ser distinto: el primer mecanismo, si es puesto en marcha por el tribunal arbitral¹³⁵⁵, ha de serlo a través de una medida provisional; mientras que el segundo se puede poner en marcha, mediante la emisión de una resolución procesal (vid. Regla 19) por parte del tribunal en el ejercicio de sus facultades de ordenación del procedimiento.

Ante tal escenario, surge, a la hora de ordenar la producción de prueba, la siguiente pregunta: ¿qué mecanismo es más apropiado para el tribunal: una medida provisional o una orden procesal emitida al amparo del artículo 43 del Convenio? La respuesta parece hallarse en los presupuestos de las medidas provisionales: cuando exista un riesgo de que se ocasione un daño irreparable e

¹³⁵⁵ No parece que nada obste a que el Consejo Administrativo del CIADI, en virtud del artículo 6.3 del Convenio, lleve a efecto la inmunidad de ciertos sujetos relacionados con la actividad del CIADI que establecen los artículos 21 y 22.

inminente a los derechos –sustantivos o procesales- de una de las partes, la decisión habrá de revestir la forma de medida provisional. En otro caso, cuando no se aprecie el referido riesgo, se habrá de ordenar la producción de prueba a través de una resolución procesal.

12.4.5. Medidas protectoras de la confidencialidad del arbitraje

Ni el Convenio ni las Reglas de Arbitraje establecen un deber de confidencialidad hacia las partes. Aunque se entiende que las partes pueden disponer que todo o parte del procedimiento se mantenga confidencial; si bien lo cierto es que la tendencia suele ser en el sentido de garantizar una mayor transparencia de los arbitrajes inversor-Estado. Ahora bien, para el caso de que las partes hubiesen acordado la confidencialidad de todo o de parte del procedimiento, el tribunal arbitral podrá obligar a una de dichas partes a cumplir con tal acuerdo.

Una situación de este tipo tuvo lugar en el asunto *World Duty Free c. Kenia*, en el que parte de los hechos juzgados se referían a la comisión de un delito de cohecho por parte de agentes del Estado keniano. En tal asunto, la demandante presuntamente había filtrado varias transcripciones de las audiencias sin el consentimiento de la demandada. La solución del tribunal fue recomendar a las partes a abstenerse de hacer públicas las grabaciones y transcripciones de las audiencias, y ello a pesar de que no existía acuerdo entre las partes sobre la confidencialidad del arbitraje¹³⁵⁶.

12.4.6. Medidas aseguradoras de una eventual condena en costas

Para MALINTOPPI, este tipo de medidas sería una especie más dentro de la categoría de medidas dirigidas a evitar la frustración del laudo¹³⁵⁷. Razón no le falta, si se toma en cuenta que algunas veces el pronunciamiento en costas tiene lugar junto con el laudo. Pero lo cierto es que la naturaleza de la obligación de resarcir daños a los inversores y la de la obligación de hacerse cargo de las costas es diferente: aquélla deriva del Derecho material, mientras que esta es una obligación derivada del propio proceso. Consecuencia lógica de esta diferencia es que aquel tipo de medidas es siempre solicitado por la parte actora, mientras que las medidas aseguradoras de una eventual condena en costas son siempre solicitadas por la parte demandada.

¹³⁵⁶ Vid. *Award* en *World Duty Free Company Ltd. c. República de Kenia* (Caso CIADI nº ARB/00/7), de 4/X/2006, pág. 16.

¹³⁵⁷ MALINTOPPI, L.; «*Provisional measures...*»; págs. 168-170.

En cuanto a su aplicación práctica, o notable en cuanto a este tipo de medidas es que se han solicitado en reiteradas ocasiones y en todas ellas han sido denegadas¹³⁵⁸. La justificación que se suele dar es que la tutela que permiten las medidas provisionales siempre ha de referirse a derechos existentes en el momento de la solicitud. Y en tales casos, una eventual condena en costas es un derecho hipotético, no actual.

Ciertamente se suele indicar que una solicitud de este tipo ha sido aceptada¹³⁵⁹. Pero en aquel caso, concurría una razón extraordinaria: la demandante contra la cual se ordenó el pago había iniciado otro arbitraje anterior contra otro Estado receptor, habiendo resultado condenada y negándose a satisfacer las costas del arbitraje y de comité *ad hoc* que ella misma había convocado para la anulación del laudo. Ante tal situación, lo que decidió el tribunal fue ordenar a afrontar los pagos adelantados a que se refiere la Regla 14 del Reglamento Administrativo y Financiero CIADI¹³⁶⁰.

12.5. Tratamiento procesal y ejecución de las medidas provisionales

12.5.1. Carácter obligatorio de las medidas provisionales

El verbo utilizado en el artículo 47 del Convenio, «recomendar», hace pensar que, en caso de que las partes hayan previsto su utilización, las medidas provisionales dictadas por los tribunales CIADI no serían obligatorias, sino simples recomendaciones que las partes pueden seguir o no según consideren conveniente. Sin embargo, tanto la práctica¹³⁶¹ como la doctrina¹³⁶² coinciden de forma

¹³⁵⁸ En tal sentido, vid. *Resolución procesal n° 2* en Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (Caso CIADI n° ARB/97/7), de 28/X/1999, párr. 2; *Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes* en Víctor Pey Casado et al. c. República de Chile (Caso CIADI n° ARB/98/2), de 25/I/2001, parte dispositiva, numeral 2; *Procedural Order no. 3 (Decision on Respondent's Request for Provisional Measures)* en Eskosol SpA in liquidazione c. República italiana (Caso CIADI n° ARB/15/50), de 12/IV/2017, párr. 46; *Procedural Order No. 2 (Provisional Measures Concerning Security for Costs)* en Burimi SRL et al. c. República de Albania (Caso CIADI n° ARB/11/18), de 3/V/2012, párr. 50; *Procedural Order n° 2. Decision on respondent's application for provisional measures* en Lighthouse Corporation Pty Ltd. et al. c. República Democrática de Timor Oriental (Caso CIADI n° ARB/15/2), de 13/II/2016, párr. 65.

¹³⁵⁹ *Decision on Saint Lucia's request for provisional measures* en RSM Production Corporation c. Santa Lucía (Caso CIADI n° ARB/12/10), de 12/XII/2013, parte dispositiva letra a).

¹³⁶⁰ Tal Regla contiene la siguiente dicción: «Respecto de cada procedimiento de arbitraje, salvo que las Reglas de Arbitraje dispongan una división distinta o que así lo hayan decidido las partes o el Tribunal, cada parte abonará la mitad de cada pago adelantado o suplementario, sin perjuicio de la decisión final sobre el pago de costas».

¹³⁶¹ Vid. *Resolución procesal n° 2* en Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (Caso CIADI n° ARB/97/7), de 28/X/1999, párr. 9; *Decisión sobre medidas provisionales* en Occidental Petroleum Corporation et al. c. República del Ecuador (Caso CIADI n° ARB/06/11), de 17/VIII/2007, párr. 58; *Decision on the claimant's request for provisional measures* en PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Estado Independiente de Papúa Nueva Guinea (Caso CIADI n° ARB/13/33), de 21/I/2015; párr. 102.

unánime en que las medidas provisionales son siempre de obligatorio cumplimiento. Esta postura suele basarse en dos razones: la primera es la jurisprudencia del TIJ sobre el art. 41 ETIJ, sobre el cual, como se referenció anteriormente, se ha alegado que sirvió como modelo del artículo 47 del Convenio. La segunda de las razones es que, como defendió el tribunal en *Pey Casado c. Chile*, «el artículo 47 del Convenio “se basa en el principio de que una vez que se somete una diferencia a arbitraje, las partes no deben tomar medidas que puedan agravar o ampliar su diferencia u obstaculizar la ejecución del laudo”»¹³⁶³.

Este razonamiento se antoja un tanto feble. Por un lado, durante la redacción del Convenio se tuvo oportunidad de debatir acerca del verbo a utilizar, y en dicho debate, el delegado de la República Popular China tuvo la oportunidad de cuestionar la primera opción del borrador del artículo 47, que utilizaba el verbo «prescribir», que implicaría cierta compulsión a la hora de aplicar tales medidas. Para dicho delegado, el señor TSAI, el carácter obligatorio tendría la virtualidad de crear ciertas tensiones en la práctica CIADI, ya que en caso de incumplimiento podría significar la sanción de la parte vencedora por causa de tal incumplimiento y, además, porque ello podría implicar una intromisión indebida en asuntos de política nacional¹³⁶⁴. A pesar de la oposición que el Presidente del comité de redacción opuso a esta propuesta del delegado chino, tiempo más tarde el comité jurídico de redacción votó «casi unánimemente» por acoger el término «recomendar» en lugar de otros como «prescribir» o «indicar»¹³⁶⁵.

Queda, por lo tanto, claro que la elección del verbo recomendar no fue fortuita ni involuntaria y que se eligió justamente para excluir cualquier atisbo de obligación en el cumplimiento de las medidas provisionales en el sistema CIADI. Teniendo esto en cuenta y también al artículo 31.1 del CVDT¹³⁶⁶, no queda más que concluir que las medidas provisionales en el sistema CIADI no son de carácter obligatorio.

Más allá de esta postura, hay que hacer referencia a una posibilidad recogida por cierta doctrina, según la cual, aunque no pueden obligar a su cumplimiento, los tribunales arbitrales sí pueden tener en cuenta el incumplimiento por las partes de las medidas provisionales recomendadas por ellas a la hora de redactar el

¹³⁶² Vid. MALINTOPPI, L.; «*Provisional measures...*»; págs. 179-180; SCHREUER; C.H.; MALINTOPPI, L.; REINISCH, A.; SINCLAIR, A.; *The ICSID Convention...*; pág. 764.

¹³⁶³ *Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes* en Víctor Pey Casado et al. c. República de Chile (Caso CIADI nº ARB/98/2), de 25/I/2001, pár. 25.

¹³⁶⁴ Vid. *Consultative meeting of legal experts*, Bangkok, mayo de 1964 en CIADI; *History of the Convention*, vol. II, parte 1; Washington DC, 1968; págs. 515-516.

¹³⁶⁵ Vid. *Summary proceedings of the legal committee meeting*, diciembre de 1964; en CIADI; *History of the Convention*, vol. II, parte 2; Washington DC, 1968; págs. 814-815.

¹³⁶⁶ Que instituye la regla general de interpretación de los tratados, cuyo texto reza: «un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin».

laudo¹³⁶⁷. Siguiendo este razonamiento, no quedaría más que concluir que, en el laudo, el tribunal podría penalizar a la parte que hubiese incumplido la medida provisional. No parece, otra vez, que esta argumentación pueda sostenerse en lo dispuesto en el Convenio. Es cierto que, cuando la pretensión procesal consista en una condena a restituir, se habrá de tener en cuenta todo el daño ocasionado a los derechos de los inversores, incluso aquel que ha tenido lugar una vez iniciado el arbitraje, pero es más que discutible el argumento de que los tribunales arbitrales tengan la facultad de imponer penas de naturaleza privada en caso de incumplimientos de sus órdenes procesales: nada en el Convenio ni en las Reglas de Arbitraje apunta en tal sentido.

12.5.2. Procedimiento

12.5.2.1. Solicitud

La Regla 39 de arbitraje dispone que la solicitud de medidas provisionales puede ser realizada a instancia de cualquiera de las partes (Regla 39.1), aunque el tribunal también puede recomendarlas de oficio (Regla 39.3). En caso de que la solicitud se realice a instancia de parte, se han de especificar: «los derechos que se salvaguardarán», los cuales podrán ser de naturaleza procesal o sustantiva; «las medidas cuya recomendación se pide», sin que exista en este sentido una lista *numerus clausus* de medidas, de tal manera que se pueden proponer aquéllas que se consideren adecuadas y necesarias para la salvaguarda de los derechos invocados; y, finalmente, se deben recoger «las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas». Esta configuración de la solicitud, que procura evitar las solicitudes frívolas, ha llevado a la práctica a establecer, de forma reiterada, que la carga de aportar indicios en relación a las medidas provisionales recae sobre la parte solicitante¹³⁶⁸.

Por otro lado, cumple decir que a día de hoy no consta en ninguna resolución que un tribunal arbitral CIADI haya ejercido la facultad de la Regla 39.3 – introducida en 2006-, según la cual tales organismos tendrían la facultad de recomendar *motu proprio* las medidas provisionales que consideren oportunas. Se entiende que esta reforma permite al tribunal, primero, recomendar o de oficio una medida provisional, segundo, adoptar una medida distinta a la solicitada por las partes y, tercero, modificar una medida que ya ha sido adoptada. Si bien las dos

¹³⁶⁷ Vid. MALINTOPPI, L.; «Provisional measures...»; págs. 180-181; SCHREUER; C.H.; MALINTOPPI, L; REINISCH, A.; SINCLAIR, A.; *The ICSID Convention...*; pág. 764.

¹³⁶⁸ Vid. *Resolución procesal n.º 2* en Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (Caso CIADI n.º ARB/97/7), de 28/X/1999, p. 10; *Procedural Order No. 2 (Provisional Measures Concerning Security for Costs)* en Burimi SRL et al. c. República de Albania (Caso CIADI n.º ARB/11/18), de 3/V/2012, p. 37; *Decision Regarding Claimant's Application for Provisional Measures* en Caratube International Oil Company LLP c. República de Kazajistán (Caso CIADI n.º ARB/08/12), de 31/VII/2009; p. 75.

últimas facultades parecen razonables límites al principio de aportación de parte, ya que permiten agilizar el procedimiento y que el tribunal garantice de oficio los presupuestos de las medidas provisionales, no se considera que suceda lo mismo con la primera de las facultades, que introduce una innovación de cuestionable utilidad y otorga a los árbitros un poder que se considera desproporcionado, sobre todo si éstos deciden adoptar una medida provisional sin que medie petición alguna y con resistencia de la parte que la deba soportar.

Tras la solicitud de parte, o tras la propuesta del tribunal de recomendar de oficio una medida provisional, se ha de tramitar el expediente de medidas provisionales con carácter prioritario (Regla 39.2). Si bien, el carácter prioritario debe respetar en todo caso la posibilidad de defensa de ambas partes.

En cuanto al momento de presentación de la solicitud, se ha de entender que cabe realizarla en cualquier momento, según surjan circunstancias que así lo aconsejen. Además, desde el 2006, es posible realizar la solicitud de medidas provisionales antes del inicio del arbitraje (Regla 39.5). Ante tal eventualidad, el Secr. Gral. del CIADI se encargará de fijar plazos para que las partes informen la solicitud, que será tramitada en cuanto se constituya el tribunal arbitral. Con este mecanismo, se intenta dar solución a aquellas situaciones en las que la inminencia del daño se produce con carácter previo a la constitución del tribunal, problema que, en otros reglamentos institucionales como el de la CCI y del ICDR se ha solucionado a través de las instituciones del árbitro de emergencia y del procedimiento precautorio arbitral¹³⁶⁹.

12.5.2.2. Trámite de audiencia

Como establece la Regla 39.4, antes de recomendar, modificar o revocar la medida provisional de que se trate, el tribunal ha de dar a cada parte la oportunidad de que presente sus observaciones. Tal oportunidad puede cristalizarse a través de una audiencia pública, pero no tiene por qué suceder así siempre¹³⁷⁰, quedando tal decisión a discreción del tribunal arbitral. En todo caso, lo que sí se ha de garantizar es que ambas partes puedan presentar las alegaciones que consideren oportunas. La importancia de este precepto es tan crucial que, al entender de SCHREUER, su inobservancia sería un motivo de anulación del laudo a la luz del artículo 52.1.d) del Convenio¹³⁷¹, que establece como motivo de anulación el «quebrantamiento grave de una norma de procedimiento». Lo cierto es que anular un procedimiento entero por causa una vulneración puntual del

¹³⁶⁹ GIESSEN, P.; *Der Pre-Arbitral-Referee un der Emergency Arbitrator in der internationalen Schiedsgerichtbarkeit*; Perter LangVerlag, Frankfurt del Meno, 2011; págs. 19-31.

¹³⁷⁰ SCHREUER; C.H.; MALINTOPPI, L; REINISCH, A.; SINCLAIR, A.; *The ICSID Convention...*; pág. 762-763.

¹³⁷¹ Ídem, 763.

principio de audiencia en un incidente de este tipo puede parecer desmedido. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que el perjuicio –especialmente económico- que se puede causar a la parte que ha de soportar la medida es altísimo; y aunque la anulación del laudo no tenga la virtualidad de dar solución a ese perjuicio, sí parece idónea para disuadir a los árbitros de vulnerar las normas de procedimiento aplicables.

12.5.2.3. Adopción

Tras la solicitud y el trámite de audiencia, el tribunal ha de decidir acerca de la recomendación de medidas provisionales, en el sentido de rechazar o admitir la solicitud de la parte y, en este último caso, de recomendar la medida propuesta por tal parte o de proponer *motu proprio* otra medida que considere más apropiada (Regla 39.3). La decisión ha de revestir la forma de una resolución procesal (Regla 19) u orden procesal, aunque esta muchas veces es denominada «decisión sobre la solicitud de medidas provisionales». Se entiende que, por la naturaleza de la decisión adoptada, que implica un balance de los presupuestos de las medidas provisionales, tal decisión ha de ser motivada, aunque no lo ordenen así ni el Convenio ni las reglas de Arbitraje. Con todo, lo cierto es que, en la práctica, este tipo de decisiones siempre son motivadas.

12.5.3.4. Variabilidad y extinción de las medidas provisionales

Como se ha recogido más arriba, la variabilidad es una característica intrínseca de las medidas provisionales, lo que deriva de su carácter instrumental. La propia Regla de Arbitraje 39.3 recoge que el tribunal arbitral «podrá modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento», se entiende que antes de la emisión del laudo o del archivo del arbitraje, momento en que las medidas provisionales se extinguen irremediamente. Sin embargo, como han puesto de relieve COLEMAN e INNES, en casos de suspensión del procedimiento, conforme a las Reglas 9.6, 10.2 y 41.3, el tribunal arbitral puede emitir y modificar las medidas cautelares, aunque no esté compuesto momentáneamente de tres miembros, si bien en este último caso, los árbitros habrán de extremar la cautela. Más complicado resulta determinar qué hacer cuando el Secr. Gral. suspende el procedimiento porque las partes no han afrontado los pagos adelantados de la Regla 14.3.d) del Reglamento Financiero y Administrativo del Centro, ya que en tales casos, a diferencia de los anteriores, el tribunal arbitral debe dejar de ejercer todo tipo de funciones¹³⁷².

¹³⁷² Vid. COLEMAN, M; INNES, T.; «Provisional measures during suspension of ICSID proceedings» en *ICSID Review*, vol. 30, núm. 3, 2015; págs.713-728.

13. Facultades de los árbitros en materia probatoria

13.1. Facultad de proponer prueba de oficio

Según el artículo 43 del Convenio CIADI, los tribunales pueden, primero, «solicitar de las partes la aportación de documentos o de cualquier otro medio de prueba» y, segundo, «trasladarse al lugar en que se produjo la diferencia y practicar en él las diligencias de prueba que considere[n] pertinentes». Si bien hay que tener en cuenta que tales facultades pueden ser excluidas por las partes, como indica el propio artículo.

Este precepto puede resultar un tanto extraño, si se tiene en cuenta que, en el arbitraje suele imperar el principio de aportación de parte¹³⁷³, de igual manera que sucede en los Derechos procesales civiles estatales. Sin embargo, incluso en este último campo existen excepciones a tal principio de aportación de parte, que para PICÓ I JUNOY derivan del deber del juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos en el proceso, pero también de un valor propio del Estado Social de Derecho, cual es el de la justicia¹³⁷⁴. Así, sucede, por ejemplo, en el Derecho procesal español, que establece que el tribunal podrá acordar de oficio que se practique prueba «cuando así lo establezca la ley» (art. 282 LEC)¹³⁷⁵, redacción que es casi idéntica a la del CPC italiano: «*salvo en los casos previstos en la ley, el juez debe utilizar como fundamento de su decisión la prueba propuesta por las partes*» (art.115 CPC)¹³⁷⁶; pero también en Derecho procesal alemán, donde la ZPO también prevé la misma posibilidad en casos de prueba documental,

¹³⁷³ Entiende PICÓ I JUNOY que este principio de aportación de parte hace «referencia a la introducción y prueba en el proceso de material fáctico», y se manifiesta en el hecho de que los litigantes tienen que alegar los datos o elementos fácticos de la realidad discutida en el proceso, así como proponer la prueba de tales datos o elementos. Vid. PICÓ I JUNOY, J.; *El juez y la prueba*; José María Bosch Editor, Barcelona, 2007; págs. 101-102.

¹³⁷⁴ *Ibid.*; págs. 118-119.

¹³⁷⁵ Tal posibilidad se materializa en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (Libro VI, Título I LEC), según el artículo 752. Además, habría que tener en cuenta cierta jurisprudencia del TS, que ha declarado, haciéndose eco de la jurisprudencia del TJUE, que en materia de demandas instadas en materia de consumo contra cláusulas abusivas los jueces pueden *motu proprio* proponer la práctica de la prueba que consideren necesaria. Vid. STS (Sala Civil, Pleno) 241/2013, de 9 de mayo [RJ 2013, 3088], párrafos 110-116; Cfr. STJUE (Gran Sala) en el asunto C-137/08, de 9/XI/2013, pár. 56; y STJUE (Sala Primera) en el asunto C-415/11, de 14/III/2013, pár. 47.

¹³⁷⁶ Considera SASSANI que tales excepciones vienen referidas en el propio CPC italiano: la posibilidad de proponer de oficio nueva prueba testifical referida por otros testigos (art. 257 CPC), la posibilidad de ordenar la inspección de personas y cosas (art. 118 CPC), la posibilidad de nombrar perito –en italiano, en original *consulente tecnico*- (art. 191 CPC), la posibilidad de solicitar información a la Administración pública (art. 213 CPC), entre otras. Vid. SASSANI, B.; *Lineamenti del processi civile italiano*, 6ª ed.; Giuffrè Editore, Milán, 2017; págs. 251-252

pericial o de reconocimiento judicial (párrafos 142 a 144 ZPO); o en Derecho procesal francés, cuyo NCPC recoge tal posibilidad de un modo realmente amplio¹³⁷⁷.

Tal posibilidad de acordar de oficio ciertas fuentes de prueba la entiende CÁMARA RUIZ, en Derecho procesal español, referida tan sólo a los supuestos de procesos no dispositivos¹³⁷⁸ y, en efecto, la LEC se refiere a tales posibilidades en los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores¹³⁷⁹. Con todo, TARUFFO¹³⁸⁰ realiza una clasificación de tipologías de los poderes de instrucción de los jueces. Dicha tipología diferencia entre los modelos que atribuyen un poder general al juez para disponer de oficio la adquisición de prueba, los modelos que atribuyen a los jueces algunos poderes de instrucción, como el alemán e italiano, y los modelos que, como el español, no prevén facultades de iniciativa de instrucción al juez, pero en los que éste puede ejercer un rol activo en la adquisición de pruebas¹³⁸¹. Para el autor italiano, sin embargo, es necesario señalar que un poder amplio de los jueces a la hora de proponer prueba no implica en absoluto una manifestación de autoritarismo y es, por lo tanto, jurídicamente aceptable –puesto que no vulnera los principios de independencia e

¹³⁷⁷ En efecto, con carácter general el art. 10 CPC establece que los jueces podrán ordenar las medidas de investigación legales que consideren, mientras que el artículo 11, prescribe que, a solicitud de parte, los jueces pueden obligar a la otra parte e incluso a un tercero a aportar los medios de prueba que tengan en su poder. En caso de desobediencia de tales órdenes, algunos autores han entendido que los jueces podrían imponer multas coercitivas. Vid. AMRANI MEKKI, S; STRICKLER, Y.; *Procédure civile*; Presses Universitaires de France, Paris, 2014; pág. 516.

¹³⁷⁸ Vid. CÁMARA RUIZ, J.; *Las facultades del juez en la actividad probatoria y la oralidad* (Comunicación) en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, 8/XI/2008. Disponible online en <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp2cam.pdf>. Consultado el 01/X/2018.

¹³⁷⁹ De manera que el artículo 752.1.II, que regula la prueba en estos procedimientos, recoge que «sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes».

¹³⁸⁰ Vid. TARUFFO, M.; «Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa» en *DOXA, Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 29, 2006; págs. 254-261.

¹³⁸¹ En Derecho procesal español, tales facultades vienen referidas, para los procesos declarativos ordinarios, a las recogidas en el art. 429.1.III LEC, que FERNÁNDEZ LÓPEZ sintetiza en dos: la facultad de indicación de la eventual insuficiencia probatoria y la facultad de sugerir a las partes la práctica de medios de prueba. La configuración legal de tales facultades viene matizada por un principio, de cuño jurisprudencial, que añade VALMAÑA CABANES, denominado «de adquisición procesal», según el cual los jueces han de valorar todas las pruebas practicadas ya a favor, ya en contra de las partes, con independencia de la intención e intereses que, en el momento de la proposición, tenía la parte que aportó tales pruebas. Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.; «Las facultades probatorias del juez civil previstas en el art. 49.1.II LEC» en *Práctica de Tribunales. Revista de Derecho procesal Civil y Mercantil*, núm. 21, 2005; págs. 22-34. VALMAÑA CABANEZ, A.; «El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada» en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2012; págs. 7-9.

Para PICÓ I JUNOY, tales facultades y, además, la iniciativa probatoria del juez civil, encontrarían ciertos límites, como que la prueba practicada por el juez debe limitarse a los hechos controvertidos; que la fuente de prueba propuesta por el juez venga referida en autos, de manera que se evite que sea fruto de la investigación del juez al margen del proceso y que se respete el principio de contradicción en todo momento. Vid. PICÓ I JUNOY, J.; *El juez y la prueba...*; págs. 117-118.

imparcialidad-, cuando tal facultad es complementaria o subsidiaria a la facultad de las partes de proponer dicha prueba¹³⁸².

Por lo que hace al Derecho arbitral, todas las legislaciones nacionales basadas en la Ley modelo de la CNUDMI recogen la facultad del tribunal arbitral de nombrar peritos «para que le informen sobre materias concretas»¹³⁸³. Dicha facultad también se puede encontrar en numerosas leyes nacionales que no están basadas en dicha Ley Modelo¹³⁸⁴. Aunque, en este último grupo, existen algunas leyes de arbitraje que no recogen dicha potestad, como la italiana o la argentina, pero también otras que recogen cláusulas más amplias, como la francesa, que establece que «el tribunal arbitral procederá a realizar los actos de investigación necesarios, a menos que las partes sólo hayan autorizado a uno de sus miembros a realizarlos» (art. 1467 NCPC). Cabe entonces preguntarse por qué se ha visto como necesario prever la designación de oficio de peritos.

La respuesta, en el ámbito del arbitraje comercial internacional, la dan REDFERN y HUNTER, para quienes, al estar compuestos los tribunales arbitrales normalmente por juristas, se hace necesario que en casos de cierta complejidad técnica, dichos tribunales necesiten del asesoramiento de expertos¹³⁸⁵. Por su parte, indagando sobre el origen de tal regla, POUURET y BESSON han sostenido que en la tradición del Derecho continental, donde la labor del juez ha consistido más en determinar la verdad, el nombramiento de peritos ha solido correr a cargo de los jueces, mientras que en *Common Law*, se ha permitido históricamente que tales nombramientos corriesen a cargo de las partes¹³⁸⁶. Por este y otros fenómenos propios del arbitraje, han sostenido CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN que, en arbitraje, el principio de aportación de parte se encuentra atenuado¹³⁸⁷.

Ahora bien, aun asumiendo la explicación propuesta por REDFERN y HUNTER para justificar por qué se permite a los árbitros nombrar peritos *motu proprio*, se percibe que dicha justificación no alcanza a explicar el panorama dibujado por el artículo 43 del Convenio, el cual, en realidad, permite que los árbitros propongan cualquier medio de prueba que consideren oportuno, no sólo de tipo pericial. Lo cierto es que no es fácil encontrar en los trabajos preparatorios del Convenio la razón de semejante amplitud en la regulación de las facultades del tribunal

¹³⁸² Vid. TARUFFO, M.; «*Poderes probatorios...*»; pág. 262.

¹³⁸³ Así es la redacción del art. 26.1 de la Ley Modelo de 2006. La facultad se encuentra asimismo recogida en la LA española (art. 32.1), la Arbitration Act nigeriana (art. 22.a), el CJ belga (art. 1707.a), la ZPO alemana (pár. 1049), el CCo mexicano (art. 1442), los estatutos de Florida (sec. 648.0037), la LACI chilena (art. 26), la CAA canadiense (art. 26), el DLA peruano (art. 44.1) y la AOrd hongkonesa (sec. 54).

¹³⁸⁴ Así en la LAV portuguesa (art. 37) y la Arbitration Act inglesa (art. 37).

¹³⁸⁵ REDFERN, A.; HUNTER, M.; BLACKABY, N.; PARTASIDES, C.; *Redfern and Hunter on International Arbitration. Student Version*, 6ª Ed.; Oxford University Press, Oxford, 2015: pág. 395.

¹³⁸⁶ POUURET, J.-F.; BESSON, S; *Comparative law of international arbitration*; Sweet & Maxwell, Londres, 2007; pág. 560.

¹³⁸⁷ MERINO MERCHÁN, J.F.; CHILLÓN MEDINA, J.M.; *Tratado de...*; op. cit., pág. 661.

arbitral. Sí es cierto que en una de las primeras reuniones regionales del Comité consultivo de expertos jurídicos, el presidente del Comité admitió que la redacción del artículo 43 estaba basada en el *Proyecto sobre Procedimiento Arbitral* de la Comisión de Derecho internacional de la ONU de 1958¹³⁸⁸, cuyo artículo 21.3 establecía que «en cualquier momento de las actuaciones, el tribunal tiene la facultad de pedir las pruebas que considere necesarias». Y si se rastrea en los trabajos preparatorios de dicho *Proyecto*, se verá que se alegó que el artículo 22.3 estaba basado en el ETIJ¹³⁸⁹, cuando lo cierto es que este texto normativo prevé que los jueces del TIJ puedan *motu proprio* nombrar peritos, pero no cualquier medio de prueba en general (vid. arts. 49 y ss.; en especial, vid. art. 50). Más allá de esta curiosa anécdota, hay que referir que en la actualidad la disposición goza de excelente acogida en el arbitraje inversor-Estado. Muestra de ello es su inclusión en los Reglamentos CNUDMI de 1985 (art. 24.3) y 2013 (art. 27.3), así como en el Reglamento de la CCE de 2017 (art. 31.3) y en el de la HKIAC (art. 22.3).

En cuanto a la función concreta del artículo 43 del Convenio CIADI, entienden varios autores que se trata de una medida de carácter subsidiario¹³⁹⁰. Esto significa que el tribunal arbitral debe acordar la misma sólo cuando considere que las partes no han sido capaces de probar todos los extremos de sus alegaciones con la prueba propuesta por ellas y, además, considere que tales extremos son de importancia para la resolución del litigio.

Por lo que atañe al ejercicio del artículo 43, sostiene SCHREUER que lo puede poner en práctica el tribunal *motu proprio* o a instancia de parte, siendo que esta última modalidad es la más repetida en la práctica¹³⁹¹. Ahora bien, como se ha declarado por algún tribunal arbitral CIADI, la solicitud de parte no vincula al tribunal, que gozará de cierta discrecionalidad a la hora de decidir si acepta o no la solicitud. Aunque se trata de una discrecionalidad con ciertos límites, como mantuvo el tribunal arbitral en el asunto *Agua del Tunari c Bolivia*; límites que se materializarían en la aplicación de criterios que atendiesen a la necesidad de la prueba solicitada, su pertinencia, el fundamento de la alegación fáctica que se

¹³⁸⁸ Vid. *Consultative meeting of legal experts*; Addis Abeba, diciembre de 1963; en CIADI; *History of the Convention*, vol. II, parte 1; Washington DC, 1968; pág. 269

¹³⁸⁹ Vid. *Procedimiento arbitral: resolución 989 (X) de la Asamblea General (A/CN.4/113)*; 44ª sesión; pár. 17; en ONU; Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, vol. I; Nueva York, 1958; pág. 66.

¹³⁹⁰ Vid. SCHREUER; C.H.; MALINTOPPI, L.; REINISCH, A.; SINCLAIR, A.; *The ICSID Convention*; 2ª Ed.; Cambridge University Press, Cambridge, 2017; pág. 643. En el mismo sentido, vid. FERNÁNDEZ MASIÁ, E.; *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*; Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004; págs. 193-194.

¹³⁹¹ SCHREUER; C.H.; MALINTOPPI, L.; REINISCH, A.; SINCLAIR, A.; *The ICSID Convention...*; op. cit., págs. 651-652.

desea probar, el coste de la práctica de la prueba y, finalmente, la carga que representa la solicitud para el demandante¹³⁹².

En lo atinente a los sujetos a los que el tribunal arbitral puede intimar a aportar prueba, el propio artículo 43 lo determina, cuando establece que «el Tribunal [...] podrá [...] solicitar de las partes la aportación» de los medios de prueba. Pero cabría preguntarse si el tribunal podría también conminar a terceros a aportar prueba que esté bajo su poder. Esta es una potestad indudable en el caso de la jurisdicción estatal¹³⁹³ y a la que los tribunales arbitrales pueden recurrir a través de la asistencia judicial para la práctica de las pruebas¹³⁹⁴. Si bien no está prevista ni en el Convenio ni en las Reglas tal posibilidad, que SCHREUER rechaza; de forma que para este autor, habría que excluir incluso la posibilidad de que el tribunal pueda recabar la colaboración de los agentes del Estado demandado en la aportación o práctica de prueba, si bien nada impide que un tribunal invite *motu proprio* a un testigo a declarar, aunque no pueda obligarle a ello¹³⁹⁵. Se entiende que esta postura es la más respetuosa con la intención del Convenio, que guarda silencio en torno a este aspecto de que el tribunal pueda obligar a terceros a colaborar en la aportación de material probatorio, debiéndose entender que carece de facultades coercitivas para provocar la comparecencia de tales terceros ante el tribunal.

13.2. Facultades relativas a la admisión de la prueba

La Regla de Arbitraje 33 establece que corresponde a las partes anunciar al tribunal arbitral de qué fuentes de prueba se pretenden valer, tanto si va a ser propuesta por ellos mismos, como si va a ser solicitada a la otra parte. Por su parte, la Regla 34.1 se limita a establecer que «el tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquiera prueba rendida y de su valor probatorio». No obstante no se establece criterio alguno que deba guiar al tribunal en la admisibilidad de la prueba propuesta por las partes.

En Derecho procesal español, la redacción del artículo 283 LEC establece que, para ser admitida, una prueba, debe ser pertinente, útil y no ser contraria a la ley.

¹³⁹² Vid. *Resolución procesal nº 1* en Aguas del Tunari, SA c. Estado Plurinacional de Bolivia (Caso CIADI nº ARB/02/3), de 8/IV/2003, pár. 14. En un sentido parecido, vid. *Award* en ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América (Caso CIADI nº ARB(AF)/00/1), de 9/I/2003, párrafos 28-29. En este último laudo, el tribunal interpreta que la expresión «el Tribunal [...] si lo estima necesario» contenido en la primera parte del artículo 43 implica que se ha de realizar una evaluación a la luz de, por un lado, la necesidad y pertinencia de la prueba y, por otro lado, la disponibilidad del medio de prueba por la contraparte.

¹³⁹³ Vid. en tal sentido arts. 330 y 332 LEC española, pár. 142 ZPO alemana, art. 11.II CPC francés.

¹³⁹⁴ Vid. en tal sentido art. 33 LA española, pár. 1050 ZPO alemana, art. 1469 CPC francés.

¹³⁹⁵ SCHREUER; C.H.; MALINTOPPI, L.; REINISCH, A.; SINCLAIR, A.; *The ICSID Convention...*; págs. 653-654.

La propia LEC define qué se ha de entender por pertinencia y utilidad: pertinente es aquella prueba que guarda relación con el objeto del proceso, mientras que útil es aquella que puede contribuir a esclarecer los hechos controvertidos. Sin embargo, la doctrina no está de acuerdo en qué significa que la prueba no deba estar «prohibida por la ley» (art. 283.3 LEC). Para GIMENO SENDRA, ese precepto hace referencia a que la prueba debe haber sido obtenida sin vulneración de los derechos fundamentales¹³⁹⁶. Mientras que otros como MONTERO AROCA y MARTÍN BRAÑAS diferencian entre la legalidad de la prueba y la licitud de la misma. Siendo que la licitud coincide con lo que GIMENO SENDRA entiende por prueba no prohibida por la ley, mientras que la legalidad de la prueba implica, por un lado, que las fuentes de prueba son propuestas y practicadas conforme al Derecho procesal aplicable y, por otro lado, que el medio de prueba de que se trate esté previsto por la ley¹³⁹⁷.

Sobre el tema de la admisibilidad de las fuentes de prueba, en la doctrina comparada se pueden encontrar algunas reflexiones sobre este particular en ciertos autores, entre los que destaca TARUFFO¹³⁹⁸. Para otros, como los alemanes ZEIBIG y WOLF, existirían ciertos límites al principio de la búsqueda de la verdad material; límites que se encontrarían en la legalidad y licitud de la prueba en el sentido de MONTERO AROCA y MARTÍN BRAÑAS¹³⁹⁹. En este punto coinciden, por lo demás, autores portugueses¹⁴⁰⁰ y franceses¹⁴⁰¹.

Por su parte, como ponen de relieve REDFERN y HUNTER, en arbitraje comercial internacional es bastante común atender a dos criterios a la hora de decidir sobre admisión de la prueba. Tales criterios son los de relevancia y sustancialidad, recogidos en las Reglas IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje

¹³⁹⁶ GIMENO SENDRA, V.; *Derecho procesal civil*, vol. II; Colex Ed.; págs. 405-406.

¹³⁹⁷ MARTÍN BRAÑAS, C.; «*El procedimiento probatorio*» en GONZÁLEZ CANO, M.I. (Dir.); ROMERO PRADAS, M.I. (Coord.); *La prueba. La prueba en el proceso civil*, tomo I; Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; pág. 67; MONTERO AROCA, J.; *La prueba en el proceso civil*, 7ª Ed.; Civitas, Cizur Menor, 2012; págs. 155-158. En el mismo sentido, vid. ARMENTA DEU, T.; *Lecciones de Derecho procesal civil*, 10ª ed.; Marcial Pons, Madrid, 2017; págs. 190-191.

¹³⁹⁸ El autor italiano ha recopilado una serie de supuestos en que, por regla general, se excluye la admisibilidad de la fuente de prueba propuesta, como la aplicación de la «*hearsay rule*» en el *Common Law*, según la cual no deben testificar aquellas personas que tengan conocimiento del punto controvertido de forma mediata, la exclusión de testimonios orales sobre contratos en países como Francia, Italia o Bélgica; las normas que evitan la proposición de prueba cuya obtención acarrea un largo coste económico o temporal; la protección de secretos oficiales; etc. Vid. TARUFFO, M.; *La prueba*; Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 41-56.

¹³⁹⁹ Vid. WOLF, C.; ZEIBIG, N.; *Evidence in Civil Law – Germany*; Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor, Maribor, 2015; págs. 22-23.

¹⁴⁰⁰ Vid. MIMOSO, M.J.; SOUSA, S.C.; MEIRELES, V.H.; *Evidence in Civil law – Portugal*; Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor, Maribor, 2015; págs. 28, 62-66

¹⁴⁰¹ Vid. OUDIN, M.; *Evidence in Civil Law – France*; Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor, Maribor, 2015; págs. 44-45.

Internacional, de 2010 (vid. art. 3.3.c)¹⁴⁰². Se puede decir que la utilidad en arbitraje internacional de tales Reglas IBA sobre práctica de prueba es muy alta¹⁴⁰³. Y, en lo que se refiere al arbitraje CIADI, la influencia de dichas Reglas IBA sobre práctica de la prueba es innegable¹⁴⁰⁴.

Estas Reglas IBA sobre práctica de la prueba pueden ser de aplicación en caso de que así lo acuerden las partes. Tales Reglas contienen una lista de medios de prueba posibles en arbitraje internacional –documentos (art. 3), testigos (art. 4), peritos designados por las partes (art. 5), peritos designados por el tribunal (art. 6) e inspección de lugares y bienes (art. 7)-¹⁴⁰⁵, ciertas directrices en cuanto a la aportación de tales fuentes por las partes, así como cuestiones relativas a su práctica (art. 8), la solicitud de exhibición de documentos (art. 3) –conocida como *discovery* en inglés-, consultas con las partes en materia probatoria (art. 2) y, finalmente, los criterios de admisión de prueba (art. 9). Estos últimos criterios vienen referidos en el artículo 9.2 de las Reglas, y son los siguientes: a) falta de relevancia o de utilidad de la prueba propuesta, b) impedimento bajo las normas

¹⁴⁰² Vid. REDFERN, A.; HUNTER, M; BLACKABY, N.; PARTASIDES, C.; *Redfern and Hunter on International Arbitration. Student Version*, 6ª Ed.; Oxford University Press, Oxford, 2015: págs. 382-383.

¹⁴⁰³ Vid. BÖCKSTIEGEL, K.-H.; «Presenting evidence in international arbitration» en *ICSID Review – International Investment Law Journal*; vol. 16, núm. 1, 2001; págs. 1-9. La cita se refiere a la página 5.

¹⁴⁰⁴ Se puede rastrear su utilización en no pocas resoluciones, entre ellas las siguientes: *Procedural Order n° 5* en *Electrabel SA c. República de Hungría* (Caso CIADI n° ARB/07/19), de 18/VIII/2009; *Procedural Order n°1 on production of documents* en *Tidewater Inc. et al. c República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/10/5), de 29/III/2011; *Procedural Order n° 5* en *Churchill Mining PLC et al. c. República de Indonesia* (Caso CIADI n° ARB/12/14), de 19/III/2013; *Procedural Order on the parties' respective requests for document production* en *Apotex Holdings Inc. et al. c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI n° ARB(AF)/12/1), de 29/III/2013; *Procedural Order n° 3* en *Poštová Banka AS et al. c. República Helénica* (Caso CIADI n° ARB/13/8), de 22/I/2014; *Procedural Order n° 2* en *Víctor Pey Casado c. República de Chile* (Caso CIADI n° ARB/98/2 – Nueva presentación), de 16/XII/2014; *Procedural Order n° 4* en *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting et al. c. Reino Hachemita de Jordania* (Caso CIADI n° ARB/13/38), de 17/XII/2015; *Procedural Order n° 3 on production of documents* en *Mobil Investments Canada Inc. c. Canada* (Caso CIADI n° ARB/15/6), de 10/II/2016; *Procedural Order n° 2* en *ACP Axos Capital GmbH c. República de Kosovo* (Caso CIADI n° ARB/15/22), de 6/III/2017; *Procedural Order n° 2* en *Gordon G. Burr et al. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI n° ARB(AF)/16/3), de 1/II/2018; *Procedural Order n° 10* en *Gabriel Resources Ltd e al. c. Rumanía* (Caso CIADI n° ARB/15/31), de 8/VI/2018; *Procedural Order n° 12* en *Gabriel Resources Ltd e al. c. Rumanía* (Caso CIADI n° ARB/15/31), de 2/VII/2018; *Procedural Order n° 2* en *Pawlowski AG et al. c. República Checa* (Caso CIADI n° ARB/17/11), de 14/VIII/2018; *Resolución Procesal n° 6* en *Carlos Ríos et al. c. República de Chile* (Caso CIADI n° ARB/17/16), de 16/VIII/2018.

El propio CIADI reconoce esta influencia en el documento «Prueba – Arbitraje en virtud del Convenio del CIADI», disponible *online* en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/process/Evidence-ICSIDConventionArbitration.aspx>.

¹⁴⁰⁵ Es necesario poner de relieve que parece que la implantación práctica de estas Reglas IBA dista de ser armónica en el ámbito internacional. Para un estudio de dicha implantación en los países del Cono Sur y Perú, vid. ROJAS, J. A.; «La prueba en el arbitraje. Interpretación de las Reglas IBA en el arbitraje internacional» en *VVAA; La prueba en el proceso. Evidence in the process*; Editorial Atelier, Barcelona, 2018; págs. 583-594.

jurídicas o éticas aplicables al arbitraje, c) carga excesiva para la práctica de pruebas solicitadas, d) pérdida o destrucción del documento, e) confidencialidad, f) razones de especial sensibilidad política o institucional –incluyendo las materias que hayan sido declaradas de carácter secreto por los gobiernos- y g) consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las partes.

13.2.1. Criterios de relevancia y materialidad de la prueba

Ya se han expuesto los criterios que el tribunal en *Aguas del Tunari c. Bolivia* tenía en cuenta a la hora de ordenar a la parte requerida, y a instancia de la parte solicitante, la exhibición de documentos. No todos esos criterios son aplicables, claro está, a la situación en que una de las partes propone prueba *motu proprio*. En tales casos es cuando se plantea la admisibilidad de las fuentes de prueba concretas. Se entiende que a la hora de decidir sobre la admisibilidad, lo único que ha de tener en cuenta el tribunal es la relevancia y la materialidad – o sustancialidad¹⁴⁰⁶- de la prueba propuesta. Una definición de este criterio fue recientemente propuesta por el tribunal arbitral del asunto *Carlos Ríos c. Chile*:

«Los documentos o categoría de documentos solicitados deben ser relevantes para demostrar las alegaciones contenidas en los escritos de las Partes, así como materiales respecto del resultado de las reclamaciones de las mismas. En esta etapa del procedimiento, el Tribunal únicamente está en condición de llevar a cabo un análisis *prima facie* tanto de la relevancia como de la materialidad de los documentos solicitados, en consideración de las alegaciones de las Partes. Dicho análisis *prima facie* no es óbice para acarrear uno distinto posteriormente en beneficio de un expediente desarrollado. Cabe resaltar que la asignación de la carga de la prueba no hace parte del estándar aplicable»¹⁴⁰⁷.

Por su parte, el texto del artículo 3.3.c de las Reglas IBA sobre práctica de prueba establece que «la solicitud de exhibición de documentos deberá contener [...] una declaración de por qué los documentos requeridos son relevantes para el caso y sustanciales para su resolución». Más adelante, en el artículo 9, intitulado «admisibilidad y valoración de la prueba», se establece que el tribunal arbitral podrá excluir la prueba por «falta de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso». En definitiva, para los redactores de las Reglas IBA es importante que la prueba propuesta sea relevante y también útil o material o

¹⁴⁰⁶ El texto de las *Reglas IBA sobre práctica de prueba* en inglés habla de «*materiality*»; lo que ha sido traducido, en la versión española de las Reglas como «sustancialidad», y por cierta práctica como «materialidad».

¹⁴⁰⁷ *Resolución Procesal n° 6* en Carlos Ríos et al. c. República de Chile (Caso CIADI n° ARB/17/16), de 16/VIII/2018; pár. 11.

sustancial. Cabría preguntarse si la relevancia y la utilidad son criterios asimilables a los de relevancia y pertinencia.

La respuesta no se antoja fácil, pues no existe en el campo del arbitraje internacional y de arbitraje de inversiones suficiente teoría doctrinal sobre este particular, y tampoco parece que la práctica se haya esforzado por cristalizar unos criterios uniformes sobre qué implican los criterios referidos. Se puede rastrear, eso sí, el significado de «materialidad» y «relevancia»¹⁴⁰⁸ en la doctrina y jurisprudencia estadounidense –lugar del que con seguridad provienen–, y muy especialmente en el ámbito del Derecho probatorio criminal de ese país. Como apunte previo, debe decirse que ambos son conceptos construidos jurisprudencialmente que han ido variando a lo largo de la historia.

Teniendo esto en cuenta, se puede referir que el SCOTUS ha sostenido que «la supresión de una prueba obtenida por la acusación y favorable a la defensa viola el debido proceso si la prueba es *material* tanto para la inocencia como para la culpabilidad o la pena»¹⁴⁰⁹; que si un falso testimonio ha sido material a la hora de determinar una condena, entonces la condena debe ser revocada¹⁴¹⁰; que el estándar de materialidad se cumple cuando la prueba que ha sido omitida hace surgir una «duda razonable» de que la decisión tomada ha sido errónea¹⁴¹¹, o que tal estándar se cumple cuando existe una «probabilidad razonable» de que la práctica de una determinada prueba dé lugar a otra decisión distinta¹⁴¹². Por otro lado, en cuanto a la relevancia, las Reglas Federales sobre Prueba, que codifican el Derecho probatorio que se aplica ante y por los tribunales federales estadounidenses, definen qué se entiende por prueba relevante en el art. 401. Siendo que, según estas Reglas, una prueba es relevante si consigue que un hecho resulte más o menos probable de lo que lo sería sin la práctica de la prueba y si, además, tal hecho es importante a la hora de determinar el sustrato fáctico del

¹⁴⁰⁸ Una definición de relevancia la da TARUFFO, para quien este se trata de «un estándar lógico de acuerdo con el cual los únicos medios de prueba que deben ser admitidos son aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de tales hechos». Vid. TARUFFO, M; *La prueba...*; pág. 38.

¹⁴⁰⁹ Sentencia de SCOTUS en el asunto *Brady v. Maryland*, 373 (1963), pág. 87; de 13/V/1963 (énfasis añadido).

¹⁴¹⁰ Sentencias de SCOTUS en el asunto *Giglio v. United States*, 405 (1972), pág. 154, de 24/II/1972; y en el asunto *United States v. Agurs*, 427 (1976), pág. 103, de 24/VI/1976.

¹⁴¹¹ Sentencia de SCOTUS en el asunto *United States v. Agurs*, 427 (1976), párrafos 112-113, de 24/VI/1976.

¹⁴¹² Siendo que una «probabilidad» razonable es aquella que resulta suficiente para socavar la confianza en que el resultado obtenido es el apropiado. Vid. Sentencia de SCOTUS en el asunto *United States v. Bagley*, 473 (1985), pág. 682; de 2/VII/1985. Un estudio sobre este particular se puede encontrar en QUINN, E.D.; «*Standards of materiality governing the prosecutorial duty to disclose evidence to the defense*» en *Alaska Law Review*, vol. 6, 1989; págs. 147-174.

caso. O, en las palabras de un académico estadounidense, «una prueba es relevante si tiende a demostrar que un hecho controvertido tuvo lugar o no»¹⁴¹³.

Así las cosas, parece revelarse cierta correspondencia entre los criterios de relevancia y pertinencia, por un lado, y los de utilidad y materialidad, por otro. En efecto, relevancia y pertinencia se refieren a la conexión entre la fuente de prueba propuesta y aquello que se quiere probar; mientras que utilidad y materialidad se refieren a la fuerza de la que goza una fuente de prueba para demostrar una cuestión controvertida. Por todo ello, se puede concluir que los estándares del Derecho español son sustancialmente iguales a los del arbitraje del sistema CIADI, basados, estos últimos principalmente en Derecho estadounidense.

13.3. Criterio de licitud de la prueba

Si existe un criterio determinante de la admisibilidad de las pruebas generalmente aceptado es el de su licitud, que consiste, en resumidas cuentas, en denegar la admisibilidad de una fuente de prueba obtenida mediante una vulneración de los derechos fundamentales o, en el caso estadounidense, de forma contraria a la Constitución¹⁴¹⁴. Los tribunales CIADI han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la licitud de la prueba en una serie de ocasiones.

En particular, las partes ante los tribunales CIADI han intentado aportar o han aportado fuentes de prueba consistentes en documentos con contenido protegido publicados por la plataforma *Wikileaks*¹⁴¹⁵ o por terceros

¹⁴¹³ TORCIA, C. E.; *Wharton's criminal evidence*; West Group Ed., Saint Paul, 1973; citado en MILLER, R.; «*Other crimes evidence: Relevance examined*» en *The John Marshall Law Review*, vol. 16; pág. 372.

¹⁴¹⁴ En tal sentido, vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; «*Concepto y objeto de la prueba*» en GONZÁLEZ CANO, M.I. (Dir.); ROMERO PRADAS, M.I. (Coord.); *La prueba...*; pág. 54; MONTERO AROCA, J.; *La prueba...*; págs. 169-170; THAMAN, C.; «*Fruits of the poisonous tree in comparative Law*» en *Southwestern Journal of International Law*, vol. 16; 2010; págs. 334-335; MIMOSO, M.J.; SOUSA, S.C.; MEIRELES, V.H.; *Evidence in Civil law...*; pág. 62.

Por su parte, ARMENTA DEU realiza un estudio comparativo entre unas y otras regulaciones y llega a la conclusión de que el fundamento para excluir los medios de pruebas ilícitos son diferentes en una y otra tradición. Si en la tradición del Derecho continental, de lo que se trata es de que, en la realización del Derecho penal, la enervación de la presunción de inocencia se lleve a cabo de manera que la prueba practicada llegue con todas las garantías en el proceso; en la tradición estadounidense, la regla de exclusión persigue poner límites al quehacer policial en la búsqueda de elementos incriminatorios, preservando determinados derechos constitucionales y, con ello, la integridad judicial. Vid. ARMENTA DEU, T.; *La prueba ilícita (un estudio comparado)*; Marcial Pons, Madrid, 2009; págs. 19-31.

¹⁴¹⁵ Vid. *Decisión sobre la propuesta de recusación a la mayoría del tribunal* en ConocoPhillips Petrozuata BV et al. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI nº ARB/07/30), de 5/V/2014, pág. 20; y *Decision on respondent's request for reconsideration. Dissenting opinion by Prof. Georges Abi-Saab* en el mismo asunto, de 10/III/2014, párrafos 1, 24 y 64. Asimismo, vid. *Award* en Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistán (Caso CIADI nº ARB/10/1), de 2/VII/2013; pág. 4.3.16.

desconocidos¹⁴¹⁶, así como grabaciones de voz de agentes del Estado demandado que daban cuenta de un acto preparatorio de un cohecho¹⁴¹⁷. Y lo cierto es que en ninguno de estos asuntos los tribunales han optado por la misma solución. Si en algún caso el tribunal ha guardado silencio sobre la admisibilidad, ya porque ha omitido pronunciarse sobre tal fuente de prueba como en *Kiliç c. Turkmenistán*, ya porque se rechazó la pretensión de revisar una decisión provisional bajo una excusa de preclusión como en *ConocoPhillips c. Venezuela*¹⁴¹⁸; en otros casos, el tribunal ha inadmitido ciertas fuentes de prueba, no tanto por entender que se habían obtenido vulnerando los derechos fundamentales de una parte, sino porque sobre tales fuentes de prueba recaía una obligación de confidencialidad, como es el caso de *Caratube c. Kazajistán*, que sin embargo sí admitió otras fuentes de prueba obtenidas también de manera furtiva por terceros, pero que no eran estrictamente confidenciales.

Es posible que la falta de acuerdo en este punto pueda deberse a que no existe una lista de derechos fundamentales que puedan ser de aplicación en el arbitraje entre inversores y Estados. Recuérdese que el principal Derecho aplicable en este tipo de asuntos es el de los TBI y TMI, es decir, tratados internacionales que regulan ciertos aspectos jurídicos relacionados con la protección de las inversiones extranjeras, pero que nada contienen en relación a Derechos fundamentales de las partes. Se podría, eso sí, aplicar la Constitución del Estado demandado, aunque se entiende que existen ciertos obstáculos para ello. Quizá el que sea el mayor de tales obstáculos consiste en que, en caso de interpretación errónea de la Constitución por parte del tribunal arbitral, no existiría posibilidad de recurso ante el órgano encargado de la interpretación última del texto jurídico supremo del Estado, ya que el sistema CIADI deshecha tal posibilidad (vid. art. 26 del Convenio).

Más allá de esto, no parece que sea función de un tribunal arbitral aplicar la Constitución del Estado demandado. Ya se ha visto que, en determinados casos, un tribunal arbitral puede aplicar el Derecho positivo del Estado demandado, pero tales casos se refieren, bien a aquéllos en que el convenio arbitral está contenido en el Derecho nacional del Estado, y no en un tratado internacional, lo cual es la norma general; bien a aquellos casos en que se debe evaluar si cierta acción llevada a cabo por los agentes del Estado es conforme a su Derecho nacional, por ejemplo, a la hora de determinar la gravedad del perjuicio causado.

¹⁴¹⁶ Vid. *Award* en *Caratube International Oil Company et al. c. República de Kazajistán* (Caso CIADI n° ARB/13/13); pág. 150.

¹⁴¹⁷ Vid. *Procedural Order n° 3* en *EDF (Services) Ltd. c. Rumanía* (Caso CIADI n° ARB/05/13), de 29/VIII/2008; pág. 1.

¹⁴¹⁸ Para un estudio en profundidad de lo que la autora califica como «oportunidad perdida», vid. IRETON, J.O.; «*The admissibility of evidence in ICSID arbitration: Considering the validity of WikiLeaks cables as evidence*» en *ICSID Review*, vol. 30, n° 1, 2015; págs. 213-242.

Una propuesta de solución a este impasse fue propuesta por el tribunal de *EDF c. Rumanía*, el cual, basándose en las Reglas IBA sobre práctica de prueba, propuso que una fuente de prueba sea tenida por ilícita allí donde contravenga los principios del debido proceso y la buena fe procesal¹⁴¹⁹. En aquel caso, la prueba, que consistía en una grabación de voz de un agente del Estado negociando un cohecho, parecía ser ilícita, además, a la luz de la ley del Estado demandado, aunque este hecho no fue el determinante. Es necesario reconocer la utilidad de este soporte teórico, que responde, se entiende que con acierto, a una necesidad del arbitraje de inversiones, cual es la de decidir cómo se ha de tratar la prueba obtenida ilícitamente sin echar mano del tradicional recurso a los derechos fundamentales, recurso que es imposible en el sistema CIADI.

Por otro lado, alguna doctrina ha entendido que la práctica internacional no es taxativa a la hora de decidir acerca de la admisibilidad de la prueba obtenida ilícitamente, y han procedido a estudiar cómo se ha tratado este problema en la práctica procesal internacional, procediendo a extraer ciertas directrices que puedan guiar la práctica del sistema CIADI¹⁴²⁰. Basándose en la jurisprudencia del TIJ, del TJUE, del TEDH y de tribunales arbitrales inversor-Estado que aplicaban el Reglamento CNUDMI, BLAIR y GOJKOVIĆ concluyeron que a la hora de determinar si una fuente de prueba ha de ser admisible, era necesario atender a tres factores diferentes: qué sujeto obtuvo la fuente cuya ilicitud se reclama, si existe algún interés público que recomiende la inadmisibilidad de la fuente de prueba y si el interés de la justicia favorece la toma en cuenta de la prueba cuya licitud está en entredicho.

Lo cierto es que, en cuanto al primer factor, varios tribunales internacionales han entendido que la prueba ilícitamente obtenida cuya obtención ha sido realizada por quien pretende valerse de la misma, debe ser inadmitida¹⁴²¹. Si bien,

¹⁴¹⁹ *Procedural Order n° 3* en *EDF (Services) Ltd. c. Rumanía* (Caso CIADI n° ARB/05/13), de 29/VIII/2008; párrafos 47-49.

Nótese que la redacción en castellano de las Reglas IBA sobre práctica de la prueba no contienen referencias ni a la buena fe procesal ni al debido proceso, sino a «consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las partes». Sin embargo, la redacción original en inglés de dichas Reglas reza: «*considerations of procedural economy, proportionality, fairness or equality of the Parties that the Arbitral Tribunal determines to be compelling*». Aquí se traduce «*fairness*» por «debido proceso», en parte porque no son pocos los textos oficiales que echan mano de esa traducción especialmente en el ámbito del TEDH, sino también porque se entiende que ambos términos son en esencia sinónimos.

¹⁴²⁰ Vid. BLAIR, C.; GOJKOVIĆ, E.V.; «*WikiLeaks and beyond: Discerning an international standard for the admissibility of illegally obtained evidence*» en *ICSID Review*, vol. 33, n° 1, 2018; págs. 235-259.

¹⁴²¹ Así, por ejemplo, el TIJ en el asunto de la crisis de los rehenes de Irán, el tribunal ordenó la devolución por parte de Irán de ciertos documentos que había utilizado en su defensa, pero que había obtenido tras la ocupación de la embajada estadounidense en Teherán. Vid. *Sentencia* en el asunto relativo a personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos c. Irán), de 24/V/1980, pár. 10; en *ICJ Reports*, 1980. Cfr. Orden en el mismo asunto, de 15/XII/1979, pár. A; en *ICJ Reports*, 1979.

como ponen de manifiesto BLAIR y GOJKOVIĆ, aun ante estos casos, los tribunales han solido aplicar cierta proporcionalidad, de manera que la tolerancia frente a medios de prueba obtenidos mediante vulneraciones particularmente graves del Derecho internacional ha sido menor¹⁴²². Por otro lado, estas autoras explican que, cuando se refieren a intereses públicos que recomienden la inadmisión de la prueba obtenida ilícitamente, lo hacen especialmente al secreto que vincula a los profesionales jurídicos con sus clientes. Por último, defienden estas autoras que el interés de la justicia se ve afectado cuando el tribunal adopta o mantiene una decisión basada en hechos que han sido probados como absolutamente falsos por cierta prueba que, a pesar de haber sido obtenida ilícitamente, es públicamente conocida. Esta referencia viene hecha al caso *ConocoPhillips c. Venezuela*, en que la demandada presentó un documento indubitado revelado por *WikiLeaks* que desmentía los hechos considerados como probados por el tribunal arbitral: que el gobierno venezolano había rechazado negociar con la demandada la expropiación de sus activos en territorio venezolano.

Los criterios a adoptar en cuanto a la admisibilidad de una prueba que se reputa ilícita no parecen fáciles de determinar. Por un lado, en el sistema CIADI existe una falta de fundamento teórico, si se compara la situación existente con aquélla de las legislaciones nacionales, que vinculan la ilicitud a una vulneración de sus derechos fundamentales. Por otro lado, aunque en la doctrina procesal existan posturas enfrentadas¹⁴²³, no parece exigible que los tribunales rechacen, de manera categórica y automática, toda prueba obtenida ilícitamente. De un lado, es

Por otro lado, en el sentido de admitir expresamente dicha prueba por causa de que no había sido obtenida por el sujeto que se pretendía valer de la misma, se puede citar el asunto *Persian International Bank c. Comisión Europea*, en el cual, el demandado propuso como prueba unos cables publicados en *WikiLeaks* que recogían la solicitud de agentes estadounidenses hacia gobiernos europeos de instar la congelación de activos del demandante. El Tribunal basó su decisión en el principio de libre valoración de la prueba, lo que se considera desacertado, ya que la admisibilidad y la valoración de la prueba son cuestiones distintas. Vid. STJUE (Sala cuarta) en el asunto T-493/10, de 6/IX/2013, pár. 95.

Finalmente, ya en el ámbito propio del arbitraje de inversiones, las autoras resaltan el asunto *Methanex c. Estados Unidos*. En este asunto, la prueba inadmitida como ilícita había sido obtenida por la parte actora a través de una búsqueda en los contenedores de basura de una organización que había mantenido negociaciones con el gobierno de California para instarles a tomar medidas de protección del medioambiente perjudiciales para la demandante. La prueba fue rechazada. Vid. *Final award of the tribunal on jurisdiction and merits* en *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, seguido en aplicación del Reglamento CNUDMI, de 3/VIII/2005, Parte II – Capítulo I.

Toda la jurisprudencia referida ha sido citada por las autoras en BLAIR, C.; GOJKOVIĆ, E.V.; «*WikiLeaks and beyond...*»; págs. 235-259.

¹⁴²² BLAIR, C.; GOJKOVIĆ, E.V.; «*WikiLeaks and beyond...*»; pág. 256.

¹⁴²³ Señala ARMENTA DEU que existen dos posturas contrapuestas por lo que hace al problema de si la prueba ilícita ha de ser admitida. Así, una corriente defiende la admisibilidad, validez y eficacia procesal de las pruebas obtenidas ilícitamente, bajo el argumento de la búsqueda de verdad material como objetivo del proceso, mientras que otra corriente rechaza de plano tal posibilidad. Frente a estas posturas intermedias, habría una tercera, que recurriría a una ponderación de los intereses en conflicto, la utilidad de la prueba o la gravedad de la lesión jurídica. Vid. ARMENTA DEU, T.; *La prueba ilícita...*; págs. 85-91.

importante tener en cuenta el sujeto responsable de la ilicitud, de otro, las consecuencias de la inadmisión.

Ante tales problemas, parece que la solución propuesta por el tribunal de *EDF c. Rumanía* parece adecuado. Recuérdese que dicha propuesta busca un fundamento teórico de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida en los principios generales del proceso, en especial el del derecho al debido proceso y de buena fe procesal, a los que se puede añadir el de igualdad de armas.

Finalmente, el test propuesto por BLAIR y GOJKOVIĆ, ayuda a abordar aquellas situaciones complejas en que la inadmisión de una fuente de prueba obtenida en vulneración de los principios generales del proceso conduciría a un resultado injusto. Así, se antoja necesario tener en cuenta si la prueba es obtenida por la parte que se vale de ella o por un tercero y, también, si dicha prueba es públicamente conocida. Más allá de estos factores, se puede tener en cuenta otro, que se considera de especial relevancia: si la prueba obtenida ilícitamente pone de manifiesto que una parte está actuando de mala fe, entonces tal prueba ha de ser tenida en cuenta. Piénsese que lo que se intentaría proteger en estos casos, es decir, el debido proceso, la igualdad de armas y la buena fe procesal, resultarían mermados si se inadmitiese una prueba que pusiera de manifiesto que una parte está vulnerando tales principios.

13.3.1. Sobre el carácter meramente guiador de estos criterios

Se debe tener en cuenta que los criterios expuestos, aun basados en la práctica y la doctrina CIADI, tienen un valor meramente indicativo y vinculan al tribunal en una medida mucho menor que cualquier otro criterio abordado hasta el momento en materia de jurisdicción, admisibilidad de la demanda o adopción de medidas cautelares. Esa es la opinión mayoritaria de la doctrina¹⁴²⁴ y tiene sentido que así sea, pues con ello se permite una mayor libertad a las partes a la hora de determinar de qué fuentes de prueba se pretenden valer en un procedimiento, el arbitral, que implica una mayor libertad de las mismas en relación a cuestiones procesales.

13.4. Facultades relativas a la valoración de la prueba

La Regla 34.1 prevé que el tribunal decida acerca del valor probatorio de las fuentes de prueba admitidas. La doctrina considera que la libertad del tribunal en

¹⁴²⁴ Vid. BORN, G.; *International Commercial Arbitration*, vol. 2, 2ª ed.; Kluwer Law International, Aalphen an der Rijn, 2014, pág. 2309; PIETROWSKI, R.; «*Evidence in international arbitration*» en *Arbitration international*; vol. 22, 2006; pág. 347.

este punto es absoluta¹⁴²⁵ y así lo ha considerado también la práctica¹⁴²⁶. Tal libertad a la hora de valorar las fuentes de prueba concretas es, además, un principio aceptado universalmente tanto en leyes nacionales de arbitraje¹⁴²⁷, de los reglamentos de arbitraje utilizados en los arbitrajes entre inversores y Estados¹⁴²⁸. Si bien es necesario tener en cuenta, como ha expresado TARUFFO, que la libre valoración de la prueba no permite cualquier tipo de valoración, sino que esta ha de estar vinculada a las reglas de la razón¹⁴²⁹. En todo caso, la inclusión del principio de libre valoración de la prueba en el sistema CIADI ha de calificarse como acertada, ya que de lo contrario, es decir, si se hubiese establecido un sistema legal de valoración de la prueba, se estaría limitando irracionalmente la libertad de los árbitros en esta materia, lo cual vaciaría de contenido al principio de inmediatez que han instituido las Reglas de Arbitraje (vid. Reglas 35.1 y 37.1).

13.5. Facultades relativas a la práctica de la prueba

Al contrario de lo que sucedía en lo relativo a la admisibilidad, las Reglas de Arbitraje son bastante pormenorizadas en lo que se refiere a la práctica de la prueba.

Las reglas 35 y 36 se ocupan de la declaración de testigos y peritos. Lo primero que se dice es que «los testigos y peritos serán interrogados por las partes ante el tribunal, bajo el control de su Presidente». Es decir, se consagra el principio de inmediatez o intermediación en cuanto a la práctica de la prueba. Sin embargo, en algún caso se ha eximido a los peritos de comparecer, en casos en que se acreditó que éstos padecían una enfermedad que les inhabilitaba para tal comparecencia, y con acuerdo de ambas partes¹⁴³⁰; si bien el mismo tribunal rechazó una comparecencia vía videoconferencia de un perito propuesto por la demandada cuya inasistencia no había sido justificada por ningún motivo¹⁴³¹.

La primera posibilidad, la de permitir que un testigo declare por escrito, viene recogida expresamente en la Regla 36.1.a), si bien se entiende de la redacción de la misma que se trata de una facultad discrecional del tribunal.

¹⁴²⁵ SCHREUER, C.H.; MALINTOPPI, L; REINISCH, A.; SINCLAIR, A.; *The ICSID Convention...*; pág. 666.

¹⁴²⁶ En tal sentido, vid. *Award* en Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos (Caso CIADI n.º ARB/07/7), de 7/VII/2004, párrafos 59-61; *Award* en Middle East Cement Shipping and Handling Co. SA c. República Árabe de Egipto (Caso CIADI n.º ARB/99/6), de 12/IV/2002, p. 75.

¹⁴²⁷ Vid. Art. 1700.3 CJ belga, sec. 15.3 ACA nigeriana, art. 30.4.º LAV portuguesa, sec. 34.2.f) de la Arbitration Act inglesa.

¹⁴²⁸ Vid. Art. 25.6 del Reglamento CNUDMI de 1976, art. 27.4 del Reglamento CNUDMI de 2013 y art. 26.1 del Reglamento de la CCE.

¹⁴²⁹ TARUFFO, M; *La prueba...*; pág. 91.

¹⁴³⁰ Vid. *Laudo* en Compañía de Aguas del Aconquija et al. c. República Argentina (Caso CIADI n.º ARB/97/3), de 20/VIII/2007; párrafos 2.7.7 y 2.7.8.

¹⁴³¹ Ídem, vid. párrafos 2.7.9 y 2.7.10.

Aunque se antoja difícil admitir que una excepción al principio de inmediación pueda depender de una facultad discrecional del tribunal, de tal forma que parece razonable tener en cuenta la importancia de la declaración o del informe pericial de que se trate, así como el sentido de la misma, de manera que si el perito o el testigo de que se trate es el único que mantiene cierta postura y, además, existe una imposibilidad material de que dicho testigo o perito se desplace hasta la sede en que se haya constituido el tribunal, dicho tribunal debería ser más reacio a excepcionar el principio de inmediación.

Además de garantizar el principio de inmediación, la Regla 35.1 también faculta al tribunal a realizar preguntas a los testigos y peritos, lo cual está en total armonía con lo establecido en el artículo 43 del Convenio, ya comentado, que permite a los árbitros libertad a la hora de proponer prueba. De tal manera que no tiene sentido que se permita lo más –proponer prueba- sin permitir lo menos –realizar preguntas a los testigos y peritos propuestos por las partes o por sí mismos. Lo que no se establece es cuál ha de ser el sentido de tales preguntas: si simplemente han de ser preguntas aclaratorias sobre aquellas cuestiones que no hayan sido explicadas correctamente tras las preguntas de los asesores jurídicos de las partes o si, por el contrario, tales preguntas pueden referirse a puntos que no hayan sido tratados por dichos asesores jurídicos. Dado que no se contempla en las Reglas ni en el Convenio una limitación a tales preguntas, se ha de entender que existe plena libertad a la hora de formular las mismas.

CONCLUSIONES

I. Existe cierta tradición de aceptar que los árbitros nombrados por las partes sirvan a los intereses de éstas en los arbitrajes, de manera que desarrollen una función a medio camino entre la de árbitros y mandatarios. Dicha tradición tiene su origen en el ámbito anglosajón. En tal ámbito ha ido perdiendo fuerza en los últimos años, aunque su influencia se ha hecho sentir en la doctrina y la práctica del Derecho continental. Con todo, parece prudente que en los arbitrajes con conexiones internacionales, en que pueden convivir distintas tradiciones jurídicas, se excluya la posibilidad de que los árbitros actúen de forma parcial, pues ello podría perjudicar la legitimidad del sistema de arbitraje internacional.

II. En el arbitraje CIADI se ha adoptado una concepción iusprivatista de la independencia e imparcialidad. Frente a la tradición iuspublicista, aquella pone el énfasis en la imparcialidad en sentido subjetivo, pero excluye, de un lado, la imparcialidad referida al objeto del litigio y, de otro, la independencia como mecanismo profiláctico frente al ejercicio ilimitado del poder por parte de autoridades nominadoras u órganos del Estado.

Por otro lado, ni el Convenio ni las Reglas de Arbitraje CIADI explicitan el criterio con base al cual se ha de discernir si se ha producido una vulneración de la independencia e imparcialidad por parte de los árbitros CIADI. Tal criterio ha sido determinado por los tribunales y por los presidentes del Consejo Administrativo, que han adoptado diferentes posturas a lo largo del tiempo y que varían desde estándares que varían en cuanto a su nivel de exigencia. Todos estos estándares tienen una clara influencia de la práctica del *Common Law*, donde la jurisprudencia suele aplicar estándares más o menos estrictos a la hora de evaluar tales vulneraciones. Esta modalidad contrasta con la tradicional en Derecho continental, que consiste en enumerar una lista más o menos amplia de situaciones que constituyen prohibiciones para los juzgadores.

III. Un problema surge cuando coinciden en un mismo arbitraje, como árbitro y como abogado de una de las partes dos socios o empleados de un macrobufete con oficinas en varios países del mundo. En tales casos, aunque puede ser posible que las personas implicadas no mantengan ningún tipo de relación entre ellos, se produce una quiebra de la independencia exigida por el Convenio.

Otra situación problemática puede surgir cuando los sujetos referidos son *Barristers* de la misma *Chamber*. Estas instituciones, propias del entorno británico, no conllevan una relación profesional ni contractual entre sus miembros, que sólo comparten ciertos servicios comunes. Al tratarse de una institución ajena a la mayoría de ordenamientos jurídicos, se debe ser extremadamente cauteloso con este tipo de situaciones, que pueden hacer surgir dudas justificadas en los actores que no provienen de la tradición jurídica británica.

IV. La concurrencia, en una misma persona, del papel de árbitro y de otras funciones cercanas a esta da pie a situaciones críticas en cuanto a la independencia e imparcialidad de los árbitros. El riesgo nace por el hecho de que puede ser difícil para una persona juzgar imparcialmente un caso en que se están realizando las mismas alegaciones que en otro caso en que tal persona defiende o ataca una cierta postura como abogado. Además, se ha mostrado preocupación por la posibilidad de que quien actúa como árbitro se vea tentado a establecer una suerte de precedente jurisprudencial que pueda influir favorablemente a la postura que defiende en calidad de abogado. Para evitar tales consecuencias indeseables, se estima aconsejable establecer dos tipos de soluciones: impedir que se puedan llevar a cabo ambas funciones a la vez, aun en procedimientos distintos y establecer un período de gracia, es decir, un lapso de tiempo entre que se deja de desempeñar la función de abogado y se desempeña la de árbitro. Para aquellos casos en que el árbitro ha actuado como asesor jurídico de una de las partes, parece que la única solución posible es la de impedir tal posibilidad.

V. En las relaciones entre árbitros y asesores jurídicos de las partes se engloban una amplia gama de circunstancias: desde aquéllas en que un bufete colabora con un árbitro, siendo que aquél defiende intereses adversos a una de las partes en un procedimiento doméstico; hasta aquéllas en que dos personas actúan de forma cruzada como árbitros y abogados en dos procedimientos distintos a la vez; pasando por aquéllas en que existe una colaboración pretérita entre un árbitro y los abogados de una de las partes. La práctica CIADI ha sido muy permisiva con este tipo de relaciones, que han sido objeto de numerosas solicitudes de recusación. No se está de acuerdo con esta postura, si bien es cierto que la complejidad de tales casos impide esbozar una única solución ante los retos que los mismos plantean. Aunque sí parece posible establecer unas líneas generales que apunten a la intensidad y al momento de la relación. De esta forma, cuanto más intensa y más alejada en el tiempo sea la relación, menor riesgo habrá de vulnerar los principios de imparcialidad e independencia.

En cuanto a las nominaciones reiteradas, se considera que no deben ser tratadas de manera radical, prohibiéndolas en todo caso, pero sí parece necesario

establecer ciertas prevenciones. Tales prevenciones vendrían referidas a evitar la dependencia económica de los árbitros por parte de quien los nombra en reiteradas ocasiones, así como por limitar cualitativamente el número de nombramientos, si bien de manera generosa.

- VI.** No parece que la emisión de laudos adversos a una parte en procedimientos anteriores tenga entidad suficiente como para justificar una recusación. A pesar de lo cual, se ha de tener en cuenta, por un lado, el número de laudos desfavorables y, además, si éstos han sido anulados por varios comités *ad hoc* con base en extralimitaciones manifiestas del tribunal, corrupción del miembro recusado o falta de motivación del laudo. Si se está ante un caso de éstos, no cabe más que deducir que el recusado no ofrece garantías suficientes de independencia e imparcialidad.

En cuanto a la emisión de decisiones o resoluciones procesales contrarias a los intereses de las partes, en principio, no hay razón para dudar de la independencia o imparcialidad de un árbitro cuando éste ejerce facultades discrecionales. Sin embargo, la situación es más complicada cuando se adoptan medidas provisionales sin la debida motivación, o cuando se niega el consentimiento a la renuncia de un árbitro o se adopta un calendario procesal de manera inequitativa, perjudicando en ambos casos de manera injustificable a una de las partes. En tales escenarios, si el perjuicio es grave y, además, se realiza en fraude de ley o se vulneran de forma clara principios de justicia natural, no cabe más que deducir que el árbitro está actuando de forma parcial.

- VII.** Parece de utilidad establecer cinco criterios a la hora de evaluar la gravedad de las opiniones adversas. En primer lugar, habría que valorar el medio en el que se emiten dichas opiniones. En una entrevista periodística cabe esperar una mayor carga de subjetividad que de un enunciado de tipo académico. Y de tal mayor carga de subjetividad, cabe derivar un conocimiento más exacto de la actitud real del árbitro. En segundo lugar, resulta interesante atender a la intensidad con que se expresa una opinión, tanto por el tono y la dureza de las palabras utilizadas, como de la persistencia y cerrazón de dicha opinión.. En tercer lugar, parece útil fijarse en a quién van dirigidas las opiniones. En cuarto lugar, habría que atender al momento en el que se emiten las opiniones. Finalmente, en quinto lugar, tiene importancia la intención con la que se emite una opinión.

- VIII.** En cuanto a las relaciones personales, en la práctica CIADI se ha solicitado la recusación de sendos árbitros por relaciones familiares entre árbitros de

diferentes arbitrajes ante el mismo sujeto y relaciones de compañerismo que se remontaban a la Universidad. Descartando la primera de las recusaciones, ya que no implica ninguna relación con las partes del arbitraje, la segunda no parecía tener la entidad suficiente para justificar la recusación del árbitro, como entendió el tribunal. El criterio que se ha de seguir con carácter general en estos casos es el de la intensidad de la relación.

- IX.** Con el objetivo de valorar hasta qué punto compromete a la independencia e imparcialidad de un árbitro un eventual interés económico en el objeto del litigio, se ha propuesto un test basado en cuatro criterios: proximidad, intensidad, dependencia y materialidad. Aquí se considera que la materialidad, que atiende al porcentaje de ingresos que recibe un árbitro, no es un criterio justo, resultando más adecuado atender al valor absoluto de tales ingresos en vez de al relativo. Por otro lado, el resto de criterios deberían ser determinados en las Reglas, el Convenio o cualquier otro instrumento jurídico apto para vincular a los tribunales CIADI; buscando con ello evitar que quien ejerza funciones directivas dentro de la organización empresarial de una parte, y por tanto presente un interés económico indirecto en el objeto del litigio, pueda actuar como árbitro en un determinado procedimiento. Desde luego, la decisión de los tribunales CIADI en este punto se estima totalmente inapropiada, especialmente si se la compara con las estrictas conclusiones a que han llegado numerosos tribunales domésticos y que, en este punto, permiten una analogía plena con los árbitros CIADI.
- X.** Las líneas generales seguidas por la práctica CIADI ante los casos de contacto previo con el objeto del arbitraje se basan en que haber participado en arbitrajes anteriores en los cuales se han tenido que decidir sobre las mismas cuestiones de Derecho no afecta a la imparcialidad e independencia del árbitro. Sin embargo, cuando las cuestiones de hecho sí son las mismas en el arbitraje presente y el anterior, entonces sí hay una vulneración de dichos principios. Se considera que esta tesis es acertada, por cuanto que en el segundo supuesto se produciría un desequilibrio en el seno tribunal, ya que algunos de sus miembros contarían con información de la que el resto carecerían. Pero, además, esa información extra puede actuar como caparazón frente a nuevas pruebas y alegaciones de las partes.
- XI.** El deber de revelación se ha configurado en el sistema CIADI como un deber permanente, que dura a lo largo de toda la relación arbitral y del que se deriva un deber de investigación. Se considera que de manera contraria a lo dispuesto en las Reglas de Arbitraje, la primera declaración de revelación se debería presentar antes de la primera reunión del tribunal. El deber alcanza a todos los intereses y

relaciones presentes y pasadas de los árbitros, aún aquéllas que se consideren notorias, y abarca por lo tanto un haz de relaciones e intereses más amplio que los que comprometen la imparcialidad e independencia. A la hora de determinar el alcance objetivo del deber, las Directrices IBA tienen un valor indicativo, pero no son de aplicación obligatoria.

- XII.** Existe para los árbitros un deber de confidencialidad de aplicación general en el sistema CIADI, aunque puede limitarse en ciertas ocasiones. Con todo, no cabría excluir la confidencialidad de las deliberaciones, lo cual queda fuera del ámbito de disposición de las partes, ya que es una necesidad de orden público. Sin embargo, se debe permitir la exclusión de este deber en lo tocante a la publicación del laudo y de las actuaciones orales, ya que en estos casos ha de sopesarse la confidencialidad con el interés público que presentan los asuntos a que se enfrentan los tribunales CIADI.

Aunque en el sistema CIADI no exista una norma que regule la transparencia, ésta es una demanda acuciante de la opinión pública. Frente a soluciones particulares en forma de acuerdos entre las partes o anexos a los TBI, cada vez más comunes en los arbitrajes CIADI, se hace necesario proveer una solución de tipo global.

- XIII.** Los deberes que se pueden extraer del artículo 42.2 del Convenio son los siguientes: el de fallar y el de la imposibilidad de aludir a la oscuridad y el silencio del Derecho como excusa para no fallar. Sin embargo, este segundo deber plantea problemas cuando se trata de aplicar el Derecho internacional público, lo cual es muy común en los arbitrajes CIADI, ya que existe una gran oposición doctrinal y jurisprudencial a la hora de admitir la prohibición del *non liquet* en el ámbito del Derecho internacional público.

- XIV.** Las Reglas de Arbitraje CIADI imponen también un deber de exhaustividad. Tal deber implica que los tribunales arbitrales CIADI deben abordar todas las pretensiones hechas valer por las partes, pero no todas las alegaciones en que se apoyan tales pretensiones.

Por otro lado, si bien el Convenio sólo recoge de forma expresa el deber de motivación para el caso de los laudos, los motivos de anulación del artículo 52 del Convenio exigen que el deber de motivación alcance a todo tipo de resoluciones dictadas por los tribunales arbitrales. Los laudos emitidos en equidad también deben ser motivados, pero en tales casos la motivación viene referida a explicitar los criterios seguidos por el tribunal. Asimismo, los laudos dictados tras avenencia de las partes han de ser motivados, pero no en cuanto al fondo del asunto, sino en

cuanto a que el acuerdo sea fruto de la libre voluntad de las partes. Con todo para que una decisión no sea anulable por falta de motivación, basta con que dicha motivación no sea incoherente, no siendo relevante su peso o calidad.

XV. La regla general en el sistema CIADI es que los árbitros han de atenerse al sistema de fuentes acordado por las partes. Sin embargo, esto plantea problemas, en el caso de los principios generales del Derecho internacional público, por cuanto no existe un consenso en torno a tales principios. Por su parte, las redacciones vagas de los TBI y TMI dan lugar a una inseguridad jurídica para las partes. Por último, hay que tener en cuenta que el Derecho de la UE es inaplicable a los arbitrajes inversor-Estado desde la STJUE del caso *Achmea*.

XVI. Para los árbitros del sistema CIADI existe el derecho de renunciar. Tal derecho es, además, un deber cuando el árbitro es incapaz de actuar de forma imparcial o independiente, o cuando le es imposible cumplir con sus obligaciones por cualquier otra razón. No obstante, no se justifica una renuncia con base en el desacuerdo de un árbitro con el resto de la formación arbitral.

XVII. Aunque nada se recoge de forma expresa en el Convenio ni en las Reglas, el espíritu de estos permiten derivar algunos deberes de los árbitros, como el de redactar por sí mismos los laudos, el de otorgar un trato equitativo a las partes y el de congruencia. Se puede afirmar, por otra parte, que el principal derecho de los árbitros es al cobro de sus honorarios.

En cuanto al requisito de alta consideración moral, que el Convenio exige a los árbitros, no parece que tenga relevancia práctica alguna. Sin embargo, en cuanto al requisito de reconocida competencia, parece que es exigible unas competencias mínimas en Derecho del arbitraje de inversiones.

XVIII. El sistema CIADI prevé una exclusión absoluta de la responsabilidad de los árbitros, a través de una inmunidad de naturaleza internacional pública, lo cual es un signo distintivo de dicho sistema. Los fundamentos para establecer este tipo de inmunidad son discutibles, aunque es respetada en la práctica. La opción de renunciar a dicha inmunidad, que corresponde al CIADI, debe llevarse a cabo en caso de que el árbitro incurra en una conducta ilícita con ocasión del desempeño de sus funciones.

Con todo, se haría necesario establecer nuevos mecanismos que permitiese la dación de responsabilidades, no sólo jurídicas, sino especialmente social y política.

En tal sentido, parece adecuado potenciar el principio de transparencia, de forma que se permita el debate público sobre las decisiones de los tribunales arbitrales CIADI.

XIX. En la fase del arbitraje CIADI en que el tribunal ha de decidir sobre su jurisdicción, se ha de verificar la concurrencia de todos los presupuestos procedimentales del litigio concreto. La competencia corresponde al tribunal arbitral, conforme al principio *kompetenz-kompetenz*. Con todo, la inclusión de dicho principio en el sistema CIADI no tiene el objetivo de evitar la intromisión de la jurisdicción ordinaria en el arbitraje, lo que se consigue al tratarse de un sistema autónomo, sino la de evitar la sobrecarga de otros órganos del sistema CIADI. Los efectos de la interposición de la objeción preliminar de jurisdicción dependen del tribunal, siendo las más importantes la suspensión del procedimiento y la llamada bifurcación. En el caso de la suspensión, su adopción habrá de ser la regla general. Para tomar la decisión de bifurcación, el tribunal debe aplicar criterios de economía procesal.

XX. En cuanto a los aspectos materiales de la decisión sobre jurisdicción, el tribunal CIADI debe decidir si la diferencia que se le presenta ha surgido tras la aprobación del TBI o TMI; si la diferencia tiene naturaleza jurídica, en el sentido de que no sea de naturaleza política, económica o puramente comercial. También ha de verificar si la diferencia surge directamente de la inversión, lo que habría de excluir las inversiones periféricas y aquellos perjuicios causados de forma colateral por la actividad del demandado. Para que una determinada actividad sea considerada inversión, es necesario que sea acorde con lo dispuesto en el TBI, pero también en el Convenio CIADI. Además de esto, es recomendable que los tribunales verifiquen que la supuesta inversión cumple con los requisitos del test *Salini*. Por último, para poder afirmar su jurisdicción, el tribunal ha de verificar que la inversión no se llevó a cabo incurriendo en grave ilegalidad según el ordenamiento jurídico del Estado receptor. Por lo que hace al consentimiento, los tribunales han de verificar la fecha de su dación, y tener en cuenta los efectos de perpetuación de la jurisdicción que nacen a partir de tal fecha. También han de verificar si existen limitaciones a tal consentimiento en el TBI y han de denegar su jurisdicción cuando el demandante no cumpliera con los requisitos de validez de dicho consentimiento. La aplicación de la CNMF al consentimiento es altamente criticable, ya que no parece que esta haya sido una consecuencia prevista por los Estados en sus TBI.

XXI. En cuanto a las cuestiones relativas a las partes, los tribunales habrán de determinar si concurre la capacidad para ser parte demandada, que corresponde

tan sólo a los Estados parte del Convenio y a las subdivisiones administrativas u organismos públicos habilitados ante el CIADI. Además, la capacidad para ser parte actora corresponde a personas físicas o jurídicas, tanto de capital privado como público, aunque los tribunales arbitrales deben excluir aquéllos organismos de Derecho privado que ejerzan funciones gubernativas. Se ha de reconocer capacidad para ser parte a las matrices, cuando la inversión se haya realizado a través de una filial creada en cumplimiento de los requerimientos del Estado receptor. Se permite demandar a la empresa resultante de una fusión, pero esto no puede servir para esquivar las consecuencias de la falta de capacidad para ser parte de la empresa originaria. Para determinar la nacionalidad de la parte actora, el tribunal debe aplicar el Derecho del Estado a que aleguen pertenecer. No tienen derecho a demandar ante el CIADI los apátridas, ni las personas que posean la nacionalidad del Estado receptor, aunque posean a su vez otra nacionalidad. En cuanto a la determinación de la personalidad de las personas jurídicas, el criterio más razonable es el del control efectivo.

XXII. El objetivo de la decisión sobre la admisibilidad de la disputa es decidir si los hechos son arbitrables al quedar protegidos por un TBI. El estándar aplicable es de tipo *prima facie*, esto es, que el tribunal arbitral ha de considerar los hechos tal y como son alegados por los demandantes, razonando en el sentido de considerar que, si finalmente tales hechos resultan probados, estos constituirían una infracción de algún derecho establecido en el TBI. A la hora de presentar la solicitud sobre admisibilidad, parece razonable exigir a las partes que expongan sus argumentos fácticos y jurídicos, para evitar que el tribunal tenga que adoptar una postura inquisitiva.

XXIII. Las características de las medidas provisionales en el sistema CIADI son esencialmente las mismas que las de las medidas cautelares en Derecho interno. Sin embargo, en aquellas no concurren las notas de homogeneidad con el objeto mediato del arbitraje. En cuanto a la instrumentalidad, se ha de decir que, en el caso de las medidas provisionales en el sistema CIADI, van dirigidas a asegurar la efectividad del proceso, y no sólo de la resolución que le pone fin. Por otro lado, un primer presupuesto de las medidas provisionales es la necesidad de evitar un perjuicio irreparable. Otro es el de la urgencia, que concurre allí donde existe riesgo de que se produzca un perjuicio inminente. Ambos conceptos, leídos conjuntamente, conforman el de *periculum in mora*, propio del Derecho interno. Otros presupuestos son la proporcionalidad, que exige un balance entre el bien tutelado y el perjuicio causado a quien deba soportar la medida provisional. Todos estos presupuestos deben ser analizados por el tribunal arbitral que, además, debe tener jurisdicción *prima facie* para recomendar las medidas provisionales. No

existe en el sistema CIADI un *numerus clausus* de medidas provisionales que puedan ser adoptadas.

XXIV. Contra el criterio mayoritario, se considera que no se puede sostener el carácter obligatorio de las medidas provisionales en el sistema CIADI. En cuanto a las facultades del tribunal a la hora de modificar o adoptar las medidas provisionales, se considera que la posibilidad de recomendar de oficio una medida provisional es desafortunada, especialmente cuando medie oposición de la parte que deba soportar tal medida. En todo caso, es necesario que el tribunal respete el principio de contradicción en la adopción de estas medidas.

XXV. En cuanto a la facultad que compete a los árbitros CIADI de proponer prueba, se ha de entender que ésta tiene un carácter subsidiario en relación a la actividad de las partes y a la hora de decidir sobre su ejercicio, se ha de tener en cuenta la necesidad y pertinencia de la misma, pero también el coste de su práctica y la carga que representa la solicitud para quien la deba soportar. A la hora de admitir las fuentes de prueba, los tribunales CIADI han de evaluar la relevancia y materialidad, conceptos análogos a los de relevancia y pertinencia. En cuanto a la exclusión de prueba ilícita, el fundamento de la misma no se haya en la vulneración de los derechos fundamentales, sino en los principios del debido proceso. La prueba ilícita debe inadmitirse cuando la vulneración es causada por quien pretenda valerse de la prueba y cuando la información obtenida no sea notoria; pero si dicha prueba revela que una parte está actuando de mala fe, entonces tal prueba ha de ser tenida en cuenta.

CONCLUSIONS

- I. A certain tradition exists in accepting that party-appointed arbitrators uphold the interests of their nominators, so that their task is half way between arbitrators and trustees. Such a tradition finds its origins in the Anglo-Saxon legal systems. In those systems, such a tradition has been running out of popularity in the recent years, although its influence is still felt in the doctrine and practice of Civil Law. Yet, in international arbitrations, it seems prudent that this possibility is to be excluded. Otherwise, the legitimacy of the entire system might be impaired.

- II. In ICSID arbitration, a private-Law conception of independence and impartiality has been adopted. As opposed to the public-Law conception, the private-Law one emphasizes impartiality in a subjective sense, but excludes impartiality regarding the procedural object. Also, independence as a prophylactic device against the unlimited exercise of power by appointing authorities or State bodies is excluded under this conception.
On the other hand, neither the ICSID Convention nor its Arbitration Rules state the criteria through which an infringement of independence and impartiality must be assessed. The arbitral tribunals and the ICSID Administrative Council presidents, who have adopted different stances over time, have set out such criteria. These criteria might be classified according to the level of exigency they require. The different standards are clearly influenced by common law practice, where case law has established more or less strict standards when assessing infringements to independence and impartiality. This modality contrasts to the tradition followed in civil law systems, which consists in enlisting situations that may tantamount to prohibitions directed to judges and arbitrators.

- III. A problem arises when, in a same procedure, an arbitrator and a legal counsel of one of the parties are partners of a big law firm with several offices across the world. In those cases, a breach of independence takes place, although it might be possible that the involved persons do not keep any relation with each other.
Another troublesome situation comes into play when both an arbitrator and a legal counsel are barristers at the same chamber. These institutions are popular in Great Britain, and do not imply any professional or contractual relationship among its members, who only share certain common services. But, since it is an alien institution for most legal systems, arbitrators shall be extremely cautious with this

kind of situations that may give rise to justified doubts in the view of those professionals who do not belong to the British legal culture.

- IV.** The coincidence in the same person of the role of arbitrator and of other roles close to this one, might give rise to critical situations regarding arbitrators' independence and impartiality. The risk stems from the fact that it may be difficult for a person to judge impartially in a case where the legal arguments considered are the same as those pleaded in another case, in which the arbitrator acts as a legal counselor, supporting or attacking the aforementioned argument. In addition, concern has been raised regarding the possibility that arbitrators might be tempted to set a sort of precedent that may serve the positions that the arbitrator is advocating as an attorney. In order to avoid such undesirable consequences, it is advisable to establish two kind of solutions: avoiding that anyone could act as an arbitrator and a counsel at the same time, even before different procedures, and establishing a cooling-down period, meaning that, certain time elapses between the moment an attorney leaves their job and they start acting as arbitrator. In those cases in which an arbitrator has acted as counsel for one of the parties in the past, avoiding such possibility seems the only possible solution.
- V.** A broad range of situations might be encompassed in the category of relations between arbitrators and legal counselors of the parties. Among others, those in which a law firm giving legal advice to a party in a domestic procedure usually cooperates with an arbitrator. Also those in which two lawyers crossly perform as arbitrators and legal counselors in two different arbitrations at the same time. Moreover, even those situations in which a former collaboration had taken place between an arbitrator and the legal counselor of one of the parties may be classified under this category. The ICSID practice has been too permissive before this kind of situations, against which many disqualification proposals have been raised. The author does not agree with this stance, although the high complexity of these cases calls for preventing a single-solution proposal to be applied in all cases. Nevertheless, it seems possible to establish certain guidelines that focus in both the intensity and the moment at which the relationship takes place. Thus, the lower the intensity and the contemporaneity of the relation, the lower the risk of infringement of the principles of independence and impartiality. In respect of repeated appointments, it has to be said that they should not be treated drastically, by forbidding them in every case. However, it seems necessary to set certain preventions. Such preventions pertain to avoid the economic dependence of an arbitrator by someone who repeatedly appoints him, as well as to limit the number of appointments, albeit in an ample way.

VI. Rendering awards in previous cases that overrule the interests of a party does not justify a proposal of disqualification. Nevertheless, two issues must be brought in mind: an unusual high number of unfavorable awards and whether such awards have been annulled by ad hoc committees because the tribunal has manifestly exceeded its powers, corruption of that arbitrator or failure to state the reasons on which the award was based. In these cases, it must be deduced that the affected arbitrator does not offer enough guarantees of impartiality and independence.

Regarding the issuance of procedural orders that contain measures or decisions that prejudice a party, initially, there is no reason to doubt about the impartiality or independence of an arbitrator if those orders were taken in the exercise of discretionary powers. In spite of this, the situation is more complex when provisional measures are ordered without stating any reasons, when the members of the tribunal do not consent the resignation of a party-appointed arbitrator where the party did not act under bad faith, or when the procedural calendar is not equitable for both parties. In such cases, if there is a serious harm to one of the parties and, also, the order seems to be done fraudulently, or certain principles of natural justice are infringed, then it must be gathered that the arbitrator is acting in a partial way.

VII. It seems useful to establish five criteria in order to assess the seriousness of adverse opinions given by arbitrators. First, the environment in which the opinion was given. At a journalistic interview there is more subjectivity than in an academic research. Such a subjectivity illustrates better on the real attitude of the arbitrator. Second, it seems useful to pay attention at the intensity with which the opinion is expressed. The intensity may derive of the tone used, of how tough the chosen words are and of the persistence and rigidity of the opinion. Third, it seems useful to pay attention at the person whom opinions are directed: if the negative opinion is directed to a party, there are more doubts on impartiality that if the opinions are directed to other people related to the party. Fourth, the moment at which the opinions are given is also important: the nearer to the procedure, the more doubts on impartiality. Finally, the intention of the opinion must also be evaluated.

VIII. Regarding the personal relationships, in the ICSID practice there have been two disqualification proposals. One because of kinship between arbitrators and another one because of a former relationship of students' fellowship at the University. The first kind of relation has to be dismissed, since it does not imply any relationship with the parties to the arbitration. The second one does not seem to have enough entity to

justify a disqualification of the arbitrator, as the tribunal ruled. The approach to be followed in these cases looks into the intensity of the relationship.

- IX.** A test has been proposed to assess how an eventual economic interest undermines independence. That test is based in four criteria: proximity, intensity, dependence and materiality. Materiality is considered to attend at the percentage of incomes that an arbitrator receives, although it is considered that it might be fairer to assess materiality in relation to the absolute value of such incomes, instead of the relative value. On the other hand, the rest of criteria might be determined in the Rules, the Convention or any other legal instrument suitable for binding the ICSID tribunals. It is necessary to avoid that someone who develops duties as a corporate officer in a company that has economic interests in a party to the procedure acts there as an arbitrator. The decision of the ICSID tribunals in this point seems inadequate, especially when compared to the strict conclusions that a number of domestic tribunals have reached at this point before the same situations.
- X.** In ICSID arbitration, where the previous contact with the subject of the procedure is referred to previous ones where arbitrators had to decide on the same legal issues, no doubt on independence has arisen. Nevertheless, when the issues of fact are the same in the past and present arbitrations, then there is an infringement of independence and impartiality. This thesis is thought to be adequate. Indeed, in the second situation described, there would be an improper imbalance within the tribunal, since certain members will possess information that others do not. Also, such information might act as a defensive wall against the allegations and evidence proposed by the parties to the proceedings.
- XI.** The duty to disclose has been configured in the ICSID system as a permanent obligation, which lasts all along the arbitral relationship and from which a duty of investigation is derived. This job finds that the first exercise of the duty of disclosure must take place before the first hearing, opposite to the instructions given in the Rules. The duty reaches every interest as well as past and present relationships of the arbitrators, even those which are matter of public knowledge. When determining the scope of disclosure, the IBA Guidelines have a purely indicative value, but its application is not compulsory.
- XII.** Arbitrators are bound by a duty of confidentiality in the ICSID systems, although it might be limited in certain circumstances. In spite of this, no limitation is possible regarding the secrecy of the tribunal deliberations, because that would run against public order necessities and nor the Convention nor the Rules foresee that the parties could make them

public. Nevertheless, awards might be public, as well as the content of the oral proceedings. In these cases, confidentiality has to be balanced with the public interest in the matters at stake before ICSID tribunals.

- XIII.** Other duties might be drawn from article 42 of the Convention, such as the duty of issuing a decision and the impossibility of hiding behind the argument of obscurity or silence of the law for avoiding that duty. Notwithstanding this, there is a problem when public international law is to be applied, since a wide doctrinal and practical defy the possibility to forbid *non liquet* when such kind of law is to be applied. This is very relevant in ICSID arbitration, since public international law is usually the core law to be applied.
- XIV.** ICSID Arbitration Rules lay down a duty of exhaustiveness. This duty implies that the arbitral tribunals must tackle every claim put forward by the parties but not every allegation in support of those claims. Besides that, the Convention only expressly points that the duty to state reasons is referred to the awards. But article 52 has to be read in the sense that the duty to state reasons encompasses every kind of ruling issued by the tribunal. So the awards issued under application of equity must state reasons, even though in those cases the reasons just have to explicit the criteria followed by the tribunal. Likewise, awards issued in cases of a compromise solution have to give reasons for justifying that the compromise is a result of the free will of the parties. Yet, for a reasoning to be valid, being coherent is enough, not being its weigh or quality relevant.
- XV.** The general rule in ICSID system is that arbitrators must abide the system of legal sources agreed by the parties. However, this is a problem in the case of the general principles of public international law, given that there is no consensus on such principles. As to the vague drafts of the BITs, it must be said that they prompt legal uncertainty for the parties. Finally, it has to be taken into account that ICSID tribunals are not allowed to apply EU law, after the *Achmea* judgement was issued.
- XVI.** ICSID arbitrators have the right to resign. Such right is, also, a duty when the arbitrator is no longer able to comply with its obligations for any reason. Despite this, a resign under the pretext of disagreement with the other arbitrators is not justified.
- XVII.** Although nothing is expressly ruled in the Convention or the Rules, the spirit of these legal instruments allows deriving certain other duties. Among those, the duty to draft the awards by themselves, the duty to treat the parties fairly and the duty of congruence. It can be said, on the

other hand, that the main right of the arbitrators is to be paid for their job.

Regarding the requirement of high moral character, which is established in the Convention, it seems to have no relevance. Although, according to the requirement of recognized competence, it seems demandable that arbitrators have a minimum competence in the field of investment arbitration law.

XVIII. ICSID system foresees an absolute exclusion of responsibility for its arbitrators through a public-law-immunity. Such a feature is a distinguishing mark for the ICSID system. The founding for establishing this kind of immunity is debatable, although it is generally respected in the practice. The option to waive such immunity corresponds to the ICSID, and shall be exercised when the arbitrators commits a serious offense in connection with the performance of their duties.

In any case, it is necessary not only to establish new mechanisms for responsibilities, but also for accountability, especially of political and social nature. In this sense, it seems adequate to enhance the principle of transparency, so that public debate on the tribunals' decisions is guaranteed.

XIX. When deciding on its jurisdiction, the arbitral tribunal must verify that all of the procedural requirements are met in the particular procedure. The competence for this decision corresponds to the tribunal, in accordance with the *kompetenz-kompetenz* principle. Nevertheless, such a principle in the ICSID system does not serve the purpose of avoiding interferences by local courts, since ICSID system is an autonomous one. The aim of including the principle of *kompetenz-kompetenz* is rather to avoid the work overload of auxiliary bodies of the ICSID.

The effects of lodging preliminary objections on jurisdiction depend on the tribunal. The most important effects are the suspension of the proceedings and the so-called bifurcation. Suspension is often the general rule in case of preliminary objections.

XX. Regarding the material aspects of jurisdiction, the ICSID tribunal shall decide if the dispute before it has arisen after the signature of the BIT; if such dispute has a legal nature, meaning that it is not a political, economic or purely commercial dispute. It shall also verify if the difference directly stems from an investment, which would exclude peripheral investments, but also any prejudice caused collaterally by the activity of the respondent.

For a certain activity be regarded as an investment, it is necessary to be in line with the applicable BIT, but also with the Convention. Apart from this, it desirable that the tribunals verify whether the claimed

investment fulfills the requirements of the *Salini* test. Finally, in order to confirm its jurisdiction, ICSID tribunals have to establish whether the investment was done without committing any serious illegality, in accordance with the law of the host State.

With reference to consent, tribunals must check the date in which it was given, and have to take into account the effects of *perpetuatio iurisdictionis* which run since that date. Also, tribunals have to verify if parties to the BIT have set limitations to consent, and have to deny jurisdiction when the claimant does not comply with the validity requirements of such consent. The application of the MFN clause to consent is highly reprehensible, since it does not seem that this has been a foreseen consequence in BITs.

XXI. As for the issues related to the parties, ICSID tribunals have to determine if they have capacity to be parties to the procedure. In this sense, it must be taken into account that only Contracting States -or their authorized constituent subdivisions or agencies- are allowed to act as respondents. Also, the ability to act as claimants corresponds to natural or legal personas, financed with public or private capital, although ICSID tribunals must exclude those private entities which develop governmental tasks.

Parent companies should be allowed to be a party to the proceedings, when the investment was done through a subsidiary company which was established in compliance with the legal requirements of the host State. Merged companies may also claim, but a merge of corporations cannot be used to skip the consequences of the lack of capacity of the primal company. In order to establish the nationality of the claimant, the tribunal must apply the law of the State whose nationality is alleged. Neither stateless persons nor those with the nationality of the host State –even if they have a second nationality- can claim before the ICSID. As to the determination of the nationality of a legal entity, the most reasonable criterion to establish it is the one of the effective control.

XXII. The aim of the decision on admissibility is to decide if the facts can be arbitrated, given that they fall within the scope of protection of the BIT. The applicable standard is a *prima facie* test; this means that the tribunal shall consider the facts as they are alleged by the claimants, reasoning that, if those facts are finally proofed through evidence, an infringement of the rights enlisted in the BIT would be confirmed. When submitting the application on admissibility, it seems reasonable to require the parties to expose their factual and legal arguments; in order to avoid that the tribunal has to assume an inquisitive stance.

XXIII. The characters of provisional measures in the ICSID system are essentially the same as those of precautionary measures in domestic law. Nevertheless, certain features, as homogeneity with the mediate object of the action do not concur. As for the feature of instrumentality, ICSID provisional measures are lead to ensure the effectiveness of the procedure, and not just the effectiveness of the award.

A first prerequisite of provisional measures is the necessity to avoid an irreparable harm. Another one is the urgency, which concurs where there is a risk of imminent harm. Both concepts, read together comprise the so called «*periculum in mora*», that prevails in domestic law. Other prerequisites are proportionality, which requires a balance between the protected legal right and the harm caused to the party who shall bear the harm caused by the provisional measure. All of these prerequisites shall be analyzed by the tribunal, which, also, must have *prima facie* jurisdiction for recommending provisional measures. A *numerus clausus* list of provisional measures to be adopted does not exist in the ICSID system.

XXIV. Against the mainstream criterion, it is considered that provisional measures are not compulsory in ICSID system. As to the faculties of the tribunal when modifying or adopting provisional measures, it is considered that the possibility to recommend such measures *ex officio* is unfortunate, especially when the party against whom the provisional measure is directed opposes to such measure. In any case, the tribunal has to follow the adversarial principle when adopting provisional measures.

XXV. As to the faculty of arbitrators when proposing evidence, it must be understood that it has a subsidiary character in relation to the activity of the parties. In deciding on the exercise of this faculty, the tribunal shall assess the necessity and pertinence of it, as well as the cost of its practice, and the burden to whom might bear it. When declaring evidence as admissible, ICSID tribunals must assess its relevance and materiality of such evidence. As to the exclusion of illegal evidence, the founding of such exclusion cannot be located in the infringement of fundamental rights, but in the principles of due process. Illicit evidence should be dismissed when it has been obtained by the party who proposes such evidence and when the information provided by the evidence is not public; but if such evidence reveals that a party is acting in bad faith, then that evidence shall be dismissed.

BIBLIOGRAFÍA

- AGGARWAL, M; MAYNARD, S; «*Investment Treaty Arbitration Post-Abaclat towards a Taxonomy of Mass Claims*» en *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2014.
- ALBRECHT, W.E.; «*Some legal questions concerning the Convention on the Settlement of Investments Disputes between States and Nationals of other States*» en *Saint Louis University Law Journal*; vol 12, núm. 4, 1968.
- ALLEN, N; MALLET, D.; «*Arbitrator disclosure – no room for colour blind*» en *Asian International Arbitration Journal*, vol 7, núm. 2, 2011.
- ALONSO, J.M.; «*Transparencia en la designación de árbitros y la prevención de conflictos de intereses*» en *Revista Jurídica de Castilla y León*; núm. 29, 2013.
- AMERASINGHE; C.F.; «*Submissions to the Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*» en *Journal of Maritime Law and Commerce*; vol. 5, 1974.
- AMRANI MEKKI, S; STRICKLER, Y.; *Procédure civile*; Presses Universitaires de France, Paris, 2014.
- ANDREWS, N.; *English Civil Procedure*; Oxford University Press; Oxford, 2010.
- ANKERSMITH, L.; «*Achmea: the beginning of the end of ISDS in and with Europe?*» en *Investment Treaty News*, disponible online en <https://www.iisd.org/itn/2018/04/24/achmea-the-beginning-of-the-end-for-isds-in-and-with-europe-laurens-ankersmit>.
- ARAGONESES ALONSO, P.; *Sentencias congruentes: pretensión, oposición, fallo*; Ed. Aguilar, Madrid, 1957.
- ARELLANOS GARCÍA, C.; «*Evolución de la cláusula Calvo y la zona prohibida en el Derecho constitucional mexicano y en el Derecho internacional*» en VVAA; *La Revolución Mexicana a 100 años de su inicio. Pensamiento social y jurídico*; UNAM, México DF, 2010.
- ARMENGOT VILAPLANA, A.; «*Los principios del procedimiento ante el Tribunal de las Aguas de Valencia*» en BONET NAVARRO, J. (dir.); *El Tribunal de las Aguas de Valencia. Claves jurídicas*; Institució Alfons el Magnànim-Diputació de Valencia; Valencia, 2014.
- ARMENTA DEU, T.; *La prueba ilícita (un estudio comparado)*; Marcial Pons, Madrid, 2009.

- ARMENTA DEU, T.; *Lecciones de Derecho procesal civil. Proceso de declaración. Proceso de Ejecución. Procedimientos Especiales. Arbitraje y Mediación*; 10ª Ed.; Marcial Pons, Madrid, 2017.
- AZNAR-GÓMEZ, M.J.; «Article 2» en ZIMMERMAN, A.; TOMUSCHAT, A.; OELLERS-FRAM, K; TAMS, C.J. (Eds.); *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*; 2ª Ed.; Oxford University Press, Oxford, 2012.
- BALL, M.; «Probity deconstructed: How helpful, really, are the new International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration?» en *Arbitration International*, vol. 21, 2005.
- BARONA VILAR, S.; «Artículo 23. Potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares» en BARONA VILAR, S. (Coord.); *Comentarios a la Ley de Arbitraje*; Civitas Ediciones, Madrid, 2004.
- BARONA VILAR, S.; «Artículo 24. Principios de igualdad, audiencia y contradicción» en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*; Civitas ediciones, 2004, Madrid.
- BARONA VILAR, S.; *Las medidas cautelares en el arbitraje*; Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.
- BASSIOUNI, M.C.; «A functional approach to “general principles of international Law”» en *Michigan Journal of International Law*; vol. 11, 1990.
- BERGER, M.; «A comparative study of British barristers and American legal practice and education» en *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 5, núm. 540, 1983.
- BERNINI, G; *L'arbitrato. Diritto interno, convenzioni internazionale*; Ed. CLUEB, Bolonia, 1993.
- BIDDULPH, M; NEWMAN, D.; «A contextualized account of General Principles of International Law» en *Pace International Law Review*; vol. 26, 2014.
- BIRF; «Preliminary Draft of a Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States. Working paper for consultative meetings of legal experts designated by governments» (1963) en CIADI; *History of the ICSID Convention*; vol. II.1.
- BISHOP, R. D. y MARCHILI, S.M.; *Annulment under the ICSID Convention*; Oxford University Press, Oxford, 2014.
- BLAIR, C.; GOJKOVIĆ, E.V.; «WikiLeaks and beyond: Discerning an international standard for the admissibility of illegally obtained evidence» en *ICSID Review*, vol. 33, nº 1, 2018.
- BLOCK, J. R.; «Stump v. Starkman and the history of judicial immunity» en *Duke Law Journal*, núm. 5, 1980.

- BÖCKSTIEGEL, K.-H.; «Presenting evidence in international arbitration» en *ICSID Review – International Investment Law Journal*; vol. 16, núm. 1, 2001.
- BODANSKY, D.; «Non liquet» en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*; 2006. Disponible online en el enlace: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1669?prd=EPIL>.
- BORN, G.; *International Commercial Arbitration*, vol. 2, 2ª ed.; Kluwer Law International, Aalphen an der Rijn, 2014.
- BOVE, M.; «Responsabilità degli arbitri» en *Rivista dell'arbitrato*, nº2, Giuffrè Editore, Milán, 2014.
- BRICEÑO MONZÓN, C.A.; «La frontera chilena-argentina: la controversia por el canal del Beagle» en *Tiempo y Espacio*, núm. 52, 2014.
- BROCHES, A.; «Convention on the Settlement of Investment Disputes: some Observations on Jurisdiction» en *Columbia Journal of Transnational Law*; vol. 5, 1966.
- BROWER, C.; MELIKIAN, S. y DALY, M.P.; «Tall and Small Tales of a Challenged Arbitrator» en GIORGETTI, C. (Ed.); *Challenges and recusals of judges and arbitrators in international courts and tribunals*; Brill Nijhoff, Leiden, 2015.
- BROWER, C.N. y ROSENBERG, C.B.; «The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded» en *Arbitration International*, vol. 29, núm 1.
- BUERGENTHAL, T.; «The Proliferation of Disputes, Dispute Settlement Procedures and the Rule of Law» en *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 21, Núm. 1, 2006.
- CABALLOL ANGELATS, L.; *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*; JM Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.; «Artículo 36. Laudo por acuerdo de las partes» en GABERÍ LLOBREGAT, J. (dir.); *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Tomo II; Ed. Bosch, Barcelona, 2004.
- CAIVANO, R. J.; «El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene» en *Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 13, 2015.
- CALAMANDREI, P. (AYERRA MARÍN, Trad.); *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*; Librería el Foro, Buenos Aires, 1996.

- CALAMANDREI, P.; *Instituciones de Derecho procesal Civil*, vol. I; Librería El Foro, Buenos Aires, 1996.
- CALVO, C.; *Derecho internacional teórico y práctico. De Europa y América*; D'Amyot, París, 1868.
- CALVO SÁNCHEZ, M.C.; *Control de la imparcialidad del tribunal constitucional*; Editorial Atelier, Barcelona, 2009.
- CALVO SÁNCHEZ, M.C.; «*La recusación de los jueces y magistrados (I)*» en *Revista Universitaria de Derecho procesal*, nº 1; Madrid, 1988.
- CÁMARA RUIZ, J.; *Las facultades del juez en la actividad probatoria y la oralidad (Comunicación)* en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, 8/XI/2008. Disponible online en <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp2cam.pdf>.
- CANADIAN JUDICIAL COUNCIL; *Ethical Principles for Judges*; Ottawa, 2004.
- CAPPELETTI, M.; *Giudici irresponsabili? Studio comparativo sulla responsabilità dei giudici*; Giuffrè ed.; Milano, 1988.
- CARNELUTTI, F. (SENTÍS MELENDO, S.; Trad.); *Instituciones del proceso civil*, vol. I; Librería el Foro, Buenos Aires, 1997.
- CARREAU, D.; FLORY, T. y JUILLARD, P.; *Droit International Economique*; Ed. LGDJ; París, 1990.
- CASADO RAIGÓN, R.: *Derecho Internacional*; 2da Edición, Tecnos, Madrid, 2014.
- CASTILLO FREYRE, M; SABROSO MINAYA, R.; «*Los Árbitros y el Deber de Revelación en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento*» en *Revista Derecho y Sociedad*, núm. 44, 2015.
- CCI; *Note on the appointment, duties and remuneration of administrative secretaries*; de 1/VIII/2012.
- CERVANTES DUEÑAS, J. O.; «*Las instituciones de Bretón Woods: Desarrollo (neolibrealmente) Sustentable*» en *Observatorio Medioambiental*, núm. 17, 2014.
- CGPJ; «*Resumen sistematizado de resoluciones del Consejo General del Poder Judicial en materia disciplinaria (2011 a 1er. Semestre 2014)*», disponible online en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Informacion-Institucional/Como-funciona-el-CGPJ/Otras-Comisiones/La-Comision-Disciplinaria-y-el-Promotor-de-la-Accion-Disciplinaria>.
- CHECA BRAVO, J.; «*El Sistema Arbitral de Consumo y los principios de la Comisión de las Comunidades Europeas aplicables a los órganos de solución*»

- extrajudicial de los litigios de consumo»; en Estudios sobre consumo nº 52, 2000.*
- CHENG, T.H.; «*Precedent and control in investment treaty arbitration*» en *Fordham International Law Journal*, vol. 30, 2007.
 - CHIOVENDA, G.; *Principios de Derecho procesal civil. Tomo I*; Editorial Reus, Madrid, 2000.
 - CIADI; *Historia del convenio CIADI*; Balmar Printings and Graphics, Washington DC, 1969, reimpr. 2009.
 - CIADI; *Lista de Estados Contratantes y Signatarios del Convenio*; Nueva York, 2018; disponible *online* en el enlace: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/Lista%20de%20Estados%20Contratantes%20y%20Signatarios%20del%20Convenio-%20Latest.pdf>.
 - CIADI; *Lista de pagos de derechos, honorarios y cargos del CIADI*, cuya última actualización es de 1/VII/2017, disponible *online* en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/icsiddocs/Schedule-of-Fees.aspx>.
 - CIADI; *Memorándum sobre pagos y gastos del CIADI*, cuya última actualización es de 6/VII/2005; disponible en inglés *online* en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/icsiddocs/--Memorandum-on-the-Fees-and-Expenses-English.aspx>.
 - CLAROS ALEGRÍA, P.; «*El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*» en *Revista de Derecho Procesal*, 2007.
 - CLAY, T.; «*L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable*» en VAN COMPERNOLLE, J. y TARZIA, G.; *L'impartialité du juge et de l'arbitre*; Ed. Bruylant, Bruselas, 2006.
 - CLAY, T.; *L'Arbitre*; Ed. Dalloz, París, 2001.
 - CLEIS, M.N.; *The independence and Impartiality of ICSID Arbitrators*; Brill Nijhoff, Leiden, 2017.
 - CNUCYD; *Controversias entre inversores y Estados: prevención y alternativas al arbitraje*; Nueva York/Ginebra, 2010.
 - CNUDMI; «*UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*», Nueva York, 2012. Disponible *online* en <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>.
 - CNUDMI; *Informe del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) sobre la labor realizada en su 52º período de sesiones*; Nueva York, 2010.

- CNUDMI; *Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 48º período de sesiones*; Nueva York, 2008.
- CNUDMI; *Notas de la de CNUDMI acerca de la organización de os procedimientos arbitrales de 2016*; 2016.
- COLEMAN, M; INNES, T.; «*Provisional measures during suspension of ICSID proceedings*» en *ICSID Review*, vol. 30, núm. 3, 2015.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (ONU), *Artículos sobre responsabilidad internacional por actos ilícitos*, 2001.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (ONU); «*La cláusula de nación más favorecida en el derecho de los tratados: documento de trabajo presentado por el Sr. Endre Ustor, Relator Especial*» en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*; vol. II, 1968.
- COMMISSION, J.; MOLOO, R.; *Procedural Issues in international investment arbitration*; Oxford University Press, Oxford, 2018.
- COOK, A.; «*Kompetenz-Kompetenz: Varying approaches and a proposal for a limited form of negative kompetenz-kompetenz*» en *Pepperdine Law Review*, vol. 42, 2014.
- CORDÓN MORENO, F.; «*Principio de proporcionalidad y congruencia de la resolución que adopta las medidas cautelares*» en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 674, 2005.
- CÓRDOVA SCHAEFER, J.; «*El principio kompetenz-kompetenz: algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia*» en *Actualidad Civil*, vol. 16, 2015.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; «*Concepto y objeto de la prueba*» en GONZÁLEZ CANO, M.I. (Dir.); ROMERO PRADAS, M.I. (Coord.); *La prueba. La prueba en el proceso civil*, tomo I; Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; MORENO CATENA, V.; *Derecho procesal civil. Parte General*; Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- COUTURE, E.J.; *Fundamentos de Derecho procesal civil*; 4ª Ed.; Euros Editores, Buenos Aires, 2010.
- COYLE, J. F.; «*The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation in the Modern Era*» en *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 51, 2013.
- CREMADES, B.; CAIRNS, D.J.A.; «*Trans-national public policy in international arbitral decision-making: the cases of bribery, money-laundering and fraud*» en KARSTEN, K.; BERKELEY, A. (Eds.); *Arbitration – Money Laundering, Corruption and Fraud*; ICC Publishing, París, 2003.

- CRIVELLARO, A.; «*Does the Arbitrators' Failure to Disclose Conflicts of Interest Fatally Lead to Annulment of the Award? The Approach of the European State Courts*» en *The Arbitration Brief*, vol. 4, núm. 1, 2014.
- CROFT, C.; KEE, C.; WAINCYMER, J.; *A Guide to UNCITRAL Arbitration Rules*; Cambridge University Press, Nueva York, 2013.
- DAMSTRA, J.R.W.; «*Sovereignty and Underdevelopment in China: The 1842 Treaty of Nanjing and the Unequal Treaties*» en *Journal of Undergraduate Research and Scholarly Excellence*, vol. IV, 2013.
- DE BERRANGER, T.; «*L'article 52 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 et les premieres enseignements de sa pratique*» en *Revue de l'arbitrage*; núm. 93, vol. 1, 1988.
- DE FINA, A. A.; «*The party-appointed arbitrator in international arbitration – Role and selection*» en *Arbitration International*, vol. 15, núm. 4.
- DE WITT WIJNEN, O.L.O.; VOSER, N. y RAO, N.; «*Background information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in international arbitration*» en *Bussiness Law International*, vol. 5, núm. 3, 2004.
- DIEZ-PICAZO, L.M.; «*La naturaleza de la Unión Europea*» en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*; vol. 4, 2008.
- DÍEZ DE VELASCO, M.; *Instituciones de Derecho internacional público*; Ed. Tecnos, 18ª Edición, 2013.
- DIMITRIPOULOS, G.; «*Constructing the independence of international investments arbitrators: Past, present and future*» en *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 36, núm. 2, 2016.
- DRUZIN, B.H.; «*Why does soft law have any power anyway?*» en *Asian Journal of International Law*, núm. 7, 2017.
- DUGAN, C.F.; WALLACE, D.; RUBINS, N.D.; SABAHI, B.; *Investor-State Arbitration*; Oxford University Press, Oxford, 2011.
- EBERHARDT, P.; OLIVET, C.; *Profiting from injustice. How law firms arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*; Corporate Europe Observatory y Transnational Institute; Bruselas/Amsterdam, 2012.
- EL-KOSHERI, A.S.; YOUSSEF, K.Y.; «*The independence of international arbitrators: an arbitrator's perspective*» en *ICC Dispute Resolution Bulletin – Special supplement*, 2008.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.; «*Procedimientos de aplicación de las normas internacionales (III): medios de arreglo de carácter jurisdiccional (I): cuestiones generales y tribunales especializados*», en DÍEZ DE VELASCO, M.;

Instituciones de Derecho internacional público, 18ª edición; Editorial Tecnos, Madrid, 2013.

- ESTAVILLO CASTRO, F.; «*Ética en el arbitraje*» en *Arbitraje Internacional. Pasado Presente y Futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*; Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2013.
- EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE (PARLAMENTO EUROPEO); «*Investor-State Dispute Settlement (ISDS). State of play and prospects for reform*»; Bruselas, 2014.
- FEDERAL JUDICIAL CENTER (EEUU); *Recusal: analysis of case law under 28 USC §§ 445 & 144*; Washington DC, 2002.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A.; GARCÍA CAMIÑAS, J.; «*Arbitraje y Justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en Derecho romano*», en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J. (Dir.) y NEIRA PENA, A. (Coord.); *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*; Ed. Civitas (Thomson Reuters), Cizur Menor, 2011.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.; «*Las facultades probatorias del juez civil previstas en el art. 49.1.II LEC*» en *Práctica de Tribunales. Revista de Derecho procesal Civil y Mercantil*, núm. 21, 2005.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E.; «*¿Es compatible la confidencialidad con el arbitraje en inversiones extranjeras? Hacia una mayor transparencia y participación de terceros en los procedimientos arbitrales inversor-Estado*» en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*; Vol. 19, nº 1, 2007.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E.; *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral* en el CIADI; Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E.; *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*; Marcial Pons, Madrid, 2008.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, F.; «*La financiación por terceros en el arbitraje internacional*» en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 2, 2016.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; «*Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su transgresión*» en *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*; vol. VI, nº3, 2013.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; «*La nueva Ley de arbitraje peruana de 2008*»; en *Arbitraje: Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 1, núm. 3, 2008.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; *Abogacía Internacional. Volumen I. Arbitraje*; Editorial Rasche, Madrid, 2014.

- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; *Del arbitraje, de los árbitros y de la práctica arbitral*; Editorial Rasche, Madrid, 2014.
- FERRAJOLI, L.; «*Pasado y futuro del Estado de Derecho*» en *Revista internacional de filosofía política*, n° 17; Universidad Autónoma Metropolitana; México DF, 2001.
- FIELD, A.; «*Confirming the parting of ways: The law of bias and the automatic disqualification rule in England and Australia*» en *Singapore Journal of Legal Studies*, 2001.
- FINUCANE, A.; «*Automatic disqualification on grounds of objective bias*» en *King's Inns Student Law Review*, vol. 73.
- FOUCHARD, P.; «*Le Statut de l'arbitre dans la jurisprudence française*» en *Revue de l'Arbitrage*; n° 3, 1996.
- FOUCHARD, Ph.; GAILLARD, E.; GOLDMAN, B.; *On international Commercial Arbitration*; Kluwer Law International, Alphen aan der Rijn, 1999.
- FRANCK, S.D.; «*The liability of international arbitrators: a comparative analysis and proposal for qualified immunity*» en *Transnational Dispute Management*, Vol.2, Issue 5, 2005.
- GAILLARD, E. y SAVAGE, J. (Eds.); *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*; Kluwer Law International, Alphen aan der Rijn, 1999.
- GAILLARD, E.; «*Sociology of international arbitration*» en *Arbitration international*; Oxford University Press, 2015; núm. 31.
- GAL, J.; *Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*; Mohr Siebeck Verlag, Tübinga, 2008.
- GALAN, P.; «*The challenge of the Yukos Award: an Award Written by Someone Else – a Violation of the Tribunal's Mandate?*»; en *Kluwer Arbitration Blog*; de 27/II/2015; disponible online en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/02/27/the-challenge-of-the-yukos-award-an-award-written-by-someone-else-a-violation-of-the-tribunals-mandate/>
- GANESH, A.; «*Cooling-off Period (Investment Arbitration)*» en *Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law Working Paper Series*; núm. 7, 2017.
- GARCÍA ROCA, J.; «*El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo*» en *Teoría y realidad constitucional*; núm. 32; Editorial UNED, Madrid, 2013.

- GARCÍA ROCA, J.; VIDAL ZAPATERO, J.M.; «*El derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6.1 CEDH): una garantía concreta y de mínimos antes que una regla de justicia*»; en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P.; *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Madrid, 2005.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.; *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*; McGraw Hill, Aravaca, 1996.
- GAUKRODGER, G.; GORDON, K; «*OECD Working Papers on International Investment 2012/13. A scoping paper for the investment policy community*»; París, 2012.
- GAY, O.; «*Disqualification for Membership of the House of Commons*»; Parliament and Constitution Centre, Londres, 2004.
- GAY, O.; BENWELL, R.; «*The Separation of Powers*»; Parliament and Constitution Centre, Londres, 2011.
- GIESSEN, P.; *Der Pre-Arbitral-Referee un der Emergency Arbitrator in der internationalen Schiedsgerichtbarkeit*; Perter LangVerlag, Frankfurt del Meno, 2011.
- GILL, J.; «*The IBA Conflicts Guidelines – Who’s using them and how?*» en *Dispute Resolution International*, vol. 1, núm. 1, 2007.
- GILLIAUX, P.; *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*; Editorial Bruylant, Bruselas, 2012.
- GIMENO SENDRA, V.; *Derecho procesal civil*, vol. II; Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, 2016.
- GIMENO SENDRA, V.; *Introducción al Derecho procesal*; Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.
- GOLDMAN, C.; «*Mesures provisoires et arbitrage international*» en *Revue de droit des affaires internationales*, núm 1, 1993.
- GOLDSCHMIDT, W.; «*La imparcialidad como principio básico del proceso*» en *Monografías de Derecho español*, núm. 1; Instituto Español de Derecho procesal, Madrid, 1950.
- GOLDSCHMIT, J.; *Der Prozeß als Rechtslage*; Scientia Verlag, Aalen, 1986.
- GÓMEZ JENE, M.; «*El convenio arbitral: statu quo*» en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 2, 2017.
- GÓMEZ-ACEBO, A.; *Party-appointed arbitrators in international commercial arbitration*; Wolters Kluwer, Alphen aan der Rijn, 2017.

- GONZÁLEZ DE COSSÍO, F.; «*De necios y convencidos: el debate sobre la postura mexicana sobre quién decide acerca de la validez del acuerdo arbitral*» en *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2012.
- GONZÁLEZ MONTES, J.L.; «*La excepción de arbitraje*» en *Revista jurídica española La Ley*, vol. 1, 1990.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. S.; «*Medidas provisionales en la solución de controversias de inversión*» en *ICSID Review*, vol. 31, núm. 1. 2016.
- GOODALL, T. D.; «*Gunboat Diplomacy: Does It Have A Place In The 1990's?*»; Marine Corps University - Command and Staff College, Quantico, 1991. Disponible [online](https://www.globalsecurity.org/military/library/report/1991/GTD.htm) en <https://www.globalsecurity.org/military/library/report/1991/GTD.htm>.
- GRIMMER, S.; «*The Determination of Arbitrator Challenges by the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration*» en GIORGETTI, C. (Ed.); *Challenges and recusals of judges and arbitrators in international courts and tribunals*; Brill Nijhoff, Leiden, 2015.
- GUASP DELGADO, J.; en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*; T.I, Editorial Aguilar, Madrid, 1943.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E.; «*Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares*» en *El sistema de medidas cautelares*; Eunsa, Pamplona, 1974.
- HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J.; (BLANCH, D.; MÁIZ SUÁREZ, R. [Trad.]); *El Federalista*; ed. Akal, Madrid, 2015.
- HAMMOND, G.; *Judicial Recusal. Principles, process and problems*; Hart Publishing, Haywards Heath, 2009.
- HARRIS, D.J.; O'BOYLE, M.; WARBRICK, B.; *Law of the European Convention on Human Rights*, 2ª edición; Oxford University Press, Nueva York, 2009.
- HAVEDAL, A.; «*SCC Practice note. SCC Board decisions on challenges to arbitrators 2013-2015*»; Stockholm Chamber of Commerce, Estocolmo, 2015.
- HEISKANNEN, V.; «*Forbidding Dépeçage: Law governing investment arbitration*» en *Suffolk Transnational Law Review*; núm. 32, vol. 2, 2009.
- HENRY, M.; «*Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente*» en *Revue de l'arbitrage* n°2, Paris, 1999.
- HERNÁNDEZ, G.I.; «*Impartiality and bias at the International Court of Justice*» en *Cambridge Journal of International and Comparative Law*; vol. 1, 2012.

- HESS, B.; «*L'impartialité du juge en droit allemand*» en VAN COMPERNOLLE, J.; TARZIA, G. (Dir.); *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Etude de droit comparé*; Editorial Bruyillant, Bruselas, 2006.
- HESS, B.; «*The fate of investment dispute resolution after the Achmea decision of the European Court of Justice*»; *MPILux Research Papers Series*; núm. 3, 2018.
- HESS, B.; JAUERING, O.; *Manual de Derecho procesal civil*; Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.
- HKIAC; *Guidelines on the use of a secretary to the arbitral tribunal*; de 1/VI/2014.
- HORN, P.; «*A Matter of Appearances: Arbitrator Independence and Impartiality in ICSID Arbitration*» en *New York -University Journal of Law and Business*, vol. 11, núm. 2, 2014.
- HORODYSKI, D.; «*Democratic deficit of investment arbitration in the view of Rules on Transparency and Mauritius Convention on Transparency*» en *US-China Law Review*; vol. 13, 2016.
- HUIPING, C.; «*Expansion of Jurisdiction by ICSID Tribunals: Approaches, Reasons and Damages*» en *World Investment Trade*, vol. 12, 2011.
- HUNTER, M.; PAULSSON, J.; «*A Code of Ethics for arbitrators in international commercial arbitration?*» en *International Business Lawyer*, vol. 13, núm. 4, 1985.
- HUNTER, J. M.; GARCÍA OLMEDO, J.; «*Enforcement/Execution of ICSID Awards against reluctant States*» en *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 12, 2011.
- HUSSAIN, R.; «*International Arbitration in Pakistan*» en *Key Law Reports Pakistan*; Lahore, 2012.
- ICSID SECRETARIAT; «*Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration (Discussion Paper)*»; 22/X/2004.
- ICSID SECRETARIAT; «*Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations*» (Working Paper); 12/V/2005.
- IRETON, J.O.; «*The admissibility of evidence in ICSID arbitration: Considering the validity of WikiLeaks cables as evidence*» en *ICSID Review*, vol. 30, nº 1, 2015.
- IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I.; «*Atenuación de los rasgos de confidencialidad y privacidad del arbitraje de inversión*» en *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*; vol. I, nº 1, 2008.

- IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I.; «*La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)*» en *La Ley. Unión Europea*, núm. 60, 2018.
- JACOBSON, S.T.; «*The elusive appearance of propriety: judicial disqualification under Section 455*» en *DePaul Law Review*, vol. 25, 1975
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.; «*Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial en la Constitución de 1978*» en GÓMEZ MARTÍNEZ, C. (Dir.); *La imparcialidad judicial*; Centro de Documentación Judicial (CGPJ), Madrid, 2009.
- JIMÉNEZ-BLANCO, G. y OSORIO ITURMENDI, L.; «*Los llamados árbitros de parte*» en *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, núm 18; Wolters Kluwer, 2013.
- JIMÉNEZ-BLANCO, G.; «*Confidencialidad en el arbitraje*» en *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*; vol. VIII, núm. 3º, 2015.
- JIMÉNEZ-BLANCO, G.; «*Sobre la independencia de los árbitros de parte*» en *Cinco Días*, Madrid, 16/III/2015. Disponible online en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2015/03/13/economia/1426260447_155805.html.
- JOVÉ, M.A.; *Medidas cautelares en el proceso civil*; JM Bosch Editor, Barcelona, 1995.
- JUNG, H.; «*SCC Practice: challenges to arbitrators. SCC Board decisions 2005-2007*»; Stockholm Chamber of Commerce, Estocolmo, 2007.
- KACZOROWSKI, R.J.; «*Federal Enforcement of Civil Rights during the First Reconstruction*» en *Fordham Urban Law Journal, Volume 23, Issue 4*; Nueva York, 1995.
- KELSEN, H.; *Teoría General del Estado*, 1ª edición, 2ª reimpr.; Ediciones Coyoacán, México D.F., 2008.
- KELSEN, H.; *Teoría Pura del Derecho*; 4ta edición, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2009.
- KEUTGEN, G.; «*L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit belge*» en TARZIA, G. y VAN COMPERNOLLE, J. (Dir.); *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Etude de droit comparé*; Editorial Bruylant, Bruselas, 2006.
- KIMBLE, J.; «*Ejusdem generis: what is it good for?*» en *Judicature*, vol. 100, núm. 2, 2016.
- LALIVE, P.; «*The first 'World Bank' arbitration (Holiday Inns v. Morocco) - some legal problems*» en *British Yearbook of International Law*, vol. 51, núm. 1, 1981.

- LANGFORD, M.; BEHN, D. y LIE, R.H.; «*The Revolving Door in international Investment Arbitration*» en *Journal of International Economic Law*; Oxford University Press, 2017.
- LAPIEDRA ALCAMÍ, R.; *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*; Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- LIEBERMAN, S.H.; «*Something's rotten in the state of party-appointed arbitration: healing ADR's black eye that is "nonneutral neutrals"*» en *Cardozo Journal of Dispute Resolution*, vol. 5.
- LIÑÁN NOGUERAS, D.L.; «*Capítulo 14. El Sistema de normas y actos en la Unión Europea (II)*» en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.L.; *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*; 9ª Ed.; Editorial Tecnos, Madrid, 2016.
- LINDSTRÖM, N.; «*Challenges to arbitrators. Decisions by the SCC Board during 2008-2010*»; Stockholm Chamber of Commerce, Estocolmo, 2010.
- LIONNET, K.; LIONNET, A.; *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*; Richard Boorberg Verlag, tercera edición, Mörlenbach, 2005.
- LLAMZON, A.P.; *Corruption in international investment arbitration*; Oxford University Press, Oxford, 2014.
- LOCKE, J. (MELLIZO, C.; Trad.); *Segundo tratado sobre el gobierno civil*; Alianza Editorial, Madrid, 1990.
- LÓPEZ BOFILL, H.; «*Reflexiones sobre los orígenes de la independencia judicial*», en GONZÁLEZ PASCUAL, M. (Dir.); SOLANES MULLOR, J.; (Coord.); *Independencia Judicial y Estado Constitucional. El estatuto de los jueces*; Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- LÓPEZ GUERRA, L.; «*El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales españoles. Coincidencias y divergencias*» en *Teoría y realidad constitucional*; núm.32, Editorial UNED, Madrid, 2013.
- LOWENFELD, A. F.; «*The Party-Appointed Arbitrator in International Controversies: Some Reflections*» en *Texas Law Journal*, vol. 30, 1995.
- LUTRELL, S.; «*Testing the ICSID Framework for Arbitrator Challenges*» en *ICSID Review*, vol. 31, núm. 3, 2016.
- MACDONALD, R.A.; «*Theory of procedural fairness*» en *Windsor Yearbook of Access to Justice*; núm. 1, 1981.
- MACKENZIE, R. y SANDS, P.; «*International courts and tribunals and the independence of the international judge*» en *Harvard International Law Journal*; vol. 44, núm. 271, 2003.

- MACLEAN, D. J.; WILSON, S-P.; «*Is there a crowd? Neutrality, partiality and partisanship in the context of tripartite arbitrations*» en *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 9, núm. 1; 2008.
- MALINTOPPI, L.; «*Provisional measures in recent ICSID proceedings: what parties request and what tribunals order*» en BINDER, C.; KRIEBAUM, U; REINISCH, A.; WITTICH, S. (Eds.); *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*; Oxford University Press, Oxford, 2009.
- MALINTOPPI, L.; «*Arbitrators' Independence and Impartiality*» en MUCHLINSKI, P.; ORTINO, F.; SCHREUER, C.; *Oxford Handbook of International Investment Law*; Oxford University Press, Oxford, 2008.
- MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*; Ed. Atelier; Barcelona, 2010.
- MANN, H.; COSBEY, A.; PETERSON, L.; VON MOLTKE, K; «*Comments on ICSID Discussion Paper "Possible improvements of the framework for ICSID arbitration"*»; International Institute for Sustainable Development, diciembre de 2004.
- MANTILLA-SERRANO, F.; PINSOLLE, P.; «*La independencia del árbitro y su obligación de revelación*» en *Arbitraje Internacional. Pasado Presente y Futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*; Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2013.
- MARCHILI, S.; «*La necesidad de un Código de Ética profesional en el arbitraje internacional*» en *Arbitraje Internacional. Pasado Presente y Futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*; Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2013.
- MARÍN NAROS, H.D.; «*Las antisuit injunctions (medidas cautelares antijuicio) en Derecho estadounidense*» en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 732, 2012.
- MARTÍN BRAÑAS, C.; «*El procedimiento probatorio*» en GONZÁLEZ CANO, M.I. (Dir.); ROMERO PRADAS, M.I. (Coord.); *La prueba. La prueba en el proceso civil*, tomo I; Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MARTIN, E.M.; «*Disqualification of Federal Judges for Bias under 28 U.S.C. Section 144 and Revised Section 455*» en *Fordham Law Review*, vol. 45, 1976.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P.; «*Artículo 16. Aceptación de los árbitros*» en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.); *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*; Bosch Editores, Barcelona, 2004.

- MARTÍNEZ ESPÍN, P.; «Artículo 17. Motivos de Abstención» en GARBERÍ LLOBEGRAT, J.; *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*; Ed. Bosch, Barcelona, 2004.
- MARTÍNEZ-FRAGA, P.J. y SAMRA H.J.; «A Defense of Dissents in Investment Arbitration» en *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 42, núm. 443, 2012.
- MATHEUS LÓPEZ, C. A.; *La independencia e imparcialidad del árbitro en el sistema CIADI*; Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2013.
- MATHEUS LÓPEZ, C.; *La independencia e imparcialidad del árbitro* [Tesis doctoral]; Universidad del País Vasco, Donostia, 2008.
- MATHEUS LÓPEZ, C.A.; «Reflexiones sobre el deber de revelación del árbitro» en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*; tomo XXVIII, 2, 2016.
- MATHEUS LÓPEZ, J.C.; «La imparcialidad e independencia del árbitro», disponible en http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/I/imparcialidad_e_independencia_del_arbitro/imparcialidad_e_independencia_del_arbitro.asp
- MAZUELOS BELLIDO, A.; «Soft Law: ¿mucho ruido y pocas nueces?» en *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 8, 2004.
- MCDOWELL, B.; «The usefulness of good moral character» en *Wahsburn Law Journal*; vol. 33, núm. 323; 1994.
- MCLACHLAN, C.; «Investment Treaties and general international law» en *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 57, 2008.
- MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M.; *Tratado de Derecho arbitral*, 4ª ed.; Editorial Civitas, Cizur Menor, 2014.
- MILES, K.; *The Origins of International Investment Law*; Oxford University Press, Oxford; 2015.
- MILLER, R.; «Other crimes evidence: Relevance examined» en *The John Marshall Law Review*, vol. 16, 1983.
- MIMOSO, M.J.; SOUSA, S.C.; MEIRELES, V.H.; *Evidence in Civil law – Portugal*; Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor, Maribor, 2015.
- MOLINA CABALLERO, M.J.; *La congruencia en los laudos arbitrales*; Universidad de Málaga, Málaga, 2002.
- MONROY HERNÁNDEZ, M.C.; «La cláusula de la nación más favorecida en los tratados bilaterales de inversión vigentes para Colombia y sus efectos de

- acuerdo con los laudos arbitrales del CIADI» en Revista de Derecho Público (Universidad de los Andes); núm. 35, 2015.*
- MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J.L. y BARONA VILAR, S.; *Derecho Jurisdiccional I. Parte general*; 26ª edición; Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
 - MONTERO AROCA, J.; *Independencia y responsabilidad del Juez*; Ed. Civitas, Madrid, 1990.
 - MONTERO AROCA, J.; *La prueba en el proceso civil*, 7ª Ed.; Civitas, Cizur Menor, 2012.
 - MONTERO AROCA, J.; *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*; Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
 - MONTESQUIEU, Ch.; *El Espíritu de las Leyes*; Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, Madrid, 1906.
 - MORENO CATENA, J.; «Artículo 17. Motivos de abstención y recusación» en BARONA VILAR, S. (Coord.); *Comentarios a la Ley de Arbitraje*; Civitas Ediciones, Madrid, 2004.
 - MUTIS TÉLLEZ, F.; «Arbitrators' independence and impartiality: a review of SCC Board decisions on challenges to arbitrators (2010-2012)»; Stockholm Chamber of Commerce, Estocolmo, 2012.
 - NADELMANN, K.H.; «The Judicial Dissent: Publication v. Secrecy» en *The American Journal of Comparative Law*; núm. 8, vol. 415; 1959.
 - NAGEL, R. F.; «Judicial Immunity and Sovereignty» en *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 6, 1978.
 - NAIR, K.G.; «The Character Committee: overseeing moral character and fitness» en *Law Forum*; vol. 23, 1994.
 - NERETS, V.; «Nationality of Investors in ICSID arbitration» en *RGSL Research Papers*; Riga Graduate School of Law, Riga 2001.
 - NUQUES MARTÍNEZ, T.; *Jurisdicción y Arbitraje; análisis crítico comparativo en los ordenamientos jurídicos ecuatoriano y español [Tesis doctoral]*; Universidade da Coruña, A Coruña, 2016.
 - NUQUES MARTÍNEZ, T.; VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, S.; «Una aproximación al arbitraje en el Ecuador desde la óptica constitucional» en PÉREZ-CRUZ MARTÍN (Dir.), NEIRA PENA, A. (Coord.); *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*, Civitas, Cizur Menor, 2011.
 - ÖHRSTRÖM, M.; *Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut. En handbok och regelkommentar för skiljeförfaranden*; Norstedts Juridik AB, Solna, 2009.

- OLDFATHER, C.M.; «*The Prospect of Open Deliberations in the Wisconsin Supreme Court*» en *Judicature*, vol. 95, núm 2, 2011.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (ONU); *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. I; Nueva York, 1958.
- ORTELLS RAMOS, M. (Dir. y coord.); *Introducción al Derecho Procesal*; 8ª Edición, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.
- ORTELLS RAMOS, M.; *Las medidas cautelares*; Ed. La Ley, Las Rozas, 2000.
- OUDIN, M.; *Evidence in Civil Law – France*; Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor, Maribor, 2015.
- PAREDES PAREDES, F.; «*La independencia e imparcialidad en el Sistema Interamericano*» en GONZÁLEZ PASCUAL, M. (Dir.); SOLANES MULLOR, J.; (Coord.); *Independencia Judicial y Estado Constitucional. El estatuto de los jueces*; Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- PARTINGTON, M.; *Introduction to the English Legal System*; Oxford University Press, Oxford, 2010.
- PAULSSON, J.; PETROCHILOS, G.; *UNCITRAL Arbitration*; Wolters Kluwer, Alphen aan der Rijn, 2018.
- PEDRAZ PENALVA, E.; *Constitución, jurisdicción y proceso*; Editorial AKAL, Madrid, 1990.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M.; «*Prevaricación (delitos de)*» en *Eunomia, Revista en cultura de la legalidad*; n.1 (septiembre 2011-febrero 2012); Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- PEREIRA DE MIRANDA, A.; «*Dever de revelação e direito de recusa de árbitro – considerações a propósito dos artigos 13 e 14 da Lei de Arbitragem Voluntária*» en *Revista da Ordem dos Advogados*; vol. IV, 2013.
- PÉREZ PACHECHO, Y.; «*Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI*» en *Cuadernos de Derecho Transnacional*; vol. 4, nº1, 2012.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.; *Derecho procesal civil*, tomo 1; 3ª Ed.; Editorial Andavira; Santiago de Compostela, 2012.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.; *Constitución y Poder Judicial*; 2ª Ed., Editorial Atelier, Barcelona, 2015.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.; *Derecho procesal civil*, tomo 2; 3ª Ed.; Andavira Ed., Santiago de Compostela, 2012.
- PEYRANO, J. W.; «*Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas*» en *Ius et Veritas*, núm. 15, 1997.

- PICÓ I JUNOY, J.; *El juez y la prueba*; José María Bosch Editor, Barcelona, 2007.
- PICÓ I JUNOY, J.; *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*; José María Bosch Editor, Barcelona, 1998.
- PIETROWSKI, R.; «*Evidence in international arbitration*» en *Arbitration international*; vol. 22, 2006.
- POLKING HORNE, M; GONIN, E.; «*Barristers from the Same Chambers Appearing as Counsel and Arbitrator: Independence Revisited*» en *Dispute Resolution International*, vol. 5, núm. 2, 2011.
- POUDRET, J.-F.; BESSON, S; *Comparative law of international arbitration*; Sweet & Maxwell, Londres, 2007.
- POZO SERRANO, M.P.; «*La licitud de la amenaza o del uso de armas nucleares. La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996*» en *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 69, vol. I, 1997.
- PRIORI POSADA, G.; «*El arbitraje en el Perú*» en PÉREZ-CRUZ MARTÍN (Dir.), NEIRA PENA, A. (Coord.); *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- PRIVITELLO, L.; ROMERO, L. A.; *Grandes discursos de la historia argentina*; Ed. Aguilar, Buenos Aires, 2000.
- PRYLES, M.; «*Confidentiality*» en *Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*; Newman & Hill, Juris Publishing, Nueva York, 2004.
- QUINN, E.D.; «*Standards of materiality governing the prosecutorial duty to disclose evidence to the defense*» en *Alaska Law Review*, vol. 6, 1989.
- QUINTANA CARRETERO, J. P.; «*Poder Judicial y responsabilidad: la responsabilidad judicial*» en QUINTANA CARRETERO, J. P. (Dir.); *La responsabilidad personal del juez*; Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.
- RAJOO, D.S.; «*Importance of Arbitrator's Ethics and Integrity in ensuring Quality Arbitrations*» en *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 6, núm. 2; 2013.
- RAVAUD, C.; «*Article 21*» en PETTITI, L-E.; DECAUX, E.; IMBERT, P-H.; *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*; Ed. Economica, Paris, 1999.
- REDFERN, A.; HUNTER, M; BLACKABY, N.; PARTASIDES, C.; *Redfern and Hunter on International Arbitration. Student Version*; 6ª Edición; Oxford University Press, Oxford, 2015.

- REDFERN, A.; HUNTER, M; BLACKABY, N.; PARTASIDES, C.; *Teoría y práctica de Arbitraje Comercial Internacional*, 4ª Ed.; Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- REDONDO GARCÍA, F.; «*El arbitraje en Argentina*» en PÉREZ-CRUZ MARTÍN (Dir.), NEIRA PENA, A. (Coord.); *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- REED, L.; «*More on Corporate Criticism of International Arbitration*»; *Kluwer Arbitration Blog*; de 16/VII/2010; disponible online en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/07/16/more-on-corporate-criticism-of-international-arbitration/>.
- REESE, W.L.M.; «*Dépeçage: a common phenomenon in the choice of Law*» en *Columbia Law Review*, núm. 73, 1973.
- REES JONES, R.; «*Una aproximación a los antecedentes del Tratado de amistad, comercio y navegación de 1857 entre Prusia y demás estados del Zollverein alemán, y la Confederación Argentina*» en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 36, 2008.
- REINISCH, A.; «*The Role of the Precedent in ICSID Arbitration*» en *Austrian Arbitration Yearbook*, MANZ Verlag Wien, Stäpfl Verlag, C.H.Beck, Viena, 2008.
- REMÓN, J.; «*La Anulación del laudo. El marco general, el pacto de exclusión y el orden público*» en *Spain arbitration review: revista del club español del arbitraje*; nº 1, 2008.
- REQUEJO PAGÉS, J.L.; *Jurisdicción e independencia judicial*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- RIQUELME, C.; «*Consolidando la política de inversiones por medio de la Cláusula de Nación más Favorecida en los Tratados Internacionales de Inversión*» en *Estudios Internacionales (Universidad de Chile)*; núm. 189, 2018.
- ROBERT, J.; *L'Arbitrage. Droit interne, droit international privé*, 6ª edición; Editorial Dalloz, Paris, 1993.
- ROCA MARTÍNEZ, J.M.; *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*; J.M. Bosch editor, S.A.; Barcelona, 1992.
- ROGERS, C.; *Ethics in International Arbitration*; Oxford University Press, Oxford, 2014.
- ROGERS, C.A.; «*Chapter 28. The Ethics of International Arbitrators*» en NEWMAN, L.W. y HILL, R.D. (Eds.); *The Leading Arbitrators Guide to International Arbitration*; 2ª Ed.; Juris Publishing, Huntington, 2008.

- ROGERS, C.A.; *Ethics in international arbitration*; Oxford University Press, 2014.
- ROJAS, J. A.; «*La prueba en el arbitraje. Interpretación de las Reglas IBA en el arbitraje internacional*» en VVAA; *La prueba en el proceso. Evidence in the process*; Editorial Atelier, Barcelona, 2018.
- RUBIO GUERRERO, R.; «*El principio Competence-Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje*» en *Lima Arbitration*, núm. 4, 2011.
- RUEDA GARCÍA, J. A.; «*Primera ejecución forzosa conocida de un laudo arbitral CIADI en España (Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile): Sin exequátur*» en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 1; 2014.
- SAHANI V.S.; «*Reshaping third-party funding*» en *Tulane Law Review*, vol. 91, núm. 3, 2017.
- SAINZ GUERRA, J.; *La Administración de Justicia en España (1810-1870)*; Editorial EUDEMA, Madrid, 1992.
- SANDS, P.; «*Conflict and Conflicts in Investment Treaty Arbitration: Ethical Standards for Counsel*» en ROVINE, A.; *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*; Brill, Nueva York, 2012.
- SANDY, D.; «*Independence, impartiality, arbitration and Human Rights Act in England*» en *Arbitration International*, vol. 20, núm. 3, 2004.
- SARMIENTO, D.; *Poder Judicial e Integración europea. La Construcción de un Modelo Jurisdiccional para la Unión*; Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- SASSANI, B.; *Lineamenti del processi civile italiano*; 6ª ed.; Giuffrè Editore, Milán, 2017.
- SCHACHERER, S.; «*Independence and Impartiality of Arbitrators. A Rule of Law Analysis*»; Conferencia en el Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung; Viena, enero de 2018.
- SCHLOSSER, P.F.; «*L'impartialité et l'indépendance de l'arbitre en Droit allemand*» en VAN COMPERNOLLE, J.; TARZIA, G. (Dir.); *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Etude de droit comparé*; Editorial Bruylant, Bruselas, 2006.
- SCHMIDT, J.T.; «*Arbitration under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Implications of the Decision on Jurisdiction in Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v Government of Jamaica*» en *Harvard International Law Journal*; vol. 17, 1976.

- SCHREUER, C.H.; MALINTOPPI, L.; REINISCH, A. y SINCLAIR, A.; *The ICSID Convention. A Commentary*; 2da edición; Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- SCHWEBEL, S.; «*Celebrating a Fraud on the Court*» en *American Journal of International Law*, vol. 106, núm. 102, 2012.
- SCOBIE, I.G.M.; «*The Theorist as Judge: Hersch Lauterpacht's concept of the international judicial function*» en *European Journal of International Law*, vol. 8, núm. 2, 1997.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M; RAMOS MÉNDEZ, F.; *Las medidas cautelares en el proceso civil*; Industrias Gráficas Pareja, Barcelona, 1974.
- SHEPPARD, A.; «*Arbitrator independence in ICSID arbitration*» en BINDER, C.; KRIEBAUM, U.; REINISCH, A.; WITTICH, S. (Eds.); *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*; Oxford University Press, Oxford, 2009.
- SINCLAIR, A.C.; REPOUSIS, O.G.; «*An overview of provisional measures in ICSID proceedings*» en *ICSID Review*; vol. 32, núm. 2, 2007.
- SMIT, H.; «*Quo vadis arbitration? Sixty years of arbitration practice, by Pieter Sanders*» en *The American Review of International Arbitration*, vol. 11, núm. 3, 2000.
- STEIL, B. (BARBEITOS, I.; Trad.); *La batalla de Bretton Woods*; Ed. Deusto, Barcelona, 2016.
- STEIN, F. (autor); DE LA OLIVA SANTOS, A. (traductor); *El conocimiento privado del juez*; Editorial Temis, Santiago de Chile, 2017.
- TARUFFO, M.; «*La cultura de la imparcialidad en los países del common law y del Derecho continental*» en GÓMEZ MARTÍNEZ, C. (Dir.); *La imparcialidad judicial*; Centro de Documentación Judicial (CGPJ), Madrid, 2009.
- TARUFFO, M.; «*Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*» en *DOXA, Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 29, 2006.
- TARUFFO, M.; *La prueba*; Marcial Pons, Madrid, 2008.
- TARZIA, G.; «*L'impartialité du juge et le procès équitable à la lumière de la Constitution italienne*»; en VAN COMPERNOLLE, J.; TARZIA, G. (Dir.); *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Etude de droit comparé*; Editorial Bruylant, Bruselas, 2006.
- THAMAN, C.; «*Fruits of the poisonous tree in comparative Law*» en *Southwestern Journal of International Law*, vol. 16, 2010.
- THORNE, S.E.; «*Dr. Bonham's case*» en *Law Quarterly Review*, Vol. 54, núm. 4, 1938.

- THORPY, T. E.; «*The maxim ejusdem generis*» en *Insurance Law Review*, núm. 1, 1946.
- TREVES, P.E.; «*Investment treaty arbitration: Dual nationals are now welcome: A way out of ICSID's dual nationality exclusion*» en *New York University Journal of International Law and Politics*; vol. 49, 2017.
- TROCKER, N.; «*La responsabilità del giudice*» en *Rivista Trimestrale Diritto e Processo Civile*, Giuffrè Ed., Milán, 1982
- TUCCILLO, R.; *L'imparzialità dell'arbitro. Profili comparatistici*; LUISS, Roma, 2012 [Tesis doctoral].
- TUPMAN, W.M.; «*Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration*» en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, 1989.
- TZENG, P.; «*Ukraine v. Russia and Philippines v. China: Jurisdiction and Legitimacy*», borrador de trabajo que será publicado en *Denver Journal of International Law and Policy*; 2017.
- UCHKUNOVA, I.; «*Arbitral, Not Arbitrary – Part II: Special Case of Application of Arbitral Discretion. Functions Exercisable Proprio Motu in ICSID Arbitration*»; en *Kluwer Arbitration Blog*, publicado el 4/II/2013; disponible online en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/02/04/arbitral-not-arbitrary-part-ii-special-case-of-application-of-arbitral-discretion-functions-exercisable-proprio-motu-in-icsid-arbitration/>.
- UCHKUNOVA, I.; «*Provisional measures before the International Court of Justice*» en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*; núm. 12, 2013.
- VALMAÑA CABANEZ, A.; «*El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada*» en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2012.
- VAN DEN BERG, A.J.; «*Charles Brower's Problem with 100%- Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*» en CARON, D.D.; SCHILL, S.W. et al. (eds.) *Practising Virtue. Inside International Arbitration*; Oxford University Press, Oxford, 2015.
- VAN DEN BERG, A.J.; «*Dissenting opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*» en ARSANJANI, M. et al. (editores), *Looking to the future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*; Brill, Leiden, 2010.
- VAN HARTEN, G.; *The Emerging System of International Investment Arbitration*; ProQuest LLC, Ann Arbor, 2005.

- VAN HARTEN, G.; *The Emerging System of Investment Arbitration*; Selected Works, Osgoode Hall Law School of York University, Ann Arbor, 2014.
- VÁZQUEZ ELIZARRÁS, J.C.; «*Reflexiones generales en torno a la importancia de los principios del Derecho internacional*» en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012.
- VILLAPALOS SALAS, G. «*Los orígenes del principio non liquet*» en *Revista jurídica Española*. La Ley, 1981.
- VIVES ANTÓN, T.S.; «*Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*» en *Poder Judicial*; núm. Esp. II, 1988.
- VVAA; «*Declaración pública sobre el régimen de inversión internacional*»; disponible *online* en <https://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/>
- VVAA; «*Submissions to the ICSID Secretariat on revisions to the ICSID Rules and Regulations*»; Baker and MacKenzie; 2017.
- VVAA; *Libya Mining Laws and Regulations Handbook* (vol. 1); International Bussiness Publications; Washington DC, 2016.
- WEBSTER, T.H.; BÜHLER, M.W.; *Handbook of ICC Arbitration*; 3ra Edición (2da reimpr.), Sweet and Maxwell, Londres, 2008.
- WEBSTER, T.H.; *Handbook of Investment Arbitration*; Sweet & Maxwell, Corydon, 2012.
- WELSH, A.; «*Arbitration Guide – England and Wales*»; Arbitration Committee, Londres, 2018.
- WHITESELL, A.M.; «*Independence in ICC Arbitration: ICC Court practice concerning the appointment, confirmation, challenge and replacement of arbitrators*» en *ICC Supplement*; 2007.
- WILLIAMS, M.A.; «*Homosexuality and good moral character*» en *University of Detroit Journal of Urban Law*; vol. 56, núm. 123, 1978.
- WILSON KOH, W. S.; «*Think Quality not Quantity: Repeat Appointments and Arbitrator Challenges*» en *Journal of International Arbitration*, Vol. 34, núm. 4, Agosto 2017.
- WILSON, S.; MITCHELL, R.; STOREY, T.; WORTLEY, N.; *English legal system*; 2ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- WOLF, C.; ZEIBIG, N.; *Evidence in Civil Law – Germany*; Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor, Maribor, 2015.

**ANEXO DE RESOLUCIONES ARBITRALES, JURISPRUDENCIA,
LEGISLACIÓN, TRATADOS, SOFT LAW E INFORMES**

1. Legislación

1.1. Tratados Internacionales

1.1.1. Trabajos Preparatorios

- «*Consultative meeting of legal experts*»; 15/XII/1963 [CIADI].
- «*Consultative meeting of legal experts*», Santiago de Chile, 3-7/II/1964. [CIADI].
- «*Consultative meeting of legal experts*», de 17-22/II/1964 [CIADI].
- «*Consultative meeting of legal experts*», de 27/IV al 1/V/1964 [CIADI].
- «*Informe del Presidente sobre Reuniones Consultivas Regionales de Juristas sobre Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones*». De 9/VI/1964 [CIADI].
- «*Summary Proceedings of the Legal Committee Meeting, November 30, Afternoon*», de 30/XI/1964 [CIADI].
- «*Summary proceedings of the legal committee meeting*», 15/XII/1964 [CIADI].
- «*Memorandum of the meeting of the Committee of the Whole, February 16, 1965. Discussion of Chapters I and II of the Draft Convention*» [CIADI].
- «*Memorandum de la Reunión del Comité en Pleno*», de 23/II/1965 [CIADI].
- «*Summary records for meetings on the UNCITRAL model law on international commercial arbitration*» 1988 [Ley Modelo -CNUDMI].

1.1.2. Tratados Multilaterales de Inversión

- Tratado de la Carta de Energía, de 1991.
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte, de 1994.
- Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, de 2004.

1.1.3. Tratados Bilaterales de Inversión

- Treaty for the promotion and protection of investments, entre Pakistán y la República Federal Alemana, de 1959.

- Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics, de 1989.
- Acuerdo entre la República del Paraguay y la Confederación Suiza sobre la promoción y la protección recíproca de inversiones, de 1992.
- Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, de 1992.
- Acuerdo para la promoción y la protección recíprocas de inversiones entre la República de Argentina y el Reino de España, de 1992.
- Acuerdo entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República Argentina para la promoción y la protección recíproca de las inversiones, de 1993.
- Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección de inversiones, de 1993.
- Convenio entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Argentina para la promoción y la protección de inversiones, de 1994.
- Acuerdo entre el Reino de España y la República de Chile para la protección y fomento recíprocos de las inmersiones, de 1994.
- Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cuba sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, de 1995.
- Acuerdo entre el Reino de España y la República de Venezuela para la promoción y la protección recíproca de inversiones, de 1997.
- Convenio sobre la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la Federación Rusa, de 1998.
- Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, de 2009.

1.1.4. Otros Tratados Internacionales

- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de 1945.

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1953.
- Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958.
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, de 1965.
- Convención de Viena de Derecho de los Tratados, de 1969.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 2010.

1.2. Leyes nacionales

1.2.1. Españolas

- Constitución Española de 1978.
- Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado.
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley 5/1988, de 5 de diciembre de Arbitraje.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

1.2.2. Belgas

- Code Judiciaire, de 10/X/1967.

1.2.3. Francesas

- Code de l'organisation judiciaire.
- Code de procédure civile.

1.2.4. Portuguesas

- Constituição da República Portuguesa de 1976.
- Lei 63/2011, de 14 de Dezembro; de Arbitragem Voluntária.
- Lei 41/2013, de 26 de Junho; Código de processo civil (novo).

1.2.5. Alemanas

- Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.08.1993.
- Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998.
- Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005.

1.2.6. Italianas

- Codice di procedura civile (Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 in G.U. 28 ottobre 1940).
- Costituzione della Repubblica Italiana, de 1948.

1.2.7. Del Reino Unido

- Act for the further Limitation of the Crown and better securing the Rights and Liberties of the Subject [Chapter II. Rot. Parl. 12 & 13 Gul. III. p. 1. n. 2.], en *Statutes of the Realm: Volume 7, 1695-1701*, ed. John Raithby (s.l, 1820), pp. 636-638.
- Arbitration Act 1996.
- Constitutional Reform Act 2005.

1.2.8. De la extinta URSS

- Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 1977.

1.2.9. Cubanas

- Constitución de la República de Cuba, de 1976
- Constitución de la República de Cuba, de 2018.

1.2.10. Peruanas

- Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071).

1.2.11. Chilenas

- Ley 19771, sobre Arbitraje Comercial Internacional.

1.2.12. Mexicanas

- Nuevo Código de Comercio, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 7 de octubre al 13 de diciembre de 1889.

1.2.13. Ecuatorianas

- Constitución de la República de Ecuador de 2008.
- Ley de Arbitraje y Mediación y sus reformas, de 14/XII/2006.
- Código Orgánico General de procesos, de 22/V/2015.

1.2.14. Argentinas

- Código procesal civil y comercial de la nación; texto actualizado de la ley n° 17.454.

1.2.15. Venezolanas

- Código de procedimiento civil, de 18/IX/1990.
- Ley de arbitraje comercial, de 7/IV/1998.

1.2.16. Nigerianas

- Arbitration and Conciliation Act (Chapter 19; Laws of the Federation of Nigeria 1990)

1.2.17. De los EEUU

- United States Code.
- Florida Statuts (Chapter 682; Arbitration code), 2016.
- New York Consolidated Laws - Civil Practice Law & Rules, 2012.

1.2.18. De Canadá

- Commercial Arbitration Act, 1985.

1.2.19. De la RAE de Hong Kong

- An Ordinance to reform the law relating to arbitration, and to provide for related and consequential matters, 2011.

1.2.20. De Pakistán

- Act n. X of 1940; the Arbitration Act.

1.3. Reglamentos de arbitraje

- Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, de 1976.
- Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, de 1978.
- Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI, de 2006.
- Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, de 2008.
- Reglamento de Arbitraje de la CCE, de 2010.
- Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, de 2010.
- Reglamento de Arbitraje de la CPA, de 2012.
- Reglamento de Arbitraje Institucional de la HKIAC, de 2013.
- Reglamento de Arbitraje de la CCI, de 2012 (modificado en 2017).
- Reglamento de Arbitraje de la DIS, de 2018.

1.4. Normas del sistema CIADI

- Informe de los Directores ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, de 1965.
- Reglamento Administrativo y Financiero, de 1965.
- Reglas de Iniciación, de 1965.

1.5. Normas de *Soft Law*

- The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes de la AAA, 2004.
- CIArb Code of Professional and Ethical Conduct for Members October 2009.
- Reglas de la IBA sobre práctica de la prueba en arbitraje internacional, de 2010.
- Directrices IBA sobre conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional de 2014.
- Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y estados en el marco de un tratado, de 2014.

1.6. Jurisprudencia

1.6.1. Nacional

1.6.1.1. De España

1.6.1.1.1. Tribunal Constitucional

- STC 145/1988, de 12 de julio.
- STC 136/1992, de 13 de octubre.
- STC 218/1994, de 18 de julio.
- STC 162/1999, de 3 de noviembre.
- STC 156/2007, de 2 de julio.
- STC 133/2014, de 22 de julio.
- STC 159/2014, de 6 de octubre.
- STC 30/2017, de 27 de febrero.

1.6.1.1.2. Jurisdicción Ordinaria

- STS 798/1995, de 10 de junio [RJ 1995/5400]
- STS Sala 3ª, de 14/VII/1999 [RJ 1999\6916].
- SAP Barcelona sección 14ª, 28/VII/2005 [JUR/2005/237326].
- SAP Madrid, sección 12ª, de 22/III/2006 [AC/2006/353].
- SAP Madrid, sección 11ª, de 26/II/2008 [JUR/2008/35382].
- SAP Madrid, sección 14ª, 15/IX/2008 [JUR/2008/382560].
- SAP Las Palmas sección 5ª, de 30/IX/2008 [JUR/2009/135128].
- SAP Madrid sección 12ª, de 25/XI/2008 [JUR/2009/182094].
- SAP Barcelona sección 15ª, 15/V/2009 [JUR/2009/434323].
- SAP Las Palmas 5ª, de 6/IV/2011 [JUR/2011/260812].
- SAP Madrid 12ª, de 30/VI/2011 [JUR/2011/347818].
- SAP Madrid sección 11ª, 22/IX/2010 [JUR/2011/18971].
- STS (Sala Civil, Pleno), 9/V/2013 [RJ 2013, 3088]
- STSJ Madrid, de 9/VII/2013 [AC/2013/1724].
- STSJ Madrid, de 14/IV/2016 [AC/2016/1278].
- STSJ Cataluña, de 14/XI/2016 [RJ/2016/6131].
- STSJ Madrid, de 20/XII/2016 [JUR/2017/17943].
- STSJ del País Vasco, de 25/V/2017 [RJ 2017\2951].
- STSJ de Madrid, de 20/VI/2017 [AC 2017\1064].
- STSJ de Madrid, de 4/VII/2017 [AC 2017\1065].

1.6.1.2. De Portugal

1.6.1.2.1. Tribunal Constitucional

- Acórdão do Tribunal Constitucional 124/1990, de 19 de abril.

1.6.1.2.2. Jurisdicción Ordinaria

- Sentencia 583/12.2TVPR.T.P1 del TR de Porto; de 3/VI/2014.
- Sentencia 575/14.7YRLSB.L1-8 del TR de Lisboa, de 26/II/2015.
- Sentencia 1361/14.0YRLSB.L1-1 del TR de Lisboa; de 24/III/2015.
- Sentencia 1320/17.0YRLSB-8 del TR de Lisboa; de 1/II/2018.

1.6.1.3. De Alemania

1.6.1.3.1. Jurisdicción Ordinaria

- Sentencia del OLG de Hamm en el expediente 17 SchH 13/01; de 22/VII/2002.
- Sentencia del HansOLG de Hamburgo en el expediente 6 SchH 03/02; de 11/III/2003.
- Sentencia del HansOLG de Hamburgo en el expediente 11 SchH 01/04; de 28/VI/2004.
- Sentencia del OLG de Karlsruhe en el expediente 10 Sch 02/06; de 04/VII/2006.
- Sentencia del OLG de Frankfurt am Main en el expediente 26 Sch 8/07; de 04/X/2007.
- Sentencia del OLG München en el expediente 34 SchH 7/13; de 03/I/2014.

1.6.1.4. Del Reino Unido

- Sentencia de la UKHL en *Dimes v Proprietors of the Grand Junction Canal*; de 1852.
- Sentencia del KB en *The King v Sussex Justices, ex parte McCarthy*; de 9/XI/1923.
- Sentencia de la QBD en *Regina v Camborne Justices ex parte Pearce*; de 1954.
- Sentencia de la UKHL *Regina c Spencer*; de 24/VII/1986
- Sentencia de la UKHL en *Regina v Gough*; de 21/V/1993
- Sentencia de la UKHL en *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet (No. 2)*; de 25/XI/1998.
- Sentencia de la QBD en *Locabail (UK) Ltd v. Bayfield Properties Ltd*; de 17/XI/1999.
- Sentencia de la UKHL en el asunto *Magill c. Porter*; de 13/XII/2001.
- Sentencia de la UKHL en *A and others v Secretary of State for the Home Department*; de 8/XII/2005.
- Sentencia de EWHC en el asunto *Sierra Fishing c. Farran*; de 30/I/2015
- Sentencia de EWHC en el asunto *Cofely Ltd. v. A. Bingham & Knowles Ltd.*; 17/II/2016.

1.6.1.5. De Francia

- Sentencia de la CA de París (1ª cámara), caso *Ben Nasser et autre c/ BNP et Crédit Lyonnais*; de 14/X/1993.
- Sentencia del Cass. 1ère. Civ. [11-11.084]; de 1/II/2012.
- Sentencia de la CA de Paris, pôle 1, Chambre 1; de 3/VI/2015.
- Sentencia de la CA de París, pôle 1, chambre 1 [15/19525]; de 14/III/2017.
- Sentencia del Cass. 1ère. civ. [16/15886]; de 1/IV/2017.

1.6.1.6. De los Países Bajos

- Decisión del Juzgado de Distrito de La Haya en la Recusación 13/2004; solicitud HA/RK 2004.667; de 18/X/2004 [asunto *Ghana c. Telekom Malaysia* para la recusación del Prof. E. Gaillard].
- Sentencia del Juzgado de Distrito de La Haya en los asuntos nº C/09/477160/HA ZA/15-1 y nº C/09/477162/HA ZA 15-2 y nº C/09/481619/HA ZA 15-112; de 20/IV/2016

1.6.1.7. De Bélgica

- Sentencia de la CA de Bruselas 1997/AR/2276; de 8/X/2001.

1.6.1.8. De los EEUU

1.6.1.8.1. Jurisdicción ordinaria

- Sentencia SCOTUS, en el asunto *Bradley c. Fisher*; de 1871.
- Sentencia SCOTUS en el asunto *Brady c. Maryland*, de 13/V/1963
- Sentencia SCOTUS, en el asunto *Pierson c. Ray*, de 11/IV/1967.
- Sentencia SCOTUS, en el asunto *Commonwealth Coatings Corp. c. Continental Casualty & others*; de 18/X/1968.
- Sentencia SCOTUS en el asunto *Giglio c. United States*, de 24/II/1972.
- Sentencia SCOTUS en el asunto *United States c. Agurs*, de 24/VI/1976.
- Sentencia del Tribunal de Apelación del séptimo circuito, en el asunto *Tamari c. Conrad*; de 12/IV/1977.
- Sentencia del Tribunal Supremo del Estado de Nueva York (Sección de apelación), en el asunto *Babylon Milk & Cream Co. c. Horvitz*; de 15/VII/1977.

- Sentencia SCOTUS, en el asunto *Stump c. Starkman*; de 28/III/1978.
- Sentencia SCOTUS, en el asunto *Butz c. Economou*; de 29/VI/1978.
- Sentencia SCOTUS en el asunto *United States c. Bagley*, de 2/VII/1985.
- Sentencia SCOTUS, en el asunto *Mireles c. Waco*; de 21/X/1991.

1.6.1.8.2. Otras

- *Transcription of the procedural hearing held on October 31, 2005*; pág. 93; citado en BERMANN, G.A.; *Expert opinion of Professor George A. Bermann*, presentado en el caso nº 1: 14-CV-01996-ABJ ante la Corte Federal del Distrito de Columbia, de 20/X/2015.

1.6.1.9. De Canadá

- Sentencia de la QCA en el asunto *Desbois v. Industries A.C. Davie Inc.*; de 26/IV/1990.

1.6.1.10. De la RAE de Hong Kong

- Sentencia de la HKCFI en el caso *Fung Sang Trading Ltd. v. Kai Sun Sea Products & Food Co. Ltd.*; de 29/X/1991.
- Sentencia de HKCFI en el caso *Pacific China holdings Ltd. v. Grand Pacific Holdings Ltd.*; de 18/VII/2007.
- Sentencia del HKCA en el asunto *Jung Science Information Technology Co. Ltd. v. Zte. Corporation*; de 22/VII/2008.

1.6.1.11. De Australia

- Sentencia del HCA en *Webb & Hay v R*; de 30/VI/1994.

1.6.2. Del TJUE

- STJUE (Gran Sala) de 19/IX/2006, asunto *Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, C-506/04.
- STJUE (Sala Primera), de 14/III/2013, asunto C-415/11.
- STJUE (Sala cuarta) de 6/IX/2013, asunto *Persian Bank c. Comisión Europea*, T-493/10.
- STJUE (Gran Sala), de 9/XI/2013, asunto C-137/08.
- STJUE (Gran Sala), de 6/III/2018, asunto *República Eslovaca c. Achmea BV*, C-284/16.

1.6.3. Del TEDH

- STEDH 1/X/1982, asunto *Piersack c. Bélgica*.
- STEDH 28/IV/1984, asunto *Campbell and Fell v. Reino Unido*.
- STEDH 22/X/1984, asunto *Sramek v. Austria*.
- STEDH 26/X/1984, asunto *De Cubber c. Bélgica*.
- STEDH 24/XI/1986, asunto *Gillow c. Reino Unido*.
- STEDH 24/V/1989, asunto *Hauschildt c. Dinamarca*.
- STEDH 23/V/1991, asunto *Oberschlick c. Austria*.
- STEDH 9/XII/1994, asunto *Hiro Balani c. España*.
- STEDH 28/IX/1995, asunto *Procola c. Luxemburgo*.
- STEDH 10/VI/1996, asunto *Thomann c. Suiza*.
- STEDH 2/IX/1998, asunto *Kadubec c. Eslovaquia*.
- STEDH 21/I/1999, asunto *García Ruiz c. España*.
- STEDH 16/IX/1999, asunto *Buscemi c. Italia*.
- STEDH 21/XII/2000, asunto *Wettstein c. Suiza*.
- STEDH 28/II/2003, asunto *Lavents c. Letonia*.
- STEDH 6/V/2003, asunto *Kleyn et. al c. Países Bajos*.
- STEDH 15/XII/2005, asunto *Kyprianou c. Chipre*.
- STEDH 9/XI/2006, asunto *Sacilor c. Francia*.
- STEDH 6/I/2010, asunto *Vera Fernández-Huidobro c. España*.
- STEDH 18/X/2000, asunto *Morel c. Francia*.
- STEDH 16/I/2007, asunto *Warsicka c. Polonia*.
- STEDH 20/I/2011, asunto *Vernes c. Francia*.
- STEDH 26/IV/2011, asunto *Steulet c. Suiza*.
- STEDH 23/IV/2015, asunto *Morice c. Francia*.
- STEDH 17/XI/2015, asunto *Tanişma c. Turquía*.
- STEDH 15/XII/2015, asunto *Mežnarić c. Croacia*.
- STEDH 17/XII/2015, asunto *Kristiansen c. Noruega*.
- STEDH 7/I/2016, asunto *Gerovska Popčevska c. Macedonia*.

- STEDH 2/VI/2016, asunto *Mitrov c. Macedonia*.

1.6.4. Del TPJI

- STPJI caso *Lotus* (Francia c. Turquía); de 7/IX/1927.
- STPJI caso *Mavrommatis Palestine Concessions* (Grecia c. Reino Unido); de 30/VII/1924.

1.6.5. Del TIJ

- OCTIJ *Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía*, de 30/II/1950.
- STIJ en el asunto *Ambatielos* (Reino Unido c. Grecia), de 6/III/1956.
- STIJ en el asunto *South West Africa Cases* (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica), de 18/VII/1966.
- Orden de protección provisional en el asunto relativo a Jurisdicción en materia de pesca (Alemania c. Islandia), de 17/VII/1972.
- STIJ en el asunto *Aegean Sea Continental Shelf Case* (Grecia c. Turquía), de 11/IX/1976.
- STIJ en el asunto *relativo a personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (Estados Unidos c. Irán), de 24/V/1980.
- STIJ en el asunto *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos); de 27/VI/1986.
- Orden de medidas provisionales en el asunto *relativo al paso a través del estrecho de Belt* (Finlandia c. Dinamarca), de 29/VII/1991.
- STIJ en el asunto *Relativo a Timor Oriental* (Portugal c. Australia), de 30/VI/1995.
- Orden de Medidas Provisionales en el asunto *concerniente a la interpretación de la Convención de Viena sobre relaciones consulares* (Paraguay c. Estados Unidos), de 9/IV/1998.
- Orden de Medidas Provisionales del TIJ en el asunto *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos), de 3/III/1999.
- Orden de medidas provisionales en el asunto *relativo a Avena y otros* (México c. Estados Unidos), de 5/II/2003.
- Orden de medidas provisionales en el asunto *Pasta de papel* –en inglés, «*Pulp Mills*»- (Argentina c. Uruguay), de 13/VII/2006.

- Orden de Medidas Provisionales en el asunto *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza* (Costa Rica c. Nicaragua), de 8/III/2011.

1.6.6. Del TPIY

- STPIY asunto *Fiscal contra Anto Furundžija*; de 21/VII/2000 (Caso del TPIY nº IT-95-17/1-A).

1.7. Resoluciones arbitrales

1.7.1. De la PCA

- *Decision on challenge to arbitrator* en el asunto Perenco Ecuador Ltd. c. República de Ecuador et al. (Caso PCA nº IR-2009/1), de 8/XII/2009.
- *Decisión sobre Jurisdicción* en Serafín García Armas et al. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CPA nº 2013-3), de 15/XII/2014

1.7.2. De arbitrajes seguidos por las Reglas CNUDMI

1.7.2.1. Laudos

- *Award on Jurisdiction* en Ethyl Corporation c. Gobierno de Canadá; de 24/VI/1998.
- *Award* en el asunto Ronald S. Lauder c. República Checa; de 3/IX/2001.
- *Award* en Glamis Gold Ltd. C. Estados Unidos de América, de 8/VI/2009.

1.7.2.2. Decisiones sobre recusación

- *Decision on the challenge to Mr. Judd L. Kessler* en National Grid PLC c. Argentina, de 3/XII/2007.
- *Decision on a second proposal for the disqualification of a member of the arbitral tribunal* en AWG Group Ltd. C. Argentina, de 12/V/2008.
- *Decision on the challenge to Mr. J. Christopher Thomas. QC* en el arbitraje Vito G. Gallo c. Gobierno de Canadá, de 14/X/2009.
- *Decision on challenge to an arbitrator* en ICS Inspection and Control Services Limited c. Argentina, de 17/XII/2009.
- *Decision on challenge to arbitrator Judge Stephen M. Schwebel* en Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corporation c. Ecuador, de 12/IV/2012.

- *Decision on the respondent's challenge to the Hon. Marc Lalonde as presiding arbitrator and Prof. Orrego Vicuña as co-arbitrator* en CC/Devas (Mauritius) Ltd et al. c. República de la India, de 30/IX/2013.

1.7.2.3. Decisiones sobre jurisdicción

- *Decisión sobre competencia* en Autopista Concesionada de Venezuela c. República Bolivariana de Venezuela (caso CIADI n° ARB/00/5), de 27/XI/2001.
- *Partial Award (Preliminary Award on Jurisdiction and Admissibility)* en Methanex c. Estados Unidos de América, de 7/VIII/2002
- *Laudo parcial sobre jurisdicción* del asunto EnCana Corporation c. República de Ecuador, de 27/II/2004.
- *Final award of the tribunal on jurisdiction and merits* en Methanex Corporation c. Estados Unidos de América, seguido en aplicación del Reglamento CNUDMI, de 3/VIII/2005.

1.7.2.4. Otras resoluciones

- Orden de medidas cautelares en Sergei Paushok et al. c. República de Mongolia, de 2/IX/2008.

1.7.3. Del CIADI

1.7.3.1. Laudos

- *Award rendered by the arbitral tribunal* en el asunto Benvenuti & Bonfant c. República Popular del Congo [actual República del Congo] (caso CIADI n° ARB/77/2); de 8/VIII/1980.
- *Award* en Bevenuti Ltd. y Bonfant SRL c. República del Congo (Caso CIADI n° ARB/77/2), de 15/VIII/1980.
- *Arbitral Tribunal Award* en Liberian Eastern Timber Corporation c. Liberia (caso CIADI n° ARB/83/2), de 31/III/1986.
- *Sentence* en el asunto Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. República de Senegal (caso CIADI n° ARB/82/1); 25/II/1988.
- *Final Award* en Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka (caso CIADI n° ARB/87/3); de 27/VI/1990.
- *Award on the merits* en el asunto Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. c. Egipto (caso CIADI n° ARB/84/3; de 20/V/1992.

- *Award* en Cable Television of Nevis et al. c. Federación de San Cristóbal y Nieves (Caso CIADI n° ARB/95/2), de 13/I/1997.
- *Sentence rendue par un le tribunal arbitral* en Antoine Goetz et consortes c. Burundi (caso CIADI n° ARB/95/3), de 10/II/1999.
- *Award* en Tradex Hellas SA (Grecia) c. República de Albania (Caso CIADI n° ARB/94/2), de 29/IV/1999.
- *Laudo* en Eudoro Armando Olguín c. República del Paraguay (Caso CIADI n° ARB/98/5), de 26/VII/2001.
- *Award* en Mihaly International Corporation c. República Democrática Socialista de Sri Lanka (Caso CIADI n° ARB/00/2), de 15/III/2002.
- *Award* en Middle East Cement Shipping and Handling Co. SA c. República Árabe de Egipto (Caso CIADI n° ARB/99/6), de 12/IV/2002.
- *Award* en ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América (Caso CIADI n° ARB(AF)/00/1), de 9/I/2003.
- *Laudo* en el asunto Técnicas Medioambientales TECMED, SA c. Estados Unidos Mexicanos (caso CIADI n° ARB(AF)/00/2), de 29/V/2003.
- *Laudo* en el asunto Autopista Concesionada de Venezuela c. República Bolivariana de Venezuela (caso CIADI n° ARB/00/5), de 23/IX/2003.
- *Award* en AIG Capital Partners Inc. et al. República de Kazajstán (Caso CIADI n° ARB/01/6), de 7/X/2003.
- *Award* en CDC Group PLC c. República de Seychelles (caso CIADI n° ARB/02/14), de 17/XII/2003.
- *Laudo* en Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI n° ARB/(AF)00/2), de 29/V/2003.
- *Award* en el asunto MTD Equity Sdn. Bhd. Y MTD Chile SA, c. República de Chile (caso CIADI n° ARB/01/7), de 25/V/2004.
- *Award* en Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos (Caso CIADI n° ARB/07/7), de 7/VII/2004.
- *Laudo* en el asunto Empresas Lucchetti, SA et al. c. República del Perú (Caso CIADI n° ARB/03/4), de 7/II/2005.
- *Award* en el asunto Noble Ventures Inc. c. Rumanía (caso CIADI n° ARB/01/11); de 12/X/2005.
- *Award* en el asunto Wena Hotels c. Egipto (caso CIADI n° ARB/98/4); de 31/X/2005.
- *Laudo* en Inceysa Vallisoletana c. República de El Salvador (Caso CIADI ARB/03/26), 2/VIII/2006.

- *Award* en Telenor Mobile Communications AS c. Hungría (Caso CIADI nº ARB/04/15), de 13/IX/2006.
- *Award of the Tribunal* en ADC Affiliate Limited y ACD & ADMC Management Limited c. República de Hungría (caso CIADI nº ARB/03/16), de 2/X/2006.
- *Award* en el asunto World Duty Free c. República de Kenia (caso CIADI nº ARB/00/7): de 4/X/2006.
- *Award* en el asunto Siemens A.G. c. República Argentina (caso CIADI nº ARB/02/08), de 6/II/2007.
- *Award* en Enron Corporation Ponderosa Assets LP c. República Argentina (caso CIADI nº ARB/01/3), de 22/V/2007.
- *Award* en Tokios Tokelès c. Ucrania (caso CIADI nº ARB/02/18), de 26/VII/2007.
- *Laudo* en MCI Power Group LC. c. República del Ecuador (Caso CIADI nº ARB/03/6), de 31/VII/2007.
- *Laudo* en Compañía de Aguas del Aconquija et al. c. República Argentina (Caso CIADI nº ARB/97/3), de 20/VIII/2007.
- *Award* en Sempra Energy International c. República Argentina (Caso CIADI nº ARB/02/16), de 28/IX/2007.
- *Laudo* en Víctor Pey Casado et al. c. República de Chile (Caso CIADI nº ARB/98/2), de 8/V/2008.
- *Award* en Biwater Gauff (Tanzania) c. República Unida de Tanzania (Caso CIADI nº ARB/05/22), de 24/VII/2008.
- *Laudo* en TSA Spectrum de Argentina SA c. República Argentina (Caso CIADI nº ARB/05/5), de 19/XII/2008.
- *Award* en Waguih Elie George Siag et al. c. República Árabe de Egipto (Caso CIADI nº ARB/05/15), de 1/VI/2009.
- *Award* en Rumeli Telekom AS et al. c. República de Kazajistán (Caso CIADI nº ARB/05/16), de 29/VII/2011.
- *Award* en Caratube International Oil Company LLP et al. c. República de Kazajistán (caso CIADI nº ARB/08/12), de 5/VII/2012.
- *Laudo* en el asunto Occidental Petroleum Corporation c. República del Ecuador (caso CIADI nº ARB/06/11), de 5/X/2012.
- *Laudo* en Elsamex SA c. Honduras (caso CIADI nº ARB/09/4), de 16/XI/2012.
- *Laudo* en Vannessa Ventures Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela (caso CIADI nº ARB(AF)/04/6), de 16/I/2013.

- *Laudo Arbitral* en el asunto Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía SAC c. República del Perú (caso CIADI n° ARB/11/9), de 15/IV/2013.
- *Award* en Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret AŞ c. Turkmenistán (Caso CIADI n° ARB/10/1), de 2/VII/2013.
- *Award* en el asunto Rafat Ali Rizvi c. República de Indonesia (Caso CIADI n° ARB/11/13), de 16/VII/2013.
- *Laudo* en OI European Group BV c. República Bolivariana de Venezuela (caso CIADI n° ARB/11/25), de 10/III/2015.
- *Award* en el asunto PNG Sustainable Development Program Ltd c. Estado Independiente de Papúa Nueva Guinea (Caso CIADI n° ARB/13/33), de 5/V/2015.
- *Laudo* en Pluspetrol Peru Corporation SA et al. c Perupetro (caso CIADI n° ARB/12/28), de 21/V/2015.
- *Sentence arbitrale* en Lundin Tunisia BV c. República Tunecina (caso CIADI n° ARB/12/30), de 22/XI/2015
- *Laudo sobre excepciones preliminares expeditas de la demanda, de conformidad con el artículo 10.10.5 del CAFTA-DR* en el asunto Corona Materials c. República Dominicana (caso CIADI n° ARB(AF)/14/3), de 31/V/2016.
- *Laudo* en Philip Morris Brands SÀRL et al. c. República Oriental del Uruguay (caso CIADI n° ARB/10/7), de 8/VII/2016.
- *Award* en el asunto Menzies Middle East and Africa S.A.et al. c. República de Senegal (Caso CIADI n° ARB/15/21), de 5/VIII/2016
- *Award* en el asunto Ansung Housing Co. Ltd. c. República Popular China (caso CIADI n° ARB/14/25), de 9/III/2017.
- *Award* Capital Finantial Holdings Luxembourg c. República de Camerún (Caso CIADI n° ARB/15/18), de 22/VI/2017.
- *Award* en Caratube International Oil Company LLP c. Kazajstán (caso CIADI n° ARB/13/13), de 27/IX/2017.
- *Award* en ACP Axos Capital GmbH c. República de Kosovo (asunto CIADI n° ARB/15/22), de 3/V/2018.

1.7.3.2. Decisiones sobre recusación

- *Decisión de Recusación del Presidente del Comité ad hoc para la anulación del laudo* en el asunto Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Vivendi Universal contra Argentina (ARB/97/3), de 3/X/2001.

- *Decision on the proposal for the disqualification of a member of the arbitral tribunal* en el asunto Suez et al. c. Argentina (Casos CIADI n° ARB/03/17 y n° ARB/03/19), de 22/X/2007.
- *Decision on the claimant's proposal to disqualify a member of the tribunal en el asunto Electrabel, S.A. c. Hungría (Caso CIADI n° ARB/07/19)*, de 25/II/2008.
- *Decision on a second proposal for the disqualification of a member of the tribunal* en el asunto Suez, et al. c. República Argentina (Caso CIADI n° ARB/03/17), de 12/V/2008.
- *Challenge decision regarding professor Gabrielle Kaufmann-Kohler* en el asunto EDF International SA et al. c. República Argentina (Caso CIADI n° ARB/03/23), de 25/VI/2008.
- *Decisión sobre la propuesta de recusación de un miembro del tribunal formulada por la demandada* en CEMEX Caracas Investments BV et al. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI n° ARB/08/15), de 6/XI/2009.
- *Decision sobre la recusación* en el asunto PIP Sàrl c. República Gabonesa (Caso CIADI n° ARB/08/17), de 12/XI/2009 (en francés).
- *Decision on Respondent's proposal to disqualify arbitrator Dr. Yoram Turbowicz* en Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania (Caso CIADI n° ARB/07/16), de 19/III/2010.
- *Decision on claimant's proposal to disqualify professor Campbell McLachlan, arbitrator* en el asunto Urbaser et al. c. Argentina (Caso CIADI n° ARB/07/26), de 12/VIII/2010.
- *Decision on claimant's proposal to disqualify professor Brigitte Sterna, arbitrator* en el asunto Tidewater Inc. et al. c. Venezuela (Caso CIADI n° ARB/10/05) de 23/XII/2010.
- *Decision on the proposal to disqualify professor Philippe Sands, arbitrator* en OPIC Karimum Corp. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI n° ARB/10/14), de 5/V/2011.
- *Decision on the proposal to disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, arbitrators* en el asunto Universal Compression International Holdings SLU c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI n° ARB/10/9), de 20/V/2011.
- *Decisión sobre la propuesta de recusación del Dr. Stanimir Alexandrov* en el asunto Nations Energy Corp. et al. c. República de Panamá (Caso CIADI n° ARB/06/19), de 7/IX/2011.

- *Solicitud de recusación del Presidente Pierre Tercier y del árbitro Albert Jan van den Berg* en el asunto *Abaclat et al. c. República Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/5), de 15/IX/2011.
- *Decisión sobre Recusación de la mayoría del tribunal* en el asunto *Universal Compression et al. c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/10/09), de 20/V/2011.
- *Decision on the proposal to disqualify L. Yves Fortier, QC, arbitrator* en el asunto *ConocoPhillips c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/17/30), de 27/II/2012.
- *Décision sur la demande en récusation de monsieur Bernanrdo M. Cremades, arbitre* en el asunto *GETMA International et al. c. República de Guinea* (Caso CIADI n° ARB/11/29), de 28/VI/2012.
- *Decisión sobre la propuesta de la demandante de recusar al Sr. Gabriel Botini del tribunal en virtud del artículo 57 del Convenio del CIADI* en el asunto *Saint-Gobain Performance Plastics Europe c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/12/13), de 27/II/2013.
- *Decision on the parties' proposal to disqualify a majority of the tribunal* en el asunto *Blue Bank c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/12/20), de 12/XI/2013.
- *Decision on the proposal for disqualification of professor Francisco Orrego Vicuña* en el asunto *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador* (Caso CIADI n° ARB/05/5), de 12/XII/2013.
- *Decisión sobre la propuesta de recusación a la mayoría del tribunal* en el asunto *Repsol S.A. et al. c. República de Argentina* (Caso CIADI n° ARB/01/08), de 13/XII/2013.
- *Decisión sobre la propuesta de recusación a la mayoría del tribunal* en el asunto *Abaclat et al. c. República Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/5), de 4/II/2014.
- *Decision on the proposal for disqualification of Mr. Bruno Boesch* en *Caratube International Oil Company LLP et al. contra Kazajstán* (Caso CIADI n° ARB/13/13), de 20/III/2014.
- *Decisión sobre la propuesta de recusación a la mayoría del tribunal* en el asunto *ConocoPhillips Petrozuata BV et al. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/07/30), de 5/V/2014.
- *Decision omn claimant's proposal to disqualify professor Philippe Sands* en el asunto *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistán* (caso CIADI n° ARB/10/24), de 11/VII/2014.
- *Decision on claimant's proposal for the disqualification of Dr. Gavan Griffith QC* en el asunto *RSM Production Corp. c. Santa Lucía* (Caso CIADI n° ARB/12/10), de 23/X/2014.

- *Decisión sobre la propuesta de recusación a la mayoría del tribunal en el asunto ConocoPhilips Petrozuata BV et at. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI nº ARB/07/30), de 1/VII/2015.*
- *Decisión sobre la propuesta de recusación a la mayoría del tribunal en el asunto Fábrica de Vidrios Los Andes CA c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI nº ARB/12/21), de 16/VI/2015.*
- *Decisión sobre la propuesta de recusación de la República Argentina de recusación de la Sra. Teresa Cheng en Total S.A. contra Argentina (ARB/04/01), de 26/IX/2015.*
- *Decision on the proposal to disqualify L. Yves Fortier, QC, arbitrator en el asunto ConocoPhilips Petrozueala BV et at. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI nº ARB/07/30), de 15/XII/2015.*
- *Decision on the proposal to disqualify L. Yves Fortier, QC, arbitrator en el asunto ConocoPhilips Petrozuata BV et at. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI nº ARB/07/30), de 15/III/2016.*
- *Decisión razonada sobre la propuesta de recusación de L. Yves Fortier, QC, árbitro en el asunto Fábrica de Vidrios Los Andes CA et al. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI nº ARB/12/21), de 28/III/2016.*
- *Decision on the proposal to disqualify L. Yves Fortier, QC, arbitrator en el asunto ConocoPhilips Petrozuata BV et al. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI nº ARB/07/30), de 26/VII/2016.*
- *Decisión sobre la propuesta de recusación del L. Yves Fortier, QC, árbitro en Fábrica de Vidrios Los Andres CA c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI nº ARB/12/21), de 12/IX/2016.*
- *Decision on the proposal to disqualify all members of the arbitral tribunal en el asunto BSG Resources Ltd. et al. c. República de Guinea (Caso CIADI nº ARB/14/22), de 28/XII/2016.*
- *Decision on the proposal to disqualify L. Yves Fortier QC, arbitrator en Fábrica de Vidrios Los Andres CA et al. c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI nº ARB/12/21), de 5/V/2017.*

1.7.3.3. Decisiones y laudos sobre jurisdicción y/o admisibilidad

- *Decision on Jurisdiction and Competence en Alcoa Minerals of Jamaica Inc. c. Jamaica (Caso CIADI nº ARB/74/2), de 6/VII/1975.*
- *Award on Jurisdiction en Amco Asia Corp. et al. c. República de Indonesia (Caso CIADI nº ARB/81/1), de 25/IX/1983.*

- *Decision du Tribunal Arbitral sur la Déclinatoire de Compétence* en SOABI c. República de Senegal (Caso CIADI n° ARB/82/1), de 19/VII/1984.
- *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction* en FEDAX NV c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI n° ARB/96/3), de 11/VII/1997.
- *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction* en Ceskoslovenska Obchodni Banka, AS c. República Eslovaca (Caso CIADI n° ARB/97/4), de 24/V/1999.
- *Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción* en el asunto Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (caso CIADI n° ARB/97/7), de 25/I/2000.
- *Decisión provisional acerca de cuestiones jurisdiccionales preliminares* en el asunto Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI n° ARB(AF)/99/1), de 6/XII/2000.
- *Decisión del Tribunal de Arbitraje sobre Jurisdicción* en Eudoro Armando Olgún c. República del Paraguay (Caso CIADI n° ARB/98/5), de 8/VIII/2000.
- *Decision on jurisdiction* en Salini Costruttori SpA et al. c. Reino de Marruecos (Caso CIADI n° ARB/00/4), de 16/VII/2001.
- *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction* en CMS Gas Transmission Company c. República Argentina (Caso CIADI n° ARB/01/8), de 17/VII/2003.
- *Decision of the tribunal on objections to Jurisdiction* en SGS Société Générale de Surveillance SA c. República Islámica de Pakistán (Caso CIADI n° ARB/01/13), de 6/VIII/2003.
- *Decision on Jurisdiction* en Champion Trading Company et al. c. República Árabe de Egipto (Caso CIADI n° ARB/02/9), de 21/X/2003.
- *Decision on Jurisdiction* en Enron Corporation et al. c. República Argentina (Caso CIADI n° ARB/01/3), de 14/I/2004.
- *Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción* del caso SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Filipinas (Caso CIADI n° ARB/02/6), de 29/I/2004.
- *Decision on Jurisdiction* en el asunto Tokios Tokelès c. Ucrania (Caso CIADI n° ARB/02/8), de 29/IV/2004.
- *Decisión sobre Jurisdicción* en Siemens AG c. República Argentina (Caso CIADI n° ARB/02/8), de 3/VIII/2004.
- *Award on Jurisdiction* en Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto (Caso CIADI n° ARB/03/11), de 6/VIII/2004.

- *Decision on Jurisdiction* en Salini Costruttori SpA et al. c. Reino Hachemita de Jordania (Caso CIADI n° ARB/02/13), de 9/XI/2004.
- *Decision on Jurisdiction* en Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria (Caso CIADI n° ARB/03/24), de 8/II/2005.
- *Decision on Jurisdiction* en Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Paquistán (Caso CIADI n° ARB/03/3), de 22/IV/2005.
- *Decision on Jurisdiction* en AES Corporation c. República Argentina (Caso CIADI n° ARB/02/17), de 26/IV/2005.
- *Decisión del Tribunal sobre preguntas preliminares sobre jurisdicción* en Gas Natural SDG, SA c. República Argentina (Caso CIADI n° ARB/03/10), de 17/VI/2005.
- *Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción* en Camuzzi International SA c. República Argentina (Caso CIADI n° ARB/03/2), de 11/V/2005.
- *Decisión sobre las objeciones en materia de jurisdicción opuestas por el demandado* en Aguas del Tunari c. República de Bolivia (Caso CIADI n° ARB/02/3), de 21/X/2005.
- *Decision on Jurisdiction* en Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AŞ c. República Islámica de Pakistán (Caso CIADI n° ARB/03/29), de 14/XI/2005
- *Decision on Jurisdiction* en Continental Casualty Company c. República Argentina (Caso CIADI n° ARB/03/9), de 22/II/2006.
- *Decisión sobre Jurisdicción* en Suez et al. c. República Argentina (Caso CIADI n° ARB/03/17), de 16/V/2006.
- *Decision on Jurisdiction* en Jan de Nul NV et al. c. República Árabe de Egipto (Caso CIADI n° ARB/04/13), de 16/VI/2006.
- *Decision* en LESI SpA et al. c. República Argelina Democrática y Popular (Caso CIADI n° ARB/05/3), de 12/VII/2006.
- *Decision on the Application for Annulment of the Award* en Patrick Mitchel c. República Democrática del Congo (Caso CIADI n° ARB/99/7), de 1/XI/2006.
- *Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures* en Saipem SpAc. República Popular de Bangladés (Caso CIADI n° ARB/05/07), de 21/III/2007.
- *Decision on Jurisdiction* en Waguhi Elie George Siag et al. c. República Árabe de Egipto (Caso CIADI n° ARB/05/15), de 11/IV/2007.
- *Award on Jurisdiction* en Malaysian Historical Salvors SDN BHD c. El Gobierno de Malasia (Caso CIADI n° ARB/05/10), de 17/V/2007.

- *Decision on Jurisdiction* en Ioannis Kardassopoulos c. Georgia (Caso CIADI n° ARB/05/18), de 6/VI/2007.
- *Decision on Jurisdiction and Admissibility* en Ioan Micula et al. c. Rumanía (Caso CIADI n° ARB/05/20), de 24/II/2008.
- *Decisión sobre Jurisdicción* en Noble Energy Inc. et al. c. República del Ecuador (Caso CIADI n° ARB/05/12), de 5/III/2008.
- *Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility* en The Rompetrol Group NV c. Rumanía (caso CIADI ARB/06/3), de 18/IV/2008.
- *The tribunal 's Decision on the respondent's objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules* en Trans-global Petroleum Inc c. Reino Hachemita de Jordania (Caso CIADI n° ARB/07/25), de 12/V/2008.
- *Decisión sobre las excepciones opuestas por la demandada en virtud de la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI* en Brandes Investment Partners LP c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI n° ARB/08/2), de 2/II/2009.
- *Laudo sobre jurisdicción* en Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador (Caso CIADI n° ARB/08/4), de 15/XII/2010.
- *Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad* en el asunto Abaclat et al. c. República Argentina (Caso CIADI n° ARB/07/5), de 4/VIII/2011.
- *Decision on respondent's objection under Arbitration Rule 41(5)* en Accession Mezzanine Capital et al. c. Hungría (Caso CIADI n° ARB/12/3), de 16/I/2013.
- *Decision on Jurisdiction and Admissibility* en Ambiente Ufficio SpA c. República Argentina (Caso CIADI n° ARB/08/9), de 8/II/2013.
- *Decision on Jurisdiction* en Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. República Popular de Bangladés et al. (Caso CIADI n° ARB/10/11 y ARB/10/18), de 19/VIII/2013.
- *Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad* en Giovanni Alemanni et al. c. República Argentina (Caso CIADI n° ARB/07/8), de 17/XI/2014.
- *Decisión del Comité ad hoc sobre la excepción preliminar presentada por la República Bolivariana de Venezuela* en Venoklim Holding BV c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI n° ARB/12/22), de 8/III/2016.
- *Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction* en Helnan International Hotels c. República Árabe de Egipto (Caso CIADI n° ARB/05/19), de 17/X/2016.

- *Decision on Jurisdiction* en Vladislav Kim et al. c. República de Uzbekistán (Caso CIADI n° ARB/13/6), de 8/III/2017.
- *Decision on respondent's application under Rule 41(5)* en Eskosol SpA c. República Italiana (Caso CIADI n° ARB/15/50), de 20/III/2018.

1.7.3.4. Decisiones sobre anulación

- *Decision on the application for annulment submitted by Klöckner against the arbitral award rendered on October, 21 1983*, en Klöckner c. Camerún (asunto CIADI n° AB/81/2) de 3/V/1985.
- *Decision on the Application by Guinea for Partial Annulment of the Arbitral Award* en el caso Maritime International Nominees Establishment c. Guinea (Caso CIADI n° ARB/84/4) de 14/XII/1989.
- *Decision on the Annulment* en el asunto WENA Hotels c. República Árabe de Egipto (Caso CIADI n° ARB/98/4), de 5/II/2002.
- *Decisión sobre la anulación* del asunto Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal c. Argentina (Caso CIADI n° ARB/97/3) de 28/V/2003.
- *Decision of the ad hoc committee on the application for annulment of the Republic of Seychelles*, asunto CDC c. Seychelles (Caso CIADI n° ARB/02/14) de 29/VI/2005.
- *Decision on the application for annulment of the award* en Mr. Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo (ARB/99/7), de 1/XI/2006.
- *Decision of the ad hoc committee on the application for annulment of Mr. Soufraki* en Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos (caso CIADI n° ARB/07/2), de 5/VI/2007.
- *Decisión sobre la solicitud de anulación de la República de Argentina*, asunto Azurix Corp. c. República Argentina (caso CIADI n° ARB/01/12) de 1/IX/2009.
- *Decisión sobre la solicitud de anulación del laudo emitido el 20 de agosto de 2007* presentada por la República Argentina en el asunto Compañía de Aguas del Aconquija SA et al. c. República de Argentina (Caso CIADI n° ARB/97/3), de 10/VIII/2010.
- *Decisión sobre la solicitud de anulación de laudo presentada por Iberdrola Energía S.A.* en el asunto Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala (Caso CIADI n° ARB/09/5) de 13/I/2015.
- *Decisión sobre Anulación* del caso TECO Guatemala Holdings LLC c. Guatemala (Caso CIADI n° ARB/10/23) de 5/IV/2016.

1.7.3.5. Órdenes Procesales

- *Resolución procesal n° 1* en Aguas del Tunari, SA c. Estado Plurinacional de Bolivia (Caso CIADI n° ARB/02/3), de 8/IV/2003.
- *Resolución Procesal No. 1, sobre la solicitud de medidas provisionales de Burlington Oriente* en Burlington Resources Inc. et al. c. República del Ecuador et al. (Caso CIADI n° ARB/08/5), de 29/VI/2009.
- *Ordonnance de Procédure n. 2* en el asunto International Quantum Resources et al. c. República Democrática del Congo (caso CIADI ARB/10/21); de 6/X/2011.
- *Procedural order n. 1 and decision on bifurcation* en el asunto Burimi SRL et al. c. Albania (caso CIADI ARB/11/18); de 18/IV/2012.
- *Procedural order n. 1* en el asunto Adel A. Hamadi Al Tamimi c. Sultanato de Omán (caso CIADI ARB/11/33); 13/VII/2012.
- *Procedural order n. 1* en el asunto Churchill Mining PLC c. Indonesia (Caso CIADI ARB/12/14); 6/XII/2012.
- *Procedural order n. 1* en el asunto Poštová banka a.s. et al. c. República Helénica (caso CIADI ARB/13/8); de 20/XII/2012.
- *Procedural order n. 1* en el asunto Marco Gavazzi et al. c. Rumanía (caso CIADI ARB/12/25); de 11/III/2013.
- *Resolución procesal n° 1* en el asunto Teco Guatemala Holdings, LLP c. Guatemala (comité de anulación) (Caso CIADI n° ARB/10/23); de 1/VIII/2014.
- *Resolución procesal n° 1* en el asunto Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú (Caso CIADI n° ARB/14/21); de 27/I/2015.
- *Procedural order n. 1* en el asunto Transglobal Green Energy et al. c. Panamá (caso CIADI ARB/13/28); de 17/III/2015.
- *Resolución procesal n° 2* en el asunto EuroGas Inc. y Belmont Resources Inc. c. República Eslovaca (Caso CIADI n° ARB/14/14); de 16/IV/2015.
- *Procedural Order n. 1* en el asunto United Utilities (Tallin) B.V. et al. c. Estonia (caso CIADI ARB/14/24); 5/VI/2015.
- *Menzies Middle East Africa S.L. c. Senegal* (caso CIADI ARB/15/21), vid. *Procedural order n. 1*, de 30/X/2015.
- *Procedural order n. 1* en el asunto ACP Axos Capital GmbH c. Kosovo (caso CIADI ARB/15/22); de 10/II/2016.
- *Award* en İçkale İnşaat Limited Şirketi c. Turkmenistán (caso CIADI n° ARB/10/24), de 8/III/2016.

- *Procedural order n. 1* en el asunto Cortec Mining Kenya Ltd. et al. c. Kenia (caso CIADI ARB/15/29); de 29/III/2016.
- *Procedural order n. 1* en el asunto Global Telecom Holding S.A.E. c. Canadá (caso CIADI ARB/16/16); de 13/VI/2016.
- *Procedural order n.º 1* en el asunto Gabriel Resources Ltd. c. Rumanía (Caso CIADI n.º ARB/15/31); de 26/IX/2016.
- *Resolución procesal n. 1* en el asunto Abertis Infraestructuras c. Argentina (caso CIADI ARB/15/48); de 11/X/2016.
- *Procedural order n. 2* en el asunto Standard Chartered Bank (Hong Kong) Ltd. c. República Unida de Tanzania (caso CIADI ARB/15/41); de 11/X/2016.
- *Procedural Order n. 1* en el asunto Raymond Charles Eyre c. Sri Lanka (caso CIADI n.º ARB/16/25); de 1/VI/2017.
- *Resolución procesal n.º 1* en el asunto Bridgestone Licensing Services y la República de Panamá (Caso CIADI n.º ARB/16/34); de 11/VII/2017.

1.7.3.6. Decisiones sobre medidas provisionales

- *Resolución procesal n.º 2* en Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (Caso CIADI n.º ARB/97/7), de 28/X/1999.
- *Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes* en Víctor Pey Casado et al. c. República de Chile (Caso CIADI n.º ARB/98/2), de 25/I/2001.
- *Order n.º 3* en Tokios Tokelès c. Ucrania (Caso CIADI n.º ARB/02/18), de 18/I/2005.
- *Procedural Order n.º 1* en Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania (Caso CIADI n.º ARB/05/22), de 31/III/2006.
- *Decision on provisional measures* en Phoenix Action Ltd. c. República Checa (Caso CIADI n.º ARB/06/5), de 6/IV/2007.
- *Decisión sobre medidas provisionales* en Occidental Petroleum Corporation et al. c. República del Ecuador (Caso CIADI n.º ARB/06/11), de 17/VIII/2007.
- *Decisión sobre medidas provisionales* en City Oriente Ltd. c. República del Ecuador et al. (Caso CIADI n.º ARB/06/21), de 19/XI/2007.

- *Resolución Procesal No. 1, sobre la solicitud de medidas provisionales de Burlington Oriente en Burlington Resources Inc. et al. c. República del Ecuador et al.* (Caso CIADI n° ARB/08/5), de 29/VI/2009.
- *Decisión sobre medidas provisionales en Perenco Ecuador Ltd. c. República del Ecuador et al.* (Caso CIADI n° ARB/08/6), de 8/V/2009.
- *Decision Regarding Claimant's Application for Provisional Measures en Caratube International Oil Company LLP c. República de Kazajistán* (Caso CIADI n° ARB/08/12), de 31/VII/2009.
- *Decisión sobre medidas provisionales en Quiborax SA et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia* (Caso CIADI n° ARB/06/2), de 26/II/2010.
- *Decision on the claimants' request for provisional measures en Cemex Caracas Investments BV et al. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/08/15), de 3/III/2010.
- *Decisión sobre solicitud de medidas provisionales en Convia Callao SA et al. c. República del Perú* (Caso CIADI n° ARB/10/12), de 22/II/2011.
- *Procedural Order No. 2 (Provisional Measures Concerning Security for Costs) en Burimi SRL et al. c. República de Albania* (Caso CIADI n° ARB/11/18), de 3/V/2012.
- *Decision on claimant's request for provisional measures en Tethyan Copper Company PTY Ltd. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI n° ARB/12/1), de 13/XII/2012.
- *Procedural Order n° 3. Provisional measures en Churchill Mining PLC c. República de Indonesia* (Caso CIADI n° ARB/12/14), de 4/III/2013.
- *Decision on Saint Lucia's request for provisional measures en RSM Production Corporation c. Santa Lucía* (Caso CIADI n° ARB/12/10), de 12/XII/2013.
- *Decision on the claimant's request for provisional measures en PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Estado Independiente de Papúa Nueva Guinea* (Caso CIADI n° ARB/13/33), de 21/I/2015.
- *Decision on the claimant's urgent application for provisional measures en Gavrilović and Gavrilović DOO c. República de Croacia* (Caso CIADI n° ARB/12/39), de 19/III/2015.
- *Procedural Order n° 2. Decision on respondent's application for provisional measures en Lighthouse Corporation Pty Ltd. et al. c. República Democrática de Timor Oriental* (Caso CIADI n° ARB/15/2), de 13/II/2016.
- *Order on provisional measures en Hydro SRL et al. c. República de Albania* (Caso CIADI n° ARB/15/25), de 3/III/2016.

- *Decisión sobre medidas provisionales* en *Teinver SA et al. c. República Argentina* (Caso CIADI nº ARB/09/1), de 8/IV/2016.
- *Decision on Respondent's Application for Provisional Measures* en *United Utilities (Tallin) BV et al. c. República de Estonia* (Caso CIADI nº ARB/14/24), de 12/V/2016.
- *Decision on claimant's application for provisional measures and temporary relief* en *Italba Corporation c. República Oriental del Uruguay* (Caso CIADI nº ARB/16/9), de 15/II/2017.
- *Procedural Order nº 7. Decision on claimant's request for provisional measures* en *Nova Group Investmens BV c. Rumanía* (Caso CIADI nº ARB/16/19), de 29/III/2017.
- *Procedural Order no. 3 (Decision on Respondent's Request for Provisional Measures)* en *Eskosol SpA in liquidazione c. República italiana* (Caso CIADI nº ARB/15/50), de 12/IV/2017.
- *Decision on the applicant's urgent application for provisional measures regarding the temporary stay of execution and the escrow arrangement* en *Bernhard von Pezold et al. c. República de Zimbabue* (Caso CIADI nº ARB/10/25), de 22/VIII/2017.
- *Decision on provisional measures* en *Rizzani de Eccher SpA et al. c. Estado de Kuwait* (Caso CIADI nº ARB/18/8), de 23/XI/2017.

1.7.3.7. Otras

- Carta de 26/VIII/2005 del árbitro Galo Leoro Franco, cartas de 26/VII/2005, 4/X/2005, de 17/XI/2005 y de 5/XII/2005 del árbitro Pierre Lalive y carta de 7/X/2005 del árbitro Mohammed Bedjaoui en el asunto *Víctor Pey Casado et al. c. República de Chile* (Caso CIADI nº ARB/98/2).
- *Transcription of the Hearing* en *Vannessa Ventures Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela* (caso CIADI nº ARB(AF)/04/6), de 6/V/2007.
- *Tribunal's ruling regarding the participation of David Mildon QC in further stages of the proceedings* en el asunto *Hrvatska Elektroprivreda dd c. República de Eslovenia* (Caso CIADI nº ARB/05/24), de 6/V/2008.
- *Letter of resignation* del Prof. Phillippe Sands, QC en el asunto *Víctor Pey Casado c. República de Chile* (ARB/98/2), de 10/I/2014.
- *Decision on respondent's request for reconsideration of the tribunal's Decision of 10 march 2014* en *ConocoPhillips Petrozuata et al. c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI nº ARB/07/30) de 9/II/2016.

- *Resolución Procesal n^o 6* en Carlos Ríos et al. c. República de Chile (Caso CIADI n^o ARB/17/16), de 16/VIII/2018.