

LA TRANSPARENCIA EN LOS LAUDOS
ARBITRALES Y UNA PROPUESTA DE UN
SISTEMA MULTILATERAL DE SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS EN EL ARBITRAJE
DE INVERSIÓN

TRANSPARENCY IN ARBITRATION AWARDS AND A PROPOSAL
FOR A MULTILATERAL DISPUTE RESOLUTION SYSTEM IN
INVESTMENT ARBITRATION.

Nayiber Febles Pozo¹

Sumario: *I. Introducción. II. EL acceso a los laudos arbitrales. III. La transparencia en los laudos arbitrales: hacia una jurisprudencia arbitral. IV. Propuestas de creación de un mecanismo formal en el arbitraje de inversiones CIADI que permita mayor coherencia y transparencia en los laudos arbitrales y la creación del precedente arbitral: entre la implementación de un Tribunal Permanente de Apelación y un Tribunal Internacional de inversiones. IV.A La implementación de un Tribunal Permanente de Apelación en el arbitraje CIADI como garantía de creación de un sólido precedente arbitral y mayor transparencia en los laudos arbitrales. IV.A.1 El Tribunal Permanente de Apelación del CIADI: hacia una institucionalización del mecanismo de apelaciones y del sistema arbitral. IV.A.2 El Tribunal Permanente de Apelación del CIADI: la búsqueda de una coherencia y uniformidad interpretativa de los tratados. IV.A.3 El Tribunal Permanente de Apelación del CIADI: la*

¹ Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

El trabajo está adscrito al Proyecto PID2020- 114611RB-I00, «Protección del menor en las crisis familiares internacionales (análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea)» concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

creación de un precedente arbitral y su incidencia en la transparencia de los laudos arbitrales. IV.A.4 Análisis de casos. IV.A.4.a) La cláusula de nación más favorecida. IV.A.4.b) El estado de necesidad invocado por los Estados. IV.A.4.c) La cláusula paraguas. IV.B La creación de un Tribunal Internacional de Inversión. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

Resumen: En el trabajo se analiza la transparencia en los laudos arbitrales y con ella, la necesidad de una consistencia y coherencia de las decisiones a través del precedente arbitral a partir de un profundo análisis de casos. Se propone un sistema multilateral de solución de controversias: Tribunal Internacional de Inversión o Tribunal Permanente de Apelación.

Palabras claves: Arbitraje de Inversiones, Tribunal Permanente de apelación, Tribunal Internacional de Inversiones, transparencia, laudo.

Abstract: The paper analyzes transparency in arbitration awards and with it, the need for consistency and coherence of decisions through arbitration precedent based on a deep analysis of cases. A multilateral dispute settlement system is proposed: International Investment Court or Permanent Court of Appeal.

Key Words: Investment Arbitration, Permanent Court of Appeal, International Investment Court, transparency, award.

Recepción original: 11/10/2022

Aceptación original: 11/10/2022

I. INTRODUCCIÓN

La transparencia en los laudos arbitrales es un tema que ha motivado ásperas discusiones, sobre todo a raíz de la contradicción existente entre las obligaciones de transparencia asumidas por los Estados en tratados internacionales, en sus propias normas internas y la obligación de confidencialidad en el arbitraje para resolver los conflictos, dicotomía que debe tenerse en cuenta a partir de la propia naturaleza jurídica del arbitraje. El aumento de la transparencia ha incidido tanto en el arbitraje internacional que ha comenzado a cambiar su propia naturaleza, nos atrevemos a decir que la influencia continuará siendo tan fuerte que propiciará un cambio revolucionario en el arbitraje internacional. En la actualidad, el arbitraje se ha ido despojando de su fuerte arraigo a la confidencialidad, pero continúa siendo muy criticado por su discrecionalidad, el secretismo de los procedimientos y el difícil acceso a la información.

Las reglas arbitrales más utilizadas a nivel internacional —Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Cámara de Comercio Internacional (CCI) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI)— carecen de referencias respecto a la utilización del precedente, ni siquiera en el ámbito del Derecho internacional de inversiones, que tanto se invoca en la actualidad, se reconoce la posibilidad de que las partes en el arbitraje internacional puedan o deban tener en cuenta los laudos dictados con anterioridad a la resolución de un caso. Los tribunales arbitrales son creados para conocer y decidir dentro de los límites de una disputa determinada, despojados de la más mínima obligación de depender de los laudos previamente dictados como «ley aplicable *ipso facto* sobre los méritos de la disputa»².

Sin embargo, se ha convertido en una práctica muy habitual que las partes en el arbitraje internacional invoquen precedentes arbitrales para fundamentar su análisis jurídico, es decir, tienen en cuenta decisiones de tribunales arbitrales que han resuelto casos similares, siendo muy frecuente también su uso por los propios árbitros cuando a la hora de dictar un laudo no solo tienen en cuenta decisiones de casos anteriores, sino que muchas son citadas en el propio texto³.

Esta práctica ha encontrado mayor respaldo en el arbitraje de inversiones, teniendo en cuenta los elementos de transparencia existentes⁴, lo que no quiere decir que en el arbitraje comercial internacional no esté presente, pero en menor medida. Tanto es así, que algunos estudios realizados en el seno del CIADI lo confirman; por ejemplo, entre los años 1990 y 2006 en un estudio realizado sobre los laudos y decisiones arbitrales en casos administrados por el CIADI se concluyó, que las citas a los laudos dictados por anteriores tribunales del CIADI se pudieron constatar en casi un 78 por ciento de los casos. Además, se observó que los laudos que citaban otros laudos, así como el número de citas por laudos aumentaron con el tiempo⁵. En ese mismo período, pero tomando específicamente como referencia a partir del año 1998, se constató que las referencias a laudos anteriores

² MALMSTEN, J., «Informal Reliance on Previously Rendered Awards. An Efficient Means to Promote Consistency on the MFN Question?», *UPPSALA Universitet*, 2013, p. 8.

³ FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., «El auge del arbitraje frente al debate sobre su legitimidad» en *Jornadas sobre The Transformation of Enforcement*, Instituto Universitario Europeo de Florencia, 2013, p. 271.

⁴ COMMISSION, J.P., Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence, *JIA*, Vol. 24, 2007, pp.149-153.

⁵ COMMISSION, J.P., Precedent in Investment Treaty Arbitration...*op.cit.*..., pp. 129-158, 130, 149-150.

estuvieron presentes en un total de 90 laudos de los 98 dictados en ese período⁶, lo que demuestra la amplia utilización, por todas las partes en el arbitraje, de las decisiones emitidas en laudos anteriores para fundamentar tanto los escritos de demanda y contestación como los futuros laudos a dictar por el tribunal arbitral. Existe un gran número de árbitros y de profesionales del Derecho, académicos, que abogamos por una mayor confianza y una amplia utilización del precedente en el arbitraje internacional como un medio a través del cual se pueda lograr una mayor coherencia de las decisiones en el arbitraje.

Ahora bien, la cuestión más inmediata en la práctica es cómo conciliar la naturaleza privada del arbitraje de inversiones y del arbitraje comercial internacional con el interés público. Cuestión que analizamos, pero desde la perspectiva del control de los laudos, es decir, a partir de dos aspectos que consideramos significativos para el arbitraje internacional y que requieren una mayor implementación para satisfacer los estándares de interés público presentes en el arbitraje internacional, ellos son la transparencia en los laudos arbitrales y con ella, la necesidad de una consistencia y coherencia de las decisiones a través del precedente arbitral. ¿Resulta posible evitar el riesgo de decisiones incoherentes? Consideramos que sí, en gran medida, una vez incorporados ciertos mecanismos al procedimiento que permitan, ya sea durante la celebración del proceso como en la etapa posterior al mismo, una revisión mucho más amplia del laudo y que puede implementarse con un sistema multilateral de solución de controversias: un Tribunal Internacional de arbitraje de inversión o un Tribunal de Apelación al que las partes puedan recurrir el laudo obtenido. Cuestiones estas que analizamos y que constituyen el objeto del trabajo.

II. EL ACCESO A LOS LAUDOS ARBITRALES

Un aspecto esencial de la transparencia en el arbitraje internacional es el conocimiento público de los laudos arbitrales. Para ello, resulta necesario el acceso a las resoluciones, a las decisiones finales del tribunal arbitral que resuelven un determinado litigio, lo que ha convertido a la transparencia en un verdadero calvario para el arbitraje internacional⁷. En la actualidad, aunque se ha ido matizando la cuestión a nivel internacional y se ha tenido acceso a un reducido

⁶ FAUCHALD, O.K., «The Legal Reasoning of ICSID Tribunals-An Empirical Analysis», *European Journal of International Law*, Vol. 19, 2008, pp. 301-364.

⁷ Así lo confirma, «Report by the Committee on International Commercial Disputes of the Association of the Bar of the City of New York». Publication of International Arbitration Awards and Decisions («Report»). Disponible en: <http://>

número de laudos arbitrales —siendo de conocimiento, generalmente, por quienes se desenvuelven en el estrecho marco del arbitraje o por los grandes despachos— continúa siendo un objetivo principal de la comunidad internacional el conocimiento y acceso público a las decisiones arbitrales. Tanto es así, que algunos autores comparan el acceso al laudo arbitral como «una verdadera lotería»⁸.

No existe actualmente requerimiento alguno que permita la publicación y acceso público a las decisiones arbitrales, ni el Reglamento del CIADI, ni las reglas de la CCI y de la CNUDMI establecen dicha obligación. Todo lo contrario, en las mencionadas reglas sigue primando el consentimiento de las partes en cuanto al conocimiento público del laudo. Los laudos dictados en procedimientos arbitrales bajo las reglas del CIADI no se publican «*sin el consentimiento de las partes*»⁹, aunque el centro deberá publicar extractos del razonamiento jurídico del tribunal. En este mismo sentido, se pronuncian las Reglas de la UNCITRAL al reconocer que solo el laudo se hará público «*con el consentimiento de las partes o cuando una de las partes tenga la obligación jurídica de darlo a conocer (...)*»¹⁰. Tal restricción al conocimiento público de los laudos incide en el desconocimiento del análisis y los fundamentos expuestos en ellos. Ni siquiera en casos de gran trascendencia por la fuerte incidencia de interés público presente, como sucede en el arbitraje de inversión, pueden ser conocidos, con la única excepción de que las partes manifiesten su consentimiento, situación esta que pone en entredicho el actuar de los propios Estados a partir de la obligación de transparencia de sus actuaciones gubernamentales y la privacidad del arbitraje. Aunque la privacidad pueda ser perfectamente admisible respecto del inversor privado, esta colisiona con la transparencia exigida por los Estados hacia sus ciudadanos. Este escenario puede resultar propicio para el surgimiento de actividades ilegales o corruptas que detrás del manto

www2.nycbar.org/pdf/report/uploads/20072645-PublicationofInternationalArbitrationAwardsandDecisions.pdf, consultado el 22/09/2022.

⁸ POLANCO LAZO, R., «Transparencia y Derechos de terceros en arbitrajes internacionales sobre inversión extranjera», *Revista de Derecho Económico*, Año XLII, No. 75, 2010, p. 127.

⁹ Tal y como lo establece la Regla 48(4).

¹⁰ En este sentido, el Art. 34.5 del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, establece que; «*Podrá hacerse público el laudo con el consentimiento de las partes o cuando una parte tenga la obligación jurídica de darlo a conocer para proteger o ejercer un derecho, y en la medida en que así sea, o con motivo de un procedimiento legal ante un tribunal u otra autoridad competente*».

de la confidencialidad se oponen a los propios beneficios de la transparencia en el procedimiento¹¹.

La práctica ha demostrado que las razones expuestas en defensa del secreto y la no publicidad de los laudos arbitrales no son del todo convincentes¹², no solo en materia del arbitraje de inversiones, teniendo en cuenta el amplio radio de acción que ocupan los efectos de los litigios en esta materia, sino también en el arbitraje comercial internacional, motivo por el que no se justifica el desconocimiento de las decisiones arbitrales y de todo cuanto acontece en el procedimiento. Tanto es así, que algunos autores han considerado que la existencia de confidencialidad en el procedimiento es la primera etapa en la erosión del acceso público a las disputas, provocando, a su vez, más daño al Derecho de acceso público a la información que al propio litigio¹³.

Los laudos arbitrales son exclusivamente vinculantes solo para las partes involucradas, sin embargo, una jurisprudencia fácilmente accesible podría tener una utilidad considerable¹⁴ en casos sustancialmente similares. El acceso y conocimiento público de los laudos arbitrales indudablemente favorece cierto grado de coherencia en los procedimientos y una mayor consistencia en la jurisprudencia arbitral¹⁵, facilitándole a las partes comprender mejor el funcionamiento interno del arbitraje. El acceso público de los laudos arbitrales puede proporcionar racionalidad y transparencia al procedimiento. Además, teniendo en cuenta que los laudos estarían sujetos al escrutinio público, los árbitros tendrán un incentivo adicional, llevar a cabo procedimientos de arbitraje de manera eficiente y expedita.

En suma, tanto los legisladores como las instituciones arbitrales, creadoras de las normas o políticas que rigen el arbitraje internacional, deben fomentar el desarrollo de reglas que permitan un mayor acceso público a los laudos. A nuestro criterio pueden basarse en tres modelos diferentes. En primer lugar, un modelo de reglas por defecto, como se refleja en el Reglamento de Arbitraje Marítimo de la Sociedad de Árbitros Marítimos que establece que «*salvo estipulación anti-*

¹¹ DESSEMONTET, F., «Arbitration and confidentiality», *ARIA*, No. 7, 1996, p. 318.

¹² POLANCO LAZO, R., Transparencia y Derechos de terceros...*op.cit.*..., p. 130.

¹³ BRENOWITZ, S., «Deadly Secrecy: «The Erosion of public information under private justice», *Ohio Student Journal on Dispute Resolution*, No. 19, 2004, p. 689.

¹⁴ CARMODY, M., «Overturning the Presumption of Confidentiality: Should the UNCITRAL Rules on Transparency be applied to International Commercial Arbitration?», *INT'L TRADE & BUS. L. REV.*, Vol. 19, 2016, p. 157.

¹⁵ REUBEN, R.C., «Constitutional Gravity: A Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice», *UCLA L. REV.*, Vol. 47, 2000, p. 1085.

cipada en contrario, las partes, de acuerdo con el presente Reglamento, acuerdan que el laudo emitido puede ser publicado por la Sociedad de Árbitros Marítimos, Inc. y / o sus corresponsales¹⁶». En segundo lugar, un modelo de regla obligatoria modificable que podría seguir el criterio del CIADI al exigir, como mínimo, la publicación del razonamiento jurídico de una decisión¹⁷, pero esta vez con un alcance mucho más amplio que abarque cuestiones más allá del alcance del razonamiento jurídico. Y, en tercer lugar, un modelo de normas obligatorias como se refleja en la más reciente práctica de tratados de inversión.

III. LA TRANSPARENCIA EN LOS LAUDOS ARBITRALES: HACIA UNA JURISPRUDENCIA ARBITRAL

La publicación generalizada de los laudos arbitrales puede favorecer la creación de un criterio objetivo para evaluar a los árbitros¹⁸ y considerar, todavía más, el interés público en los procedimientos de arbitraje¹⁹. Aumentar la publicación de las decisiones arbitrales es un gran paso en la búsqueda de una mayor transparencia. Aunque el arbitraje difiere de la jurisprudencia tradicional en que los árbitros no están obligados por decisiones previas de un tribunal arbitral para mantener un sentido de continuidad y racionalidad, y en el que no existe un sistema de *stare decisi* o jurisprudencia vinculante, puede constatarse que los árbitros consultan, cada vez más, las decisiones anteriores de los tribunales arbitrales y las tienen en cuenta en el análisis y fundamentación del laudo²⁰, son muchos los casos que así lo reafirman, por solo citar algunos, cabe destacar;

¹⁶ Véase al respecto; Apartado I «Rules a part of the Arbitration Agreement», section 1 «Agreement of Parties», párrafo 3, del Maritime Arbitration Rules Society of Maritime Arbitrators, Inc, 2016. Disponible en: <http://www.smany.org/doc1-arbitrationRules-pdf.html>, consultado 22/09/2022.

¹⁷ Al respecto, el artículo 53 (3) del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI, establece que; *con excepción de lo requerido para cualquier registro o para la presentación del laudo por el Secretariado General conforme al párrafo (1) de este artículo, el Secretariado no publicará el laudo sin el consentimiento de las partes. Sin embargo, el Secretariado deberá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del Tribunal.*

¹⁸ GARCIA DA FONSECA, R., DE LUIZI CORREIA, A.: «The Limits of Confidentiality in arbitration: A Brazilian perspective», *Y.B. ON INT'L ARB.*, Vol. 3, 2013, p. 125.

¹⁹ BHATIA, V., CANDLIN, CH., SHARMA, R., «Confidentiality and Integrity in. International Commercial Arbitration Practice», *Arbitration*, Vol. 75, No. 1, 2009, p. 10.

²⁰ BENTOLILA, D., «Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2012, p. 375.

- El caso entre *Charanne B.V., Construction Investments S.A.R.L., vs. España*²¹, controversia que trató sobre el régimen regulatorio aplicado por España a los sistemas de generación de electricidad basados en energía solar fotovoltaica que, al ser basado en energías renovables, se encuentra regulada mediante un régimen especial que incluye incentivos y subvenciones. España, entre otras medidas, estableció un sistema de primas y de tarifas reguladas para retribuir la producción de electricidad de origen solar fotovoltaico, trayendo como consecuencia que las demandantes iniciaran un procedimiento arbitral alegando, entre otras cuestiones, que España después de haber atraído la inversión al área de generación fotovoltaica, modifica ilegalmente el régimen especial que regula la industria causándole diversos daños, limitando el objeto de la controversia al carácter ilícito del Real Decreto 1565/2010 y del Real Decreto Ley 14/2010. Una vez constituido el tribunal y analizado los argumentos expuestos por las partes, podemos presenciar en el amplísimo laudo que resuelve la controversia, las reiteradas referencias a decisiones de casos anteriores con idéntica similitud en el objeto. Por ejemplo, el tribunal arbitral en el análisis de la cláusula de denegación de beneficios del Art. 17 del Tratado de la Carta de la Energía (TCE) y el levantamiento del velo societario a solicitud de la demandada, admite y cita la postura desarrollada por el caso *Yukos Universal Limited vs. La Federación Rusa*. Caso PCA, No. AA 227, CNUDMI²². En relación con la cláusula de desconexión implícita para relaciones intra-europeas, que según alega España, se encuentra implícita en el TCE, el tribunal considera que el Derecho de la UE prevalecerá siempre en caso de contradicción de fondo y, realizando también un análisis del Art. 344 del TFUE, se acoge a la decisión del caso *Electrabel S.A. vs. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19²³. Por último, en cuanto al análisis de la expropiación indirecta, el tribunal considera que dicho concepto debe ser admitido siempre que la toma de decisión implique una privación de propiedad, citando la decisión del caso *D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL²⁴, y que el estándar de expropiación indirecta bajo el Derecho internacional impli-

²¹ *Charanne B.V., Construction Investments S.A.R.L., vs. España*. SCC Case, No. V 062/2012. Con base en el Tratado sobre la Carta de la Energía, de 17 de diciembre de 1994. Laudo Final, 2016.

²² *Ibidem*, párraf. 417.

²³ *Ibidem*, párraf. 439, 444.

²⁴ *Ibidem*, párraf. 460.

ca una afectación sustancial de los derechos de propiedad del inversor. Dicha afectación puede realizarse en el caso de una efectiva privación de todo o parte de los bienes objeto de la inversión, remitiéndose así a la decisión de los tribunales en los casos, *CMS Gas Transmission Company vs. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8; *Marvin Roy Feldman Karpa vs. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/99/1 y *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft vs. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22²⁵, entre otros.

- En el controvertido caso *Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company vs. Ecuador*²⁶, administrado por la Corte Permanente de Arbitraje en la Haya y bajo las reglas de la CNUDMI, los demandantes alegan que Ecuador violó sus obligaciones de Derecho internacional, *inter alia*, a través de las acciones y omisiones del Poder Judicial ecuatoriano durante el caso de Lago Agrio. Ecuador niega las alegaciones de los demandantes y se opone a la base legal jurisdiccional para las demandas bajo el Tratado. Así pues, los demandantes inician un procedimiento arbitral contra Ecuador en 2009, dictándose en el año 2018 un segundo laudo parcial, en el que también podemos constatar las reiteradas citas del tribunal a laudos y casos celebrados con anterioridad. Por ejemplo, el tribunal para resolver sobre la cuestión de jurisdicción planteada reconoce que debe tenerse en cuenta la relación existente entre el Tratado y el Derecho internacional consuetudinario, teniendo en cuenta que ambos ofrecen protección sobre la denegación de justicia, acogiéndose así, a las conclusiones del tribunal en los casos *Robert Azinian, Kenneth Davitian, Ellen Baca vs. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2; *Mondev International Ltd. vs. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/99/2 y *Merrill and Ring Forestry L.P. vs. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1²⁷. Continúa el tribunal, esta vez en cuanto al consentimiento otorgado por las partes, reconociendo que el mismo fue otorgado en virtud de un artículo específico del tratado, siendo legalmente autónomo y separable del resto de las cuestiones del tratado ya que este así lo reconoce, tal y como lo ha reconocido el tribunal del caso *Plama Consortium Limited*

²⁵ *Ibidem*, párraf. 461.

²⁶ *Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company vs. Ecuador*. UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23. Second Partial Award on Track II, dated 30 August 2018. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/257>, consultado el 22/09/2022.

²⁷ *Ibidem*, párraf. 7.12.

vs. Republic of Bulgaria, ICSID Case No.ARB/03/24²⁸, concluyendo que los demandantes han iniciado el procedimiento en su propio derecho entre inversor y Estado, y no se derivaron de la adopción, por parte de los EEUU, de sus reclamaciones.

- La creación de un cuerpo jurisprudencial de laudos que sea públicamente conocido ha sido también un clamor de algunos tribunales que lo han fundamentado en sus propias decisiones al resolver un litigio. Por ejemplo, en el caso *Dow Chemical France vs. Isover Saint Gobain* ante la CCI, en el que se resuelve un litigio que surge entre empresas de un mismo grupo empresarial Dow Chemical y varias de sus subsidiarias contra Isover Saint Gobain, teniendo como objeto de la litis los defectos existentes en uno de los productos, precisamente el Roofmate, distribuido por el demandado. Sobre la base de la cláusula de arbitraje contenida en los contratos con Dow Chemical AG y Dow Chemical Europe (demandantes No. 3 y 4), iniciaron un procedimiento arbitral contra el demandado, alegando que este solo era responsable de los daños resultantes del uso de Roofmate en Francia, formulando el demandado dos objeciones preliminares. Después de ser analizado por el tribunal el litigio y las cuestiones planteadas, reconoce que «*las decisiones de los tribunales arbitrales han creado progresivamente un cuerpo jurisprudencial que debe ser tenido en consideración, porque derivan conclusiones de la realidad económica y conforme a las necesidades del comercio internacional respecto a las cuales el arbitraje internacional debe responder (...)*»²⁹. En relación con el pronunciamiento del tribunal, y que consideramos muy acertado, creemos necesario enfatizar en las expresiones «realidad económica» y «comercio internacional», las cuales en su amplio significado no engloban únicamente el arbitraje comercial internacional, sino también el de inversiones, lo que justifica que toda decisión arbitral no puede encontrarse excluida del conocimiento público. La publicidad de los laudos arbitrales permite que las partes puedan tener una idea más previsible del instituto del arbitraje³⁰.

Los casos citados son un fiel reflejo de como los tribunales arbitrales tienen en cuenta, en sus respectivos laudos, las decisiones de

²⁸ *Ibidem*, párraf. 7.85.

²⁹ Véase, al respecto, *Dow Chemical France vs. Isover Saint Gobain*, Caso CCI, No. 4131, Interim award del 23 de septiembre de 1982.

³⁰ TORTEROLA, I., «Transparencia y publicidad en el arbitraje de inversión», *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 2015, p. 31.

casos anteriores. Por estos motivos no puede negarse que los laudos arbitrales tengan un verdadero valor de precedente³¹, y si bien no son vinculantes, pueden ser altamente persuasivos en el arbitraje internacional y brindar mayor claridad y previsibilidad en la forma en que funciona el arbitraje, e inspirar más confianza en el proceso arbitral³². El precedente arbitral ha adquirido un rol importante en el arbitraje internacional, convirtiéndose en consulta imprescindible para la solución de controversias en la materia.

Para preservar el atractivo del arbitraje es esencial que el mismo sea más predecible para quienes elijan utilizarlo³³. En este sentido, la publicación de los laudos permite a las partes anticipar sus posibilidades de éxito, e incluso encontrarse en una mejor posición para evaluar la imparcialidad del árbitro mediante el examen de decisiones anteriores en hechos similares³⁴, lo que favorece a una mayor transparencia del arbitraje en general y del laudo en particular, sin que siempre pueda verse vulnerado el principio de confidencialidad. De esta manera, se puede lograr una mayor consistencia y una mejor previsibilidad de la jurisprudencia arbitral.

La publicación de los laudos arbitrales les facilita a los actores del comercio internacional que deseen solucionar sus conflictos a través de dicho instituto evaluar sus ventajas, así como una mejor identificación de los principios jurídicos que rigen el procedimiento arbitral. El desarrollo y publicación de una jurisprudencia arbitral dota al arbitraje de una mayor certeza respecto al actuar de los árbitros, facilitando un mejor conocimiento y aceptación de la *lex mercatoria* en el comercio internacional, así como una mayor coherencia en el arbitraje internacional³⁵.

³¹ BERGER, K.P., «International Arbitration Practice and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts», *AM. J. COMP. L.*, Vol. 46, 1998, p. 149.

³² BLAVI, F., «A Case in Favour of Publicly Available Awards in International Commercial Arbitration: Transparency v Confidentiality», *INT'L BUS. L. J.*, Vol. 1, 2016, p. 86.

³³ HENKEL, CH., «The Work-Product Doctrine as a Means toward a Judicially Enforceable Duty of Confidentiality in International Commercial Arbitration», *N.C. J. OF INT'L L.*, Vol. 37, 2012, p. 1062.

³⁴ OGLINDÁ, B., «The Principle of Confidentiality in Arbitration: Application and Limitations of the Principle», *PERSPS. OF BUS. L. J.*, Vol. 4, No. 1, 2015, p. 60.

³⁵ MOURRE, A., «Precedent and Confidentiality in International Commercial Arbitration: The Case for the Publication of Arbitral Awards», in GAILLARD, E., BANIFATEMI, Y.: *Precedent in international arbitration*, Juris Arbitration, 2008, pp. 39-66; ONG, C.: «Confidentiality of Arbitral Awards and the Advantage for Arbitral Institutions to Maintain a Repository of Awards», *ASIAN INT'L ARB. J.*, Vol. 1, 2005, p. 169.

En el caso del arbitraje de inversión en el que los litigios tienen cierta similitud en su objeto, el conocimiento de las decisiones arbitrales puede garantizar una mayor seguridad jurídica para las partes, lo que equivale a decir: «cuando los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) se redactan exactamente de manera similar, deben ser interpretados de la misma manera»³⁶. Tanto es así, que dicha jurisprudencia puede influir hasta en las propias actitudes de negociación y las decisiones comerciales de los empresarios, así como en la disminución de problemas recurrentes a los que se enfrentan los árbitros.

En este sentido, reconociéndose que los laudos arbitrales son definitivos y que contra ellos no existe un «mecanismo institucionalizado de recurso que permita la coherencia en las decisiones»³⁷, algunos tribunales arbitrales han considerado que a través de los comités *ad hoc* —como sucede en el caso del CIADI—, aunque no tengan facultades para revisar el fondo del laudo, o si la ley aplicable ha sido la correcta, pueden contribuir a la unificación de criterios de las decisiones arbitrales. Así lo ha reconocido el tribunal arbitral en el caso *AES Corporation vs. Argentina*³⁸. En este caso, AES Corporation empresa norteamericana, presenta solicitud de arbitraje ante el CIADI alegando la negativa de Argentina a aplicar los mecanismos de ajustes y cálculo de tarifas, previamente acordado entre las partes, a las inversiones de AES Corporation en varias compañías de generación y distribución de electricidad en Argentina. El fundamento jurídico del arbitraje es el tratado bilateral suscrito entre los Estados Unidos de América y la República Argentina de 1991, vigente a partir de 1994.

El Gobierno argentino, en su contestación a la demanda, alega varios motivos de objeción a la jurisdicción del tribunal, reconociendo que los hechos acaecidos tienen similitud con casos anteriores que el tribunal debe tener en cuenta en su resolución. El tribunal en su decisión a la jurisdicción antes de establecer su postura tuvo en cuenta, entre otros elementos, la pertinencia de decisiones relevantes en casos anteriores alegados por la demandada, reconociendo la existencia de una identidad en la base de jurisdicción de los tribunales CIADI. No obstante, enfatiza que la existencia de hechos similares o idénticos no es motivo suficiente para aplicar al presente caso las decisiones o soluciones precedentes. Sin embargo, admite que los Comités

³⁶ CRAWFORD, J., «Similarity of Issues in Disputes Arising under the Same or Similarly Drafted Investment Treaties», in GAILLARD, E., BANIFATEMI, Y.: *Precedent in international arbitration*, Juris Arbitration, 2008, pp. 07-104.

³⁷ BENTOLILA, D.: *Hacia una jurisprudencia arbitral...op.cit...*, p. 378.

³⁸ *AES Corporation vs. Argentina*, Caso CIADI No ARB/02/17, Decisión sobre jurisdicción del 26 de abril de 2005.

de anulación pueden contribuir al desarrollo de una jurisprudencia arbitral al argumentar: «*Difícilmente se puede negar que la dimensión institucional de los mecanismos de control previstos en el Convenio del CIADI puedan ser un factor, en el largo plazo, para contribuir a la elaboración de una doctrina legal común o de una jurisprudencia constante que resuelva algunas cuestiones jurídicas difíciles discutidas en muchos casos*»³⁹. El tribunal, en su decisión, admite tener jurisdicción para conocer del caso, desestimando las objeciones presentadas por Argentina.

En este sentido, y coincidiendo en parte con el tribunal arbitral, el gran inconveniente al respecto es la ausencia de un mecanismo formal, de una estructura institucional que permita obtener una uniformidad de las decisiones arbitrales y una consistente jurisprudencia arbitral. Al respecto, los Comités *ad hoc* —en el caso del CIADI— pueden jugar un papel importante en la consecución de tal objetivo, pero no lo suficiente, ya que tienen como impedimento el no poder analizar las cuestiones de fondo del laudo, de cuestionar si ha sido correcta la decisión tomada por el tribunal arbitral, tal y como lo ha reconocido el Comité de anulación del caso *Enron Corporation, Ponderosa Assets LP vs. Argentina*⁴⁰. En este litigio *Enron Corporation y Ponderosa Assets*, alegaron que la República de Argentina había incumplido el Acuerdo de Promoción y Protección Recíprocas de Inversión (APPRI) entre EEUU y Argentina al adoptar ciertas medidas como la modificación de la regulación argentina respecto de la concesión, lo que afectó la inversión planificada en una sociedad transportadora de gas que les pertenecía. Según la compañía, los daños se dieron en dos ámbitos: el primero en la imposibilidad de reestructurar la financiación de la operación en Argentina, toda vez que había requerido de endeudamiento para consolidar su posición accionaria en TGS. El segundo es la pérdida de valor de la compañía, acompañada de una caída en las utilidades de esta⁴¹. Por estos motivos, según los demandantes, se incumplieron las garantías de protección de la inversión a las que se había obligado la demandada en virtud del APPRI.

Presentados los argumentos por la demandada oponiéndose a la demanda, y una vez analizados por el tribunal, se dicta un laudo condenatorio contra Argentina al reconocer que había incumplido sus obligaciones al no otorgarle un trato justo y equitativo al demandan-

³⁹ *Ibidem*, párraf. 33.

⁴⁰ *Enron Corporation, Ponderosa Assets LP vs. Argentina*, Caso CIADI ARB/01/3. Decisión del comité de anulación 2010. (En adelante caso Enro)

⁴¹ *Ibidem*, Award, de fecha 22 de mayo de 2007, párraf. 80.

te, viéndose obligada a pagar una indemnización por los daños ocasionados y los intereses hasta la fecha de envío del laudo.

Posteriormente, las demandantes presentan una solicitud de «Rectificación y Decisión suplementaria del laudo» solicitándole al tribunal *«que rectifique el Laudo y/o emita una decisión suplementaria aclarando que la parte del Laudo en la que se ordena a Argentina pagar intereses sobre la suma otorgada continuará hasta la fecha de pago del Laudo»*⁴². La demandada se opone a la solicitud de las demandantes dado que, *«desde su punto de vista, las demandantes buscan reabrir un debate sustantivo sobre una materia que ya ha sido decidida por el Tribunal»*⁴³. El tribunal decide rechazar la solicitud de Rectificación y/o Decisión suplementaria del laudo y mantener la suspensión de este. La República Argentina decide presentar una solicitud de anulación del laudo, alegando que *«el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades; que hubo quebrantamiento grave de una norma de procedimiento y que no se expresaron en el Laudo los motivos en que se fundaba»*⁴⁴. A tales efectos, constituido el Comité *ad hoc*, este decide anular parcialmente el laudo, y reconoce que *«los comités ad hoc no son tribunales de apelación y no pueden considerar el fondo de la cuestión. En cambio, solo pueden determinar si debe anularse un laudo sobre la base de una de las causas detalladas en el Artículo 52(1)»*⁴⁵.

El propio Comité prosigue, a su vez, citando la decisión de otros Comités de anulación de casos anteriores *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. vs. República de Chile* al expresar que el Comité de anulación *«no puede sustituir la determinación del tribunal sobre los méritos de la disputa, ni puede dirigir a un tribunal, reasumiendo el caso, sobre la forma en que debe resolver los aspectos sustanciales en litigio. Todo lo que puede hacer es anular la decisión del tribunal: puede extinguir la res judicata, pero sobre una cuestión de méritos, más no puede crear una nueva. Una aproximación más intervencionista de los Comités sobre los méritos de las disputas tendría el riesgo de un ciclo renovado de tribunal y procedimientos de anulación»*⁴⁶. Continúa

⁴² *Ibíd.* Decisión sobre la solicitud de las demandantes de rectificación y/o decisión suplementaria del laudo, de 25 de octubre de 2007, párraf. 11-20.

⁴³ *Ibíd.*, párraf. 21-32.

⁴⁴ *Ibíd.* Decisión sobre la solicitud de la República Argentina de mantener la suspensión de la ejecución del Laudo (Regla 54 de las Reglas de Arbitraje del CIADI), de 7 de octubre de 2008, párraf. 3.

⁴⁵ *Ibíd.* Decisión sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, de 30 de julio de 2010, párraf. 63

⁴⁶ *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. vs. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Decisión sobre Anulación, 2007, párrafo 54, citado por el caso Enro, párrafo 64.

el tribunal, esta vez, citando el caso *MCI Power Group LC y New Turbine Inc vs. Ecuador* al comentar que «el papel de un comité ad hoc es limitado, confinado a evaluar la legitimidad de un laudo y no su corrección... El mecanismo de anulación no está designado para alcanzar consistencia en la interpretación y aplicación del derecho internacional de inversiones. La responsabilidad de garantizar la congruencia en la jurisprudencia y de desarrollar un cuerpo de derecho coherente es, principalmente, de los tribunales en materia de inversión. Ellos son asistidos en esta tarea por la evolución de una doctrina legal común y por el surgimiento progresivo de «une jurisprudence constante»⁴⁷. En suma, el Comité de anulación del caso *Enro* reconoce que la responsabilidad de asegurar la consistencia en la jurisprudencia y de desarrollar un cuerpo de ley coherente le corresponde, principalmente, a los tribunales de inversión más que a los Comités de anulación, admitiendo de esta manera la ineficacia del mecanismo de apelación actual establecido en el CIADI.

No obstante, como la práctica es mucho más enriquecedora que la teoría, nos sigue demostrando que no todos los Comités de anulación bajo las Reglas del CIADI desarrollan su función por igual, con estricto apego al reducido marco de actuación establecido. Así lo demostró el precitado Comité de anulación del caso *Enro* cuando, después de pronunciarse sobre sus propias funciones expuestas anteriormente, desarrolla un papel mucho más amplio que el estrictamente reconocido, una vez que cuestiona la extralimitación del árbitro a causa de una mala interpretación de un artículo del TBI entre Estados Unidos y Argentina, coincidiendo así con el Comité de anulación del caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A., Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) vs. Argentina*⁴⁸, cuando concluye en su decisión de anulación que «El Tribunal manifiestamente se extralimitó en sus atribuciones al no examinar en cuanto al fondo las reclamaciones por actos de Tucumán bajo el TBI y su decisión con respecto a dichas reclamaciones queda anulada»⁴⁹, lo que demuestra que los Comités ad hoc no siempre actúan dentro del marco de sus limitadas competencias establecidas en el Convenio CIADI.

Además, resulta de gran importancia las consideraciones del ya citado Comité de anulación del caso *Enro* cuando, concordando con los

⁴⁷ *MCI Power Group LC y New Turbine Inc vs. Ecuador*, Caso CIADI núm. ARB/03/6, Decisión del comité de anulación, párrafo 24, citado por en el caso *Enro*, párrafo 64.

⁴⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3.

⁴⁹ Véase, Decisión sobre la anulación, de 3 de julio de 2002.

casos *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República de Filipinas*⁵⁰, *AES Corporation vs. República Argentina*⁵¹ y *Wintershall Aktiengesellschaft vs. República Argentina*⁵² expresa que «a pesar de lo expuesto, en relación con las cuestiones que caen dentro de la competencia de un Comité ad hoc, el Comité considera que se espera que un comité ad hoc considere las decisiones y los laudos del CIADI pronunciados en el pasado, incluidas otras decisiones sobre anulación, así como otras autoridades persuasivas relevantes. Si bien el sistema de arbitraje CIADI no tiene una doctrina de precedentes vinculantes, el Comité considera que, a largo plazo, deberá desarrollarse una «jurisprudencia» constante en relación con los procesos de anulación»⁵³.

El propio Comité de anulación, una vez reconocido el estrecho marco de actuación consagrado en las disposiciones del CIADI a las cuales se debe, destaca la importancia que puede tener la creación de una jurisprudencia arbitral. Insiste en la necesidad y el papel trascendental que puede llegar a tener la creación de una jurisprudencia arbitral en relación con los procesos de anulación. De esta manera, se reafirma el interés de los árbitros por la existencia de una jurisprudencia arbitral, la cual, sin duda alguna, contribuiría a una mayor consistencia y coherencia de las decisiones arbitrales, convirtiéndose en un eslabón valioso y de innegable trascendencia para toda la cadena en la que se sustenta el procedimiento arbitral.

Las actuaciones y decisiones de los Comité *ad hoc* en los casos anteriores nos demuestran que el actual sistema de Comité *ad hoc* implementado por el CIADI no responde a las necesidades actuales. Es un mecanismo deficiente en tanto que no permite una mayor consistencia de las decisiones y, por supuesto, incide negativamente en el amplio desarrollo de un precedente arbitral. En este sentido, consideramos necesario, tal y como desarrollamos más adelante, la necesidad de institucionalización del mecanismo de apelaciones del arbitraje CIADI. La creación de un Tribunal Permanente de Apelación (TPA) que desarrolle una línea jurisprudencial que favorezca una coherencia interpretativa en las decisiones arbitrales.

⁵⁰ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre Jurisdicción, de 29 de enero de 2004, párraf. 97. Disponible en: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf>, consultado el 18/02/2019.

⁵¹ Véase, Decisión sobre Jurisdicción, 26 de abril de 2005, párraf.33.

⁵² *Wintershall Aktiengesellschaft vs. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, 8 de diciembre de 2008, párraf. 178.

⁵³ Véase, *Enron Corporation, Ponderosa Assets LP vs. Argentina...op.cit*, párraf. 66.

Ahora bien, el hecho de defender la existencia de una jurisprudencia arbitral en el ámbito del arbitraje de inversiones no es motivo para considerar el tribunal arbitral como una jurisdicción internacional, tal y como opinan algunos autores⁵⁴ que consideran que el árbitro decide en nombre de la comunidad internacional y aplicando el Derecho internacional público. Consideración esta con la que no estamos de acuerdo, teniendo en cuenta que el simple hecho de que un Estado manifieste su consentimiento a través de un TBI y que al litigio le sea de aplicación el Derecho internacional, no hace del árbitro una jurisdicción internacional, lo que fundamentamos en las siguientes consideraciones. Primero, el marco legal aplicable al arbitraje no es únicamente las disposiciones comprendidas en el TBI, sino que las partes manifiestan su voluntad respecto a la aplicación de otras normas procesales, como pueden ser las Reglas de la UNCITRAL, así como el propio derecho interno de la sede del arbitraje. Y, en segundo lugar, ciertas razones concernientes al laudo arbitral.

El laudo de un arbitraje de inversión no puede ser considerado de Derecho internacional público, ya que dicho laudo se rige, en cuanto su reconocimiento y ejecución, por el mismo mecanismo establecido para los laudos del arbitraje comercial internacional, por lo que están sujetos también a un control judicial, con la única excepción de los laudos del CIADI, para los que existe un mecanismo específico establecido en su propio reglamento en cuanto a la ejecución y anulación, lo que consolida el carácter autónomo de los tribunales arbitrales del CIADI. A causa de dicho carácter autónomo, algunos autores consideran que el «tribunal arbitral CIADI aprehende el derecho nacional e internacional desde el exterior, sin entrar dentro de la perspectiva de uno de los dos ordenamientos jurídicos, ni de un tercer orden que regule la relación desde arriba»⁵⁵.

Consideramos necesario aclarar que cuando nos referimos al reconocimiento del precedente por los operadores del arbitraje, este no puede tener un sentido *stare decisis*, es decir, un carácter vinculante, que haga estrictamente obligatorio el uso de decisiones anteriores en

⁵⁴ LEBEN, CH., «Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etat», in AA.VV.: *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 119-175.

⁵⁵ BENTOLILA, D.: *Hacia una jurisprudencia arbitral...op.cit.*, p. 383.

laudos posteriores, sino un mero carácter sistemático, basado en la persuasión⁵⁶ y no en la imposición⁵⁷.

No podemos continuar con la idea de que cada procedimiento arbitral en una disputa internacional es único, que solo concierne a las partes de la controversia y que no tiene relevancia, e incluso incidencia en otros casos. En la actualidad, no existe una controversia a nivel internacional resuelta a través del arbitraje que no haya sido de especial relevancia y repercusión para la comunidad internacional, atrayendo la atención de todos los actores económicos a nivel internacional: los Estados, las organizaciones internacionales y hasta la propia sociedad civil, teniendo en cuenta las graves consecuencias que pueden generar no solo para las partes, sino también su repercusión en terceras personas ajenas al conflicto. Por este motivo, no se justifica impedir el conocimiento público de las decisiones arbitrales. Conocer cómo se desarrolla el procedimiento y la forma en que se toman las decisiones, tal y como se ha demostrado en relación con el arbitraje de inversión, en el cual ha resultado imprescindible la utilización del precedente. Los casos de arbitraje de inversiones no solo presentan una innegable similitud, incluso hasta en la propia jurisdicción de los tribunales de inversión, sino que tienen una identidad propia, consustancial a la propia esencia del litigio, y una fuerte presencia del interés público. Y, como cuestión de principios, nada impide que dichos tribunales puedan consultar y tener en cuenta en sus resoluciones las decisiones de tribunales anteriores.

En el caso del arbitraje comercial internacional, aunque el interés público no posee la misma notoriedad que en el arbitraje de inversiones, su amplia utilización y autonomía en comparación con los órganos jurisdiccionales y su preeminencia sobre estos en cuanto a la solución de controversias en el comercio internacional, hace también imprescindible el conocimiento y una mayor uniformidad en las decisiones arbitrales⁵⁸. La utilización del precedente en el arbitraje internacional puede favorecer también a una cierta unificación interpretativa de las normas, de los TBI y las reglas arbitrales, contribuyendo a una cierta homogeneidad de criterios entre los laudos en

⁵⁶ El propio BORN, reconoce el carácter persuasivo del precedente en el arbitraje internacional, a partir de la repetida utilización de las decisiones anteriores por los árbitros. BORN, G., «International Commercial Arbitration», *Kluwer*, 2009, pp. 2969-2970. FERNÁNDEZ ARROYO, agrega, además, la calidad sustancial que puede tener las decisiones anteriores, que las hacen adquirir cierta autoridad, así como el prestigio de sus autores; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., *El auge del arbitraje...op.cit...*, p. 272.

⁵⁷ FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., *El auge del arbitraje...op.cit...*, p. 271.

⁵⁸ WEIDEMAIER, W.M.C.: «Towards a Theory of Precedent in Arbitration», *William and Mary Law Review*, Vol. 51, No. 5, 2010, pp. 1895-1958.

cuanto a las soluciones o tendencias más utilizadas, siempre que las condiciones del caso así lo ameriten, por lo que es perfectamente permitida la existencia de un posicionamiento distinto de los árbitros. No caben dudas de que dicha coherencia resulta imprescindible para todo sistema de resolución de disputas; es por ello, que el arbitraje no es la excepción.

Creemos, que los árbitros deberían tratar, en la medida de lo posible, de tomar seriamente en consideración el precedente arbitral, principalmente cuando existe un número consistente de casos similares, aunque no sean vinculantes. Así lo ha reconocido el tribunal arbitral del caso *Austrian Airlines vs. Eslovaquia*, al expresar «*el tribunal considera que las decisiones de otros tribunales no son vinculantes. Al mismo tiempo, es de la opinión que debe considerar decisiones previas. El tribunal considera que, salvo motivos apremiantes en contrario, tiene el deber de adoptar las soluciones establecidas en una serie de casos consistentes. Asimismo, considera que, sujeto a las especificidades del tratado específico y de las circunstancias del caso concreto, tiene el deber de contribuir al desarrollo armonioso del derecho de las inversiones y, por tanto, de satisfacer las expectativas legítimas de la comunidad de estados y de inversores, en pos de la previsibilidad del estado de derecho*»⁵⁹. En tal sentido, el tribunal reconoce la no obligatoriedad del precedente, pero admite el deber de seguirlo cuando este ha tenido una continuidad en el tiempo, cuando ha sido constante. Es por ello, que aun y cuando el árbitro actúa únicamente en base al convenio arbitral, las Reglas arbitrales pactadas y los convenios internacionales pactados por las partes, aunque se constituya el tribunal solo para conocer del litigio por el cual han sido nombrados los árbitros, nada impide que los árbitros puedan tener en cuenta intereses que van más allá de los intereses de las partes en disputas, siendo una facultad del tribunal arbitral⁶⁰, y de esta manera lograr una sistematización en el uso del precedente.

⁵⁹ Tal y como se refleja en el caso *Austrian Airlines vs. Eslovaquia*. UNCITRAL Ad Hoc Arbitration. Final Award, 2009, párrafo 84, cuando dice; «*The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law*». Coincidente, a su vez, con el caso *Saipem SpA vs. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARC/05/07, 2009, párrafo 90.

⁶⁰ BENTOLILA, D., Hacia una jurisprudencia arbitral... *op.cit.*..., p. 394.

La existencia de una jurisprudencia arbitral es una realidad en la práctica del arbitraje, aunque imperfecta porque necesita continuar consolidándose. No podemos negar que las decisiones de casos resueltos tienen un innegable impacto en el pensamiento de los árbitros al resolver casos futuros, aun y cuando no sean citados por estos⁶¹. El reconocimiento y aceptación de una jurisprudencia arbitral es una garantía no solo de previsibilidad y seguridad para las partes en el arbitraje internacional, sino también de una mayor legitimidad y transparencia en el procedimiento, ya que las partes pueden conocer las capacidades de los árbitros⁶² reflejadas en los fundamentos en que se sustentan decisiones anteriores, así como cuestiones procesales concretas en las que se han basado para resolver ciertos casos. El reconocimiento y aceptación de una jurisprudencia arbitral consistente permite un mejor desarrollo de las obligaciones establecidas en los actuales TBI y de las reglas procesales que necesitan aplicar los tribunales arbitrales.

Ahora bien, el precedente no puede verse como una forma de restringir las facultades discrecionales en la actuación de los árbitros, todo lo contrario, los árbitros harán uso de este cuando sea constante y tenga cierta relevancia para sustentar sus decisiones en el laudo a dictar, lo que permitirá una jurisprudencia arbitral mucho más consistente y exhaustiva en el sistema arbitral⁶³. Mediante el precedente arbitral, los árbitros también podrán establecer un vínculo más estrecho con los ordenamientos jurídicos estatales una vez que sean capaces de reconocer y establecer en el propio laudo una ley estatal determinada para resolver el conflicto. De esta manera, no solo existirá una dependencia del precedente arbitral a un ordenamiento jurídico determinado, sino que este también incidirá en el precedente judicial⁶⁴, toda vez que será tenido en cuenta por los órganos judiciales a la hora de resolver sobre el reconocimiento y ejecución del laudo.

No obstante, continuará siendo objeto de importantes reflexiones académicas e investigación la búsqueda de un mecanismo idóneo que permita mantener una mejor coherencia de las decisiones arbitrales y la efectiva aceptación y aplicación del precedente en el arbitraje in-

⁶¹ MOURRE, A., «The Case for the Publication of Arbitral Awards», in MALATESTA, A., SALLI, R. (Ed.): *The Rise of Transparency in International Arbitration: The Case for the Anonymous Publication of Arbitral Awards*, JurisNet. LLC, United States of America, 2013, p. 53.

⁶² HODGES, P., «The Perils of Complete Transparency in International Arbitration - Should Parties Be Exposed to the Glare of Publicity?», *PARIS J. OF INT'L ARB.*, Vol. 3, 2012, p. 596.

⁶³ WEIDEMAIER, W.M.C., *Towards a Theory of Precedent in Arbitration... op.cit...*, p. 1912.

⁶⁴ Ídem.

ternacional. Lo que constituye un objetivo esencial a nivel internacional, siendo mucho más reclamado en el arbitraje de inversiones y que consideramos puede lograrse perfectamente a través de alguna de las siguientes propuestas: i) la implementación de un TPA para las controversias surgidas en el seno del arbitraje CIADI, lo que contribuirá también a la consolidación del tan aclamado Derecho internacional de inversión⁶⁵ y ii) la creación de un Tribunal Permanente de Inversión⁶⁶, objetivo este muy defendible por la UE y que lo ha tenido en cuenta en sus más recientes Acuerdos Internacionales de Inversión (AII).

Consideramos que las perspectivas de alcanzar un consenso entre los Estados sobre la implementación de un mecanismo formal para promover una mayor coherencia de las decisiones arbitrales y de esta manera el uso del precedente en el arbitraje internacional puede ser fácilmente posible, en nuestra opinión, a través de dos opciones. En primer lugar, mediante la implementación de una profunda modificación de los actuales TBI vigentes, lo que requiere de un enorme esfuerzo de negociación y aceptación por los Estados. En segundo lugar, que dichas propuestas sean tenidas en cuenta por los Estados y sean incorporadas en los nuevos TBI en la medida que existan nuevas inversiones o, tenerlo en cuenta en las futuras negociaciones en caso de posible renovación o el establecimiento de un nuevo acuerdo.

IV. PROPUESTAS DE CREACIÓN DE UN MECANISMO FORMAL EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES CIADI QUE PERMITA MAYOR COHERENCIA Y TRANSPARENCIA EN LOS LAUDOS ARBITRALES Y LA CREACIÓN DEL PRECEDENTE ARBITRAL: ENTRE LA IMPLEMENTACIÓN DE UN TRIBUNAL PERMANENTE DE APELACIÓN Y UN TRIBUNAL INTERNACIONAL DE INVERSIONES

En el ámbito del arbitraje de inversiones, si bien ha existido en los últimos años un interés general por lograr cierta sistematicidad y uniformidad en las decisiones arbitrales, esta no ha sido lo suficientemente amplia y precisa al respecto, los pequeños avances obtenidos

⁶⁵ UNCTAD Report: *World Investment Report 2013, Global Value Chains: Investment and Trade for Development*, 2013, pp. 115-116. Disponible en: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf, consultado el 22/09/2022; LAIRD, I., ASKEW, R.: «Finality versus Consistency: Does Investor-State Arbitration need an Appellate System?», *Journal of Appellate Practice and Process*, Vol. 7, No. 2, 2005, pp. 285-302.

⁶⁶ HOBÉR, K., *Selected Writings on Investment Treaty Arbitration*, 1st Ed., Studentlitteratur, Lund, 2013, pp. 538-539.

resultan insuficientes. Esto se debe a la ausencia de un mecanismo efectivo al respecto, ni siquiera en un número significativo de AII puede constarse tal objetivo. El marco legal actual que regula el arbitraje de inversiones, incluyendo los propios APPRI en los que se basan un gran número de arbitrajes, carecen de pronunciamiento alguno que permita lograr mayor coherencia en los laudos⁶⁷, y de esta manera contribuir a la utilización del precedente en este ámbito. El régimen actual del arbitraje de inversión ha llegado a caracterizarse como un sistema legal propio, lo que hace imprescindible la existencia de una mayor coherencia⁶⁸ y transparencia en sus resoluciones, condición de todo sistema legal⁶⁹.

La necesidad de coherencia en el régimen de arbitraje de inversión es tan amplia como la propia dimensión pública involucrada en las disputas de inversión. Los derechos otorgados a los inversores extranjeros en virtud de los TBI inciden en la restricción de políticas públicas de alto interés llevadas a cabo soberanamente por los Estados. A la luz de las políticas en juego, se argumenta que la necesidad de previsibilidad es particularmente alta en el arbitraje de inversión; por ejemplo, los Estados tienen una necesidad de previsibilidad al negociar y firmar tratados de inversión, así como evaluar la probabilidad de incumplir los términos de los tratados de inversión cuando toman medidas que afectan a los inversores del otro Estado contratante⁷⁰. Mientras tanto, los inversores extranjeros necesitan un tratado de inversión mucho más predecible que les permita crear las condiciones necesarias para poder reestructurar sus inversiones como forma de blindaje ante las medidas tomadas por los Estados. Motivos estos que justifican la búsqueda de un mecanismo que permita una mayor coherencia de las decisiones arbitrales, así como el desarrollo de un precedente arbitral que pueda ser perfectamente utilizado cuando las circunstancias del caso lo ameriten, incidiendo, además, en la consecución de una mayor transparencia del procedimiento arbitral y de los laudos arbitrales.

⁶⁷ MALMSTEN, J., *Informal Reliance on Previously Rendered Awards...op.cit...* p. 16.

⁶⁸ TEN CATE, I.M., «The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration», *CJTL*, Vol. 51, 2013, pp. 424-426.

⁶⁹ SCHREUER, C., «Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration», *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, No. 2, 2006, p. 10.

⁷⁰ CHENG, T.H., «Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration», *Fordham International Law Journal*, Vol. 30, No. 4, 2006, pp. 1014-1049.

IV.A. La implementación de un Tribunal Permanente de Apelación en el arbitraje CIADI como garantía de creación de un sólido precedente arbitral y mayor transparencia en los laudos arbitrales.

El Convenio CIADI y las reglas aplicables frecuentemente al arbitraje de inversiones guardan silencio respecto a si los tribunales arbitrales pueden tener en cuenta, para la resolución del conflicto, los laudos dictados en casos anteriores. El tribunal arbitral se constituye para resolver un conflicto determinado, fundamentando las razones en las que se basa el laudo arbitral⁷¹, siendo el principal deber del tribunal decidir sobre la disputa que conoce en base a los hechos y los argumentos presentados por las partes.

Las propias reglas del CIADI limitan la revisión del laudo estableciéndose como único mecanismo la creación de un Comité *ad hoc*, a través del cual las partes pueden solicitar la anulación del laudo. Pero este Comité *ad hoc* solo puede limitarse a declarar la nulidad parcial o total del laudo, no puede entrar a analizar las cuestiones de fondo. Sin embargo, aparte del secretismo de las actuaciones y las decisiones en gran parte de los casos que impide una mayor transparencia procesal y de las decisiones arbitrales, no existe una coherencia, una homogeneidad en las decisiones de dichos Comités. Algunos, en ocasiones, se extralimitan en el actuar de sus funciones, tal y como sucedió en el precitado tribunal de apelaciones del caso *Enro*. Estas son las razones por las cuales, y en la búsqueda de una mayor transparencia, justificamos la necesidad de crear un tribunal permanente, no *ad hoc*, de apelación en el arbitraje CIADI.

La modificación del actual sistema de revisión de los laudos del CIADI es un tema complejo, y que consideramos debe ser tratado desde dos aristas fundamentales. La primera, es que debe tenerse en cuenta que la propia institución del CIADI surge de una Convención internacional, de la que forman parte 162 Estados a nivel del orbe⁷², los cuales tienen el deber y la obligación de conocer y pronunciarse al respecto por el simple hecho de ser parte de un instrumento internacional. Lograr un consenso entre todos no resulta imposible, pero no deja de tener una gran complejidad. En segundo lugar, una modifica-

⁷¹ En este sentido, el Art. 48.3 de la Convención del CIADI, establece; «*El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al tribunal y será motivado*».

⁷² Según la Base de datos de Estados Miembros del CIADI. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>, consultada el 22/09/2022.

ción del Art. 53.1 de la propia Convención, admitiendo la posibilidad de apelación del laudo arbitral a través de la creación de un TPA en el arbitraje CIADI, siendo esta la cuestión que analizamos en el presente epígrafe.

Durante los últimos años, se ha generado un gran debate y discusión en la comunidad arbitral respecto a la posible existencia de un TPA en el arbitraje de inversiones, centrándose dichas discusiones mayormente en los temas de eficiencia y finalidad del posible tribunal y en defensa de una institucionalización dentro del propio régimen de inversiones⁷³, a partir de una mayor necesidad de coherencia y previsibilidad de la jurisprudencia arbitral. Sin embargo, a los efectos oportunos en el trabajo, y sin restarle importancia a la eficiencia como tema ampliamente discutido, centramos nuestro análisis en la necesidad de creación de un TPA que garantice, desde el punto de vista sistemático y transparente, la obtención de tres objetivos fundamentales que concatenados entre sí incidirían en una mayor transparencia del procedimiento y de las decisiones arbitrales. Estos objetivos son: mayor institucionalización del mecanismo de apelaciones, es decir, el tránsito de un Comité *ad hoc* a un TPA; una mayor consistencia y uniformidad en la interpretación de los tratados; el desarrollo de una jurisprudencia arbitral, un precedente en el arbitraje, basado en la sistematicidad, transparencia, coherencia, consistencia y uniformidad interpretativa en los laudos arbitrales que pueda ser de gran utilidad y aplicación por todos los tribunales arbitrales.

Los objetivos comentados constituyen los motivos esenciales en los que basamos nuestra propuesta de creación de un TPA en el arbitraje CIADI, los cuales no pueden ser tratados por separado, teniendo en cuenta la fuerte relación y dependencia entre ellos. Por supuesto, como todo nuevo mecanismo a implementar no está libre de enfrentar algún riesgo, como puede ser que la tan aclamada línea de jurisprudencia a desarrollar no responda a las necesidades de coherencias exigidas, lo que puede ser fácilmente solucionado con el paso del tiempo a medida que el tribunal vaya consolidando su propia jurisprudencia, o puede ser contrarrestado con la creación de un mecanismo de control que permita controlar el desarrollo de las funciones encomendadas al TPA⁷⁴.

⁷³ FELDMAN, M., «Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Power», *ICSID Review*, Vol. 32, No. 3, 2017, p. 529.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 530.

IV.A.1. El Tribunal Permanente de Apelación del CIADI: hacia una institucionalización del mecanismo de apelaciones y del sistema arbitral

La creación de un órgano permanente de apelaciones en el arbitraje CIADI contribuye a una plena institucionalización del sistema, pudiéndose considerar la existencia de un equilibrio, una relación de horizontalidad entre los Estados y los inversores⁷⁵. El tribunal de apelación se encontraría en un nivel superior de jerarquización, eliminando así el Comité *ad hoc* y ejercería una amplia función de control no solo en lo que al cumplimiento de las disposiciones del AII respecta, sino de todos los elementos que conforman el sistema de arbitraje de inversiones. La creación de un TPA tiene una amplia ventaja respecto al actual mecanismo de Comité *ad hoc*. A través de aquellos se facilitaría, aún más, la existencia de una jurisprudencia coherente, la creación de un precedente que puede ser fácilmente utilizado y reconocido por el propio sistema arbitral⁷⁶, lo que será posible de obtener cuando las partes en el arbitraje de inversión CIADI se encuentren facultadas para acudir, mediante recurso de apelación, ante un tribunal permanente con el cual podrán interactuar en el tiempo. Interacción que irá en beneficio del desarrollo del precedente en el arbitraje y, además, la existencia de una mayor responsabilidad institucional⁷⁷ por quienes deben decidir la disputa hacia el instituto del arbitraje. Lógicamente, debemos enfatizar en la independencia del tribunal y en el carácter público y transparente que deben tener los laudos arbitrales.

IV.A.2. El Tribunal Permanente de Apelación del CIADI: la búsqueda de una coherencia y uniformidad interpretativa de los tratados

El Tribunal Permanente de Apelaciones puede jugar un papel fundamental en la interpretación de los tratados y, de esta manera, incidir

⁷⁵ FELDMAN, M., *Investment Arbitration Appellate Mechanism Options...op.cit...* p 534.

⁷⁶ En relación a la diferencia y ventaja que tiene la creación de un órgano permanente sobre uno *ad hoc* para los Estados, POSNER y Yoo, han expresado; «(...) *lose the benefit of being able to rely on a coherent set of rules emerging from the repeated examination of similar issues by a discrete, relatively permanent group of people—a proper judiciary. . . [a] coherent jurisprudence can only arise when states are required to use the same body for dispute resolution*». POSNER, E.A., YOO, J.C.: «Judicial Independence in International Tribunals», *California L Rev.* Vol. 93, No. 1, 2005, p. 24.

⁷⁷ CARON, D.D., «Towards a Political Theory of International Courts and Tribunals», *BJIL.*, Vol. 24, 2006, p. 417.

en la búsqueda de una mayor precisión⁷⁸ y uniformidad interpretativa de los mismos. Cabe aclarar que cuando nos referimos a una mayor precisión en la interpretación del tratado, somos conscientes de que no será en términos exactos, absolutos. La exactitud en la interpretación del tratado o de cualquier otra norma al respecto es imposible de ser lograda por cualquier órgano o tribunal tanto en el ámbito judicial como en el propio arbitraje, teniendo en cuenta la amplia capacidad interpretativa del ser humano y que las relaciones sociales en las que nos vemos inmersos varían constantemente, por lo que el Derecho no puede encontrarse inmune. A partir de aquí, consideramos que la existencia de un tribunal de apelación contribuye a una homogeneidad en la interpretación de los tratados. Mediante ellos se lograría una línea interpretativa de aquellas cuestiones que las partes consideren en su momento impugnar.

La presencia de un órgano permanente de apelaciones en el ámbito del CIADI es una necesidad apremiante tanto para los Estados como los inversores, pudiendo facilitar con mayor precisión una interpretación de las cuestiones que, o bien no están ampliamente fundamentadas en la jurisprudencia actual, o que precise de un mayor alcance en cuanto a la cuestión de fondo. De esta forma, ambas partes, Estado e inversor, se encontrarán en una posición de igualdad. El TPA contribuirá también a una evolución en la manera de interpretar los tratados al encontrarse totalmente distanciado de todo tribunal arbitral mediante su independencia. En este sentido, puede incidir en la creación de una corriente o pensamiento con un enfoque mucho más amplio respecto a la interpretación de los tratados y que responda a la realidad actual, teniendo en cuenta que un número considerable de AII se basan en estándares amplios de regulación⁷⁹, otorgándoles amplias facultades a las partes, a diferencia de las reglas arbitrales que tienen un margen de actuación más restringido. Ahora bien, dichas interpretaciones deben estar disponibles al público, deben ser de fácil acceso para que los propios tribunales arbitrales y las partes en litigio puedan tener conocimiento de ellas y poder aplicarlas según lo permitan las condiciones de cada caso en concreto.

Otro elemento importante a tener en cuenta es la existencia de interpretaciones o declaraciones conjuntas emitidas por las partes fir-

⁷⁸ FRANCK, S.D., «The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions», *Fordham LR*, Vol. 73, 2005, p 1546.

⁷⁹ ROBERTS, A., «Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States», *AJIL*, Vol. 104, 2010, p. 189.

mantes de un tratado, principalmente en tratados multilaterales, lo que facilita las funciones del TPA en cuanto a la interpretación de una cuestión en particular, teniendo en cuenta que dichas declaraciones han sido emitidas por las propias partes del tratado, las cuales cuentan con la mayor información y pericia al respecto. En este sentido, creemos que no puede negarse el alto valor que tienen dichas declaraciones conjuntas para las partes del tratado. Aunque algunos autores⁸⁰ consideren que dichas declaraciones pueden tener como efecto contrarrestar una mayor institucionalización en el arbitraje, consideramos que pueden ser tenidas en cuenta por el TPA en el análisis de sus decisiones, a partir del efecto esclarecedor que tienen para las partes del tratado⁸¹.

Ahora bien, el hecho de que el TPA pueda tener en cuenta en sus decisiones las declaraciones conjuntas emitidas por las partes en un tratado determinado, no quiere decir que las mismas tengan un efecto vinculante para el tribunal. Creemos que pueden ser tenidas en cuenta por este en sus decisiones siempre que sea oportuno para la resolución del caso, garantizando una mayor credibilidad y consistencia de los laudos, tal y como sucede, por citar un ejemplo, en el contexto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el cual es capaz de ilustrar cómo los Estados Parte pueden influir en la toma de decisiones de los tribunales a partir de la emisión de declaraciones conjuntas. En el marco del TLCAN y en relación con las cuestiones de participación de terceras partes no contendientes y el aviso de intención de sometimiento al arbitraje⁸², la Comisión de Libre Comercio del TLCAN ha emitido dos declaraciones conjuntas en la que brinda una orientación para las partes en relación con las cuestiones planteadas, y aunque no tengan efectos vinculantes, no puede negarse la amplia utilidad que han tenido dichas declaraciones tanto para las partes como para el propio tribunal que conoce de un litigio en base al TLCAN, al facilitarles poder desarrollar un mejor análisis de la cuestión y hasta de los propios fundamentos en los que basan

⁸⁰ ISHIKAWA, T., «Keeping Interpretation in Investment Treaty Arbitration “on Track”: The Role of States Parties» in KALICKI, J., JOUBIN-BRET, A. (Eds.): *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, pp. 139-142.

⁸¹ FELDMAN, M.: *Investment Arbitration Appellate Mechanism Options...* *op.cit.*...p 541.

⁸² Véase, «Statement of the Free Trade Commission on Non-Disputing Party Participation». Disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/38791.pdf>, y «Statement of the Free Trade Commission on Notices of Intent to Submit a Claim to Arbitration». Disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/38792.pdf>, consultados ambos citios web el 22/09/2022.

sus decisiones. Por supuesto, siempre que el litigio tenga relación con algunas de las cuestiones objeto de la declaración conjunta.

IV.A.3. El Tribunal Permanente de Apelación del CIADI: la creación de un precedente arbitral y su incidencia en la transparencia de los laudos arbitrales

Una de las características más importantes del arbitraje de inversión CIADI que lo hace totalmente distinto de cualquier otro procedimiento arbitral, incluso del arbitraje comercial internacional, es su autonomía e independencia procesal. Las reglas de arbitraje del CIADI tienen un carácter internacional y a la vez son autónomas, independientes al derecho nacional de los Estados, ni siquiera se encuentran sujetas a revisión por los órganos jurisdiccionales nacionales. En efecto, los únicos controles que existen son aquellos establecidos en el propio convenio y que se resumen en el efectuado por el secretario general al momento de presentarse una solicitud de arbitraje, el ejercido por los propios tribunales de arbitraje en el ejercicio de sus funciones y aquel disponible al final del procedimiento cuando alguna de las partes decide interponer algún recurso contra el laudo⁸³.

Centraremos nuestro análisis en el último de los controles mencionados, es decir, la rectificación⁸⁴, aclaración⁸⁵, revisión⁸⁶ y anulación⁸⁷ del laudo actualmente previstos por el CIADI y que, con excepción del procedimiento de anulación que se resuelve ante un Comité

⁸³ ÁLVAREZ ÁVILA, G., «Las características del arbitraje del CIADI». *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2002, p. 7.

⁸⁴ El Art. 49.2 de la Convención del CIADI, reconoce que; «A requerimiento de una de las partes, instado dentro de los 45 días después de la fecha del laudo, el Tribunal podrá, previa notificación a la otra parte, decidir cualquier punto que haya omitido resolver en dicho laudo y rectificar los errores materiales, aritméticos o similares del mismo. La decisión constituirá parte del laudo y se notificará en igual forma que éste (...)».

⁸⁵ El Art. 50 de la Convención del CIADI, establece que; «Si sugiere una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo, cualquiera de ellas podrá solicitar su aclaración mediante escrito dirigido al Secretario General».

⁸⁶ A tenor de lo establecido en el Art. 51.1 del Convenio CIADI, que reconoce; «Cualquiera de las partes podrá pedir, mediante escrito dirigido al secretario general, la revisión del laudo, fundada en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo y siempre que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de ésta no se deja por su propia negligencia».

⁸⁷ El Art. 52 de la Convención del CIADI, establece que; «Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; que hubiere

ad hoc constituido a tales efectos, el resto de los procedimientos son sometidos ante el propio tribunal que emitió el laudo. Por estos motivos se ha llegado a cuestionar la credibilidad del procedimiento. Procedimiento con el que expresamos nuestras discrepancias y que consideramos deficiente no solo desde el punto de vista de la incidencia que puede tener el procedimiento de anulación en el incremento de las costas del procedimiento arbitral, sino desde el punto de vista que el actual recurso post-laudo reconocido en la Convención del CIADI resulta imposible de prevenir el desarrollo de la inconsistencia de los laudos arbitrales, razón por la que creemos que puede ser solucionado mediante la creación de un TPA.

La idea de crear un TPA en el arbitraje CIADI no parece haber estado nunca en el pensamiento de quienes desarrollaron la propia Convención. Quizás porque pensaron que el arbitraje de inversiones no llegaría a experimentar un crecimiento como el que ha tenido en los últimos años, creándose en su lugar una Secretaría Permanente⁸⁸. Por supuesto, mucho menos pudo pensarse que dicho tribunal pudiera llevar a cabo con mayor eficiencia los procedimientos de control del laudo antes mencionado, fundamentalmente el relacionado con la revisión y anulación del laudo. Procedimientos estos que no por encontrarse al final del proceso dejan de tener una gran importancia, principalmente para las partes, así como el rol que pueden desempeñar en el desarrollo de una jurisprudencia arbitral consolidada y un precedente en el arbitraje.

En este sentido, la ausencia de un mecanismo formal de apelación en el arbitraje CIADI sigue siendo muy criticada. Críticas que en su momento hicieron posible que la Secretaría General del CIADI se interesara en el asunto y en el año 2004 presentara un documento⁸⁹ en el que, reconociendo el interés de los Estados de crear un mecanismo de apelación —algunos de ellos miembros del CIADI ya lo han establecido en sus recientes tratados—, propone la idea de crear un órgano de apelación que garantice una mayor eficiencia y transparencia del procedimiento, así como una mayor consistencia de las decisiones arbitrales, pero dicha propuesta fracasó. Posteriormente, el CIA-

quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.».

⁸⁸ GARCÍA-BOLÍVAR, O.E., «La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras: propuestas de reforma», *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. Año 3, No. 5, 2015, p. 152.

⁸⁹ Véase, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, ICSID Secretariat Discussion Paper*, 22 de Octubre de 2004. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>, consultado el 22/09/2022.

DI publica un documento en el que reconoce la necesidad de hacer más transparente y eficiente el procedimiento, temas de los cuales se encargaría la institución. Pero deja fuera la creación de un órgano de apelación, argumentando que no era el momento preciso para ello⁹⁰, que sería prematuro tratar de establecer un mecanismo de apelación en ese momento, teniendo en cuenta las implicaciones políticas y la dificultad técnica que traería aparejada la creación de dicho órgano⁹¹. Argumentos con los que no estamos de acuerdo, teniendo en cuenta que uno de los objetivos por los que se creó la propia institución fue lograr una despolitización de los litigios de inversiones, por lo que el riesgo político puede ser mucho menor —aun y cuando a la Convención se han adherido un significativo número de Estados— si se intentase la búsqueda de un consenso al respecto, lo que no resultaría difícil teniendo en cuenta las abundantes críticas formuladas por los propios Estados al procedimiento de arbitraje CIADI en general y, particularmente, a la ausencia de un mecanismo formal de apelación. Es por ello, que insistimos en proponer como principal objetivo y alternativa al actual mecanismo de revisión y anulación del laudo la creación de un TPA, que permita crear y consolidar un precedente arbitral en el CIADI⁹² y una mayor consistencia del laudo por parte de los tribunales arbitrales, contrarrestando así la incertidumbre existente entre los usuarios del sistema.

La creación de un TPA en el arbitraje CIADI con amplias competencias para la revisión del laudo es una tarea difícil, pero no imposible. Su creación se justifica a partir de la necesidad que tienen los Estados y los inversores de poder interponer un recurso de revisión del laudo mucho más amplio que el actualmente establecido. Un recurso a través del cual el órgano competente pueda revisar ampliamente la cuestión que le sea presentada por el recurrente, sin perjuicio de entrar a conocer de las cuestiones de fondo del laudo. Cuestión que resulta imposible en la actualidad a través del Comité *ad hoc* que solo puede dedicarse a revisar la validez formal del laudo⁹³ según las causales establecidas en la Convención, teniendo como principal propó-

⁹⁰ *Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations, ICSID Secretariat Discussion Paper*, 12 de Mayo de 2005. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Suggested%20Changes%20to%20the%20ICSID%20Rules%20and%20Regulations.pdf>, consultado el 22/09/2022.

⁹¹ *Ibíd.*, p. 4.

⁹² LÓPEZ LINALDI, L.A., La necesidad de crear un órgano de apelación para arbitrajes inversionista-Estado en CIADI, *Revista de Derecho Económico Internacional*, Vol. 3 No. 1, 2012, p. 48.

⁹³ LOZADA PIMIENITO, N.E., «El mecanismo de anulación de los laudos arbitrales del ciadi: qué es y para dónde va», *Revista de Derecho Privado*, No. 55, enero-junio, 2016, p. 5.

sito evitar que el laudo sea revisado por un tribunal nacional⁹⁴. Es por ello, que la decisión de anulación de un laudo CIADI se encuentra atada al ámbito internacional.

En relación con la limitada función del Comité *ad hoc* del CIADI los propios árbitros han reconocido y expresado sus discrepancias al respecto. Así pues, el Comité *ad hoc* que conoció del recurso de suplementación y revisión de la decisión sobre anulación del laudo presentado en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal vs. República Argentina*, expresó «(...) el procedimiento y cualquier decisión de suplementación o rectificación que pueda resultar, de ninguna manera consiste en un medio de apelación o de otra manera para revisar el fondo de la decisión por medio de la suplementación o rectificación. Esos tipos de procedimientos sencillamente no se contemplan en el sistema del CIADI. Aún menos puede, una solicitud de suplementación o rectificación de una decisión sobre anulación, ser utilizada como vehículo por el cual se examine la exactitud, no de la decisión del comité *ad hoc*, sino del laudo arbitral en cuestión»⁹⁵. Asimismo, se pronunció también el Comité *ad hoc* del caso *CDC Group plc vs. República de Seychelles*, al conocer sobre una solicitud de anulación del laudo presentada por la República Seychelles al expresar: «El artículo 52(1) no se refiere a los méritos de la controversia como tal, sino a la integridad fundamental del tribunal; si las garantías procesales básicas fueron observadas de manera amplia, si el Tribunal excedió los límites del consentimiento de las partes y si el razonamiento del Tribunal es coherente y expreso»⁹⁶. Ambos casos demuestran que el procedimiento de anulación del CIADI únicamente comprende un análisis, por el Comité *ad hoc*, de la legitimidad del proceso decisorio y no de correcciones substanciales del procedimiento⁹⁷. A su vez, es un sistema taxativo en tanto que no permite la presentación de una causal distinta a las previstas en la Convención como motivo de anulación del laudo.

En este sentido, consideramos que las deficiencias del actual sistema de anulación del laudo establecido por el CIADI pueden ser remediadas con un mecanismo formal de anulación, de ahí la necesidad

⁹⁴ DUGAN, CH.F., WALLACE, D.Jr., RUBINS, N., SABAHI, B., *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 627-673.

⁹⁵ Véase, cita 804, *supra*. Decisión del Comité *Ad Hoc* Relativa a la Solicitud de Suplementación y Rectificación de la Decisión sobre la Anulación del Laudo, del 28 de mayo de 2003, párrafo 11.

⁹⁶ *CDC Group plc vs. República de Seychelles*. Caso CIADI ARB/02/14. Annulment Proceeding, paragraph 34. Traducido y citado por, LOZADA PIMIENTO en; LOZADA PIMIENTO, N.E.: El mecanismo de anulación...*op.cit.*..., p. 10.

⁹⁷ SCHREUER, C., *The ICISD Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, Second Ed., 2009, pp. 901-903.

de crear un TPA en el arbitraje CIADI, cuestión que puede ser perfectamente resuelta a través de los AII en los que se pueden establecer cláusulas o disposiciones entre los Estados Parte que les permitan poder negociar la creación del mencionado tribunal. Como hemos comentado en epígrafes anteriores, son los propios tratados una vía importante a través del cual los Estados Parte pueden regular, entre sus facultades, que una vez dictado el laudo se pueda recurrir el mismo ante un TPA creado para tales fines, es decir, una segunda instancia de revisión del laudo, como se ha ido reconociendo por muy pocos Estados en sus tratados; por ejemplo, el CAFTA-DR establece; «*Si entre las Partes entrara en vigor un tratado multilateral separado en el que se estableciere un órgano de apelación con el propósito de revisar los laudos dictados por tribunales constituidos conforme a acuerdos de comercio internacional o inversión para conocer controversias de inversión, las Partes procurarán alcanzar un acuerdo que haga que tal órgano de apelación revise los laudos dictados de conformidad con el Artículo 10.26 de esta Sección en los arbitrajes que se hubieren iniciado después de que el acuerdo multilateral entre en vigor entre las Partes*»⁹⁸. Esta opción prevé una mayor legitimidad a quienes resuelven la disputa, consistencia a sus decisiones⁹⁹ y contribuye a la creación de un precedente ampliamente permitido en el arbitraje, resultando esta última, la segunda cuestión por la que justificamos la creación de dicho tribunal, la creación de un precedente sólido en el arbitraje.

El actual procedimiento de anulación del laudo establecido en la Convención del CIADI y en sus propias reglas arbitrales está creado de manera que no permite una solución efectiva del conflicto, toda vez que el laudo no puede someterse a una revisión sustantiva, una revisión de las cuestiones de fondo ya sean relacionadas con el Derecho aplicable o interpretativa de los árbitros por los Comité de anulación, pero deja una puerta abierta a la posibilidad de que la controversia pueda ser nuevamente litigada ante un nuevo tribunal arbitral¹⁰⁰. Aunque el laudo sea anulado parcial o total, las partes pueden someter nuevamente la controversia si así lo deciden al conocimiento de un nuevo tribunal¹⁰¹, para que este decida *ex novo* sobre la cuestión

⁹⁸ El Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de Norteamérica (CAFTA-DR), Artículo 10.20(10).

⁹⁹ GARCÍA-BOLÍVAR, O.E., *La crisis del derecho internacional...op.cit.*, p. 158.

¹⁰⁰ LÓPEZ LINALDI, L.A., *La necesidad de crear un órgano de apelación...op.cit.*, p. 51.

¹⁰¹ El Art. 52(6) del Convenio CIADI, establece que; «*Si el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal que deberá constituirse de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo*».

anulada, encontrándonos así ante el eterno procedimiento arbitral. Así sucedió en el caso *Amco Asia Corporation y otros vs. República de Indonesia*¹⁰², en el cual después de haberse dictado el laudo pasado tres años desde el inicio del procedimiento, se presenta solicitud de anulación de este y se constituye un Comité *ad hoc* para conocer del procedimiento. Anulado el laudo y encontrándose no conforme una de las partes, se presenta un nuevo procedimiento arbitral ante un tribunal distinto que dicta un nuevo laudo y por el que se constituye otra vez un nuevo Comité *ad hoc* para conocer del procedimiento de anulación solicitado por una de las partes. Sin embargo, esta vez no prosperó el recurso presentado por lo que no fue anulado el laudo, transcurriendo así un período de 11 años de procedimiento arbitral.

En el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*¹⁰³, en el que una vez dictado el laudo en el año 2000 a favor de la República de Argentina, la demandante presenta una solicitud de anulación del laudo, constituyéndose un Comité *ad hoc* que decide, dos años después, que el tribunal no cometió error que fuese objeto de anulación, que el tribunal decidió correctamente su jurisdicción y que el tribunal arbitral se extralimitó en sus atribuciones al no examinar en cuanto al fondo las reclamaciones por actos de Tucumán bajo el TBI. Por consiguiente, «la República Argentina reembolsará a las partes demandantes la mitad del total de los costos incurridos por el Centro en relación con este procedimiento de anulación»¹⁰⁴. Seguidamente, la República de Argentina interpone ante el secretario general del CIADI una solicitud de Suplementación y Rectificación de algunos aspectos de la decisión del Comité *ad hoc*. El propio Comité rechaza la solicitud argumentando que no era posible ya que los errores alegados eran de carácter tipográficos y no tenían una influencia directa que pudiera modificar la decisión. Sin embargo, en el año 2007 las demandantes, inconformes con la resolución del caso, deciden presentar nuevamente la cuestión al CIADI, por lo que se crea un nuevo tribunal para conocer del asunto y en el que se dicta un nuevo laudo condenatorio para Argentina. El Gobierno ar-

¹⁰² Véase, el caso *Amco Asia Corporation and others vs. Republic of Indonesia*, ICSID Case No ARB/81/1, cita 803, *supra*. Laudo, de 20 de noviembre de 1984; *Ad hoc* Committee Decision on the Application for Annulment, de 16 de mayo de 1986; Award in Resubmitted Proceeding, de 31 de marzo de 1990; Decision on Supplemental Decisions and Rectification, de 17 de octubre de 1990; Decision on the Applications for Annulment of the 1990. Award and the 1990 Supplemental Award, de 17 de diciembre de 1992.

¹⁰³ Véase, el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S. A. y Vivendi Universal S. A. vs. República Argentina*, cita 49, *supra*.

¹⁰⁴ *Ibídem*, Decisión sobre la Anulación, de 3 de julio de 2002, párraf. 119 e).

gentino, inconforme con el segundo laudo dictado, presenta solicitud de anulación del laudo, creándose nuevamente un segundo Comité *ad hoc* para conocer de la solicitud, el cual tres años después, en el año 2010, decide rechazar la solicitud de anulación del segundo laudo emitido por el segundo tribunal el 20 de agosto de 2007 presentada por Argentina»¹⁰⁵.

Ahora bien, a la ya analizada problemática existente en el procedimiento CIADI se le suma que no todos los laudos y los razonamientos e interpretaciones de los propios Comité *ad hoc* se encuentran accesibles y públicos, lo que dificulta el desarrollo de una mayor transparencia del procedimiento y de los laudos. En consecuencia, dichos inconvenientes traen consigo la ausencia de una consistencia y coherencia en las decisiones arbitrales que favorezca la creación de un precedente arbitral, así como una asimetría en la manera de interpretar litigios en los que, teniendo una innegable similitud en el objeto, las decisiones arbitrales son totalmente contradictorias entre sí, basadas en fundamentos vagos, carentes de una coherencia interpretativa de los hechos y las propias normas o tratados aplicables.

En la actualidad, nos encontramos con un gran número de casos similares en su objeto y en los que los tribunales arbitrales han tenido que pronunciarse respecto de una misma disposición jurídica; por ejemplo, cláusula de nación más favorecida (NMF), el estado de necesidad invocado por los Estados, definición de inversión y las cláusulas paraguas. Sin embargo, la interpretación de los tribunales ha sido totalmente distinta, llegándose, en algunos casos, a conclusiones contradictorias, resultando muy representativo los casos en los que ha sido demandada la República de Argentina, el Estado más demandado del mundo en arbitraje de inversiones, teniendo como una de las causas la crisis económica que sufrió el país. Estos casos, a pesar de haberse originado por la misma causa han sido objeto de muchas críticas al respecto.

Los casos que analizamos a continuación, lo hacemos desde dos perspectivas: las actuaciones del tribunal arbitral, es decir durante la celebración del procedimiento y hasta la emisión del laudo y desde la perspectiva del Comité *ad hoc*, una vez concluido el procedimiento arbitral.

¹⁰⁵ *Ibidem*, Laudo, de fecha 21 de noviembre de 2000; Decisión del Comité *ad hoc* relativa a la solicitud de suplementación y rectificación de la decisión sobre la anulación del laudo, de 28 de mayo de 2003; segundo Laudo, de 20 de agosto de 2007; Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo emitido el 20 de agosto de 2007, presentada por la República Argentina, de 10 de agosto de 2010.

IV.A.4. Análisis de casos

IV.A.4.a) La cláusula de nación más favorecida

- En el caso *Emilio Agustín Maffezini vs. El Reino de España*, la solicitud de arbitraje ante el CIADI versó sobre una controversia suscitada por el mal trato que supuestamente recibió el señor Maffezini por parte de entidades españolas, en relación con su inversión en una empresa para la fabricación y distribución de productos químicos en Galicia. En su solicitud, el demandante invocó las disposiciones del APPRI entre el Reino de España y la República Argentina, la aplicación de la cláusula de NMF contenida en dicho APPRI y las disposiciones de un acuerdo bilateral sobre inversiones suscrito entre la República de Chile y España en 1991.

La cláusula de NMF en el APPRI entre Chile y España se limitaba a disponer que el inversor puede optar por el arbitraje después de expirado el plazo de seis meses previstos para negociaciones. Mientras que en el APPRI entre España y Argentina se establecía que las controversias se sometían a los tribunales nacionales y pasado 18 meses podían someterse al arbitraje internacional, existiendo una diferencia de 12 meses según lo regulado entre un APPRI y otro. Por este motivo, el demandante invocó la cláusula de NMF establecida en el APPRI entre España y Chile, argumentando que, en consecuencia, los inversores chilenos en España recibían un trato más favorable que los argentinos en el mismo país y, por consiguiente, no estaba obligado a someter la disputa a los tribunales nacionales. España se opone a las pretensiones alegando que los APPRI suscritos por el Reino de España con terceros países son, con respecto a Argentina, *res inter alios acta* y, por ende, el demandante no puede invocarlos. Además, que la cláusula de NMF solo puede tener aplicación respecto de la misma materia y no puede hacerse extensiva a cuestiones distintas de las previstas en el tratado básico.

El tribunal arbitral una vez analizado los hechos y con el objetivo de alcanzar las amplias disposiciones que en materia de nación más favorecida comprendía el APPRI entre España y Chile, realiza una interpretación extensiva de la cláusula establecida en el APPRI entre España y Argentina al concluir: «(...) *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 del tratado básico (...)»¹⁰⁶. En este sentido, el tribunal consideró posible aplicar el estándar de nación más favorecida establecida en la cláusula contenida en el APPRI entre Chile y España.

- Sin embargo, posteriormente en el caso *Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria*, el litigio estaba basado en el Tratado de la Carta de la Energía. En este, Plama Consortium empresa chipriota, en su solicitud de arbitraje invocó las disposiciones establecidas en el Tratado de la Carta de la Energía y la cláusula de NMF contenidas en el APPRI entre Chipre y Bulgaria de 1987 —invocándose la misma disposición del caso anterior, de ahí su similitud— con el objetivo de que la mencionada cláusula se aplicara al procedimiento de solución de controversias establecido por las partes bajo el APPRI entre Bulgaria y Finlandia.

El tribunal arbitral una vez analizados los hechos y los argumentos presentados por las partes, llega a una conclusión totalmente distinta a la del tribunal del caso *Emilio Agustín Maffezini vs. El Reino de España*, al reconocer que «*el mecanismo específico de solución de controversias establecido en el APPRI entre Bulgaria y Chipre y lo pactado entre ambas partes respecto a la cláusula de nación más favorecida, no significa que ambas partes pretendieron, a través del propio funcionamiento de la cláusula, que su acuerdo específico sobre dicho mecanismo de solución de controversias pudiera ser reemplazado por un mecanismo de resolución de controversias totalmente diferente (CIADI arbitraje). Una cosa es agregar al tratamiento provisto en un tratado el tratamiento más favorable ofrecido en otro lugar. Otra cosa es reemplazar un procedimiento negociado espe-*

¹⁰⁶ *Emilio Agustín Maffezini vs. El Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7. Decisión del tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, 2000, párraf. 39-41 y 56.

cíficamente por las partes con un mecanismo completamente diferente»¹⁰⁷.

- En este mismo sentido, en el caso *Asian Agricultural Products Limited vs. Republic of Sri Lanka*, un tribunal del CIADI tuvo ocasión de examinar el funcionamiento del tratamiento de la cláusula NMF acordado entre Sri Lanka y el Reino Unido. A la luz del argumento de que un APPRI entre Sri Lanka y Suiza contenía disposiciones más favorables en las que el inversor procuraba fundamentar sus pretensiones. Las disposiciones analizadas, sin embargo, no se referían a la solución de controversias sino solo a las normas de responsabilidad previstas por esos tratados. En este caso, el tribunal del CIADI sostuvo que «(...) no se ha probado que el Tratado Sri Lanka/Suiza contenga reglas más favorables que las previstas en el Tratado Sri Lanka/Reino Unido y, por tal razón, el Artículo 3 de este último Tratado no puede invocarse justificadamente en el caso actual»¹⁰⁸.

Los casos comentados nos demuestran como los tribunales arbitrales, frente a tres litigios distintos, en los que se analiza una misma disposición, la cláusula de NMF contenida en un APPRI y su aplicabilidad a la solución de controversias, interpretan de manera distinta, llegándose a conclusiones contradictorias entre sí.

IV.A.4.b) El estado de necesidad invocado por los Estados.

Respecto al estado de necesidad invocado por los Estados en casos de arbitraje de inversión, un ejemplo de trascendental importancia en los últimos años, como hemos comentado antes, ha sido el caso de Argentina, teniendo en cuenta que un gran número de los litigios de arbitraje de inversión en los que ha sido demandada la República Argentina han tenido como causa el estado de necesidad invocado por

¹⁰⁷ *Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24. Decisión sobre Jurisdicción, 2005, párraf. 209. «It is also not evident that when parties have agreed in a particular BIT on a specific dispute resolution mechanism, as is the case with the Bulgaria-Cyprus BIT (ad hoc arbitration), their agreement to most-favored nation treatment means that they intended that, by operation of the MFN clause, their specific agreement on such a dispute settlement mechanism could be replaced by a totally different dispute resolution mechanism (ICSID arbitration). It is one thing to add to the treatment provided in one treaty more favorable treatment provided elsewhere. It is quite another thing to replace a procedure specifically negotiated by parties with an entirely different mechanism».

¹⁰⁸ *Asian Agricultural Products Limited vs. República Socialista Democrática de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3.

el Gobierno a partir de la crisis económica (el Corralito) que sufrió a finales de la década de los noventa y principios del presente siglo, viéndose obligada a tomar una serie de medidas para poder salir de la crisis. Estas medidas trajeron como consecuencia que el Gobierno argentino fuese demandado por inversores extranjeros ante el CIADI. Ante dicha situación, nos encontramos que existen laudos contradictorios entre sí en relación con las interpretaciones realizadas por los tribunales arbitrales de las disposiciones contenidas en un mismo tratado.

- Así pues, en el caso *CMS Gas Transmission Company vs. La República Argentina*¹⁰⁹, en el que CMS Gas Transmission empresa americana, presenta ante el CIADI una solicitud de arbitraje contra la República Argentina referida a una supuesta suspensión por Argentina de una fórmula de ajuste arancelario para el transporte de gas aplicable a una empresa en la que CMS Gas Transmission desarrollaba su inversión, generando grandes pérdidas al inversor, y coincidiendo con el momento en el cual el Gobierno argentino se encontraba en una desenfrenada actividad regulatoria para evitar el incumplimiento de los pagos internacionales y continuar así con el esquema de paridad cambiaria que había adoptado once años antes. En su solicitud, la reclamante invoca las disposiciones del APPRI entre los Estados Unidos de América y la República de Argentina de 1991.

Como consecuencia de las leyes de privatización y de convertibilidad, el Gobierno argentino expidió en 1992 la Ley No. 24.076 sobre Gas, implementada mediante varios decretos para el establecimiento del marco jurídico para la privatización de la industria del gas, incluyendo el transporte y la distribución de gas natural. Con el desarrollo de esta legislación la compañía estatal Gas del Estado se escinde en dos compañías de transporte y ocho compañías de distribución que serían privatizadas. Una de ellas llegó a denominarse Transportadora de Gas del Norte (TGN). Según las condiciones de privatización, las tarifas de esta compañía se calcularían en dólares estadounidenses y se ajustarían cada seis meses de acuerdo con el índice de precios al productor de los Estados Unidos¹¹⁰. CMS Gas Transmission adquirió el 29.42% de las acciones de TGN¹¹¹. A

¹⁰⁹ *CMS Gas Transmission Company vs. La República Argentina*, Caso CIADI ARB/01/8, Laudo, 2005.

¹¹⁰ *Ibidem*, Decisión del Comité *ad hoc* sobre la solicitud de anulación de la República de Argentina, de fecha 25 de septiembre de 2007, párrafs. 30-32 y 34.

¹¹¹ *Ibidem*, párraf. 33.

finales de 1999 el gobierno argentino notificó a la TGN de la necesidad de negociar una suspensión temporal de los ajustes de las tarifas dentro del plan de medidas adoptadas para conjurar la crisis económica. De esta forma los ajustes se suspendieron por un período de seis meses entre enero y junio de 2000 las eventuales pérdidas como consecuencia de dicha suspensión serían compensadas. ENARGAS, el órgano público regulador de la industria del gas comunicó a TGN en julio de 2000 que era necesario posponer los ajustes hasta junio de 2002. TGN apeló dichas resoluciones, pero debido al dilatado proceso, decidió presentar la solicitud de arbitraje y dar inicio al proceso en el CIADI¹¹².

A finales de 2001, la crisis argentina se agrava, trayendo como consecuencia la promulgación de la Ley 25.561 que declaró el estado de emergencia pública. Esta ley extinguió el derecho de los concesionarios públicos a reajustar las tarifas a índices denominados en dólares estadounidenses y la convertibilidad de la moneda¹¹³. Por tanto, todos los ajustes tendrían que hacerse en pesos argentinos, y además deberían renegociarse con el Estado, a través de la denominada Comisión de Renegociación, las licencias otorgadas durante el período de privatización. Según CMS Gas Transmission la suspensión en el ajuste de las tarifas y el hecho que no pudieran seguir calculándose en dólares provocó una reducción de sus ingresos. En consecuencia, el reclamante se vio obligado a suspender la inversión en infraestructura.

La República de Argentina, en su respuesta a la demanda alegó la existencia de una situación de emergencia nacional a raíz de la crisis económica y social que atravesaba el país, fundamento que utilizó con motivo de eximirse de la responsabilidad de los Estados prevista por el Derecho internacional y en el propio APPRI. En este sentido, la República Argentina basó su argumento en dos cuestiones, la primera, basada en el Art. XI del APPRI que establece que *«El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacional, o la protección de sus propios intereses*

¹¹² Ibídem, párraf. 35-37.

¹¹³ Ibídem, párraf. 36.

esenciales de seguridad»¹¹⁴ y la segunda, en el Art. 25 de los artículos sobre la Responsabilidad del Estado emitidos por la Comisión de Derecho Internacional¹¹⁵, especificando que: «el Estado Argentino no solo enfrentaba un peligro grave e inminente que afectaba un interés esencial, sino que no había contribuido de un modo sustantivo a crear el estado de necesidad. Además, de que los intereses de la comunidad internacional en su conjunto no se vieron afectados y que los inversores extranjeros tampoco fueron tratados de manera discriminatoria»¹¹⁶.

El tribunal después de analizar los argumentos presentados por las partes y, especialmente el Art. XI del APPRI y el estado de necesidad según el Derecho internacional invocados por la República de Argentina, concluye que las medidas adoptadas por el Gobierno Argentino no eran las únicas disponibles, es decir, que no constituían el único modo que dicho Estado tenía para alcanzar el resultado, por lo que quedaba excluida la necesidad invocada¹¹⁷. Motivo por el cual no reconoce la existencia de un estado de necesidad en Argentina, y dicta un laudo condenatorio para el Gobierno argentino por un monto de US\$133.2 millones. La República Argentina presentó la solicitud de nulidad del laudo arbitral, según el artículo 52 del Convenio CIADI, a tal efecto se constituyó la Comisión *ad hoc* para la revisión de la legalidad del laudo dictado. La comisión consideró en casi su totalidad ajustado a derecho el laudo y encontró improcedente la nulidad solicitada por la Demandada.

- Sin embargo, posteriormente en el caso *LG&E Energy Corp., y otros vs. República Argentina*¹¹⁸, las empresas norteamericanas LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. constituidas de conformidad con las leyes del Commonwealth de Kentucky, Estados Unidos de América, alegaron en su solicitud de arbitraje contra la República de Argentina

¹¹⁴ Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Aprobado por la Ley N° 24.124, de 26 de agosto de 1992.

¹¹⁵ International Law Commission, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Adoptado por la Comisión en su 53 sesión en 2001.

¹¹⁶ *CMS Gas Transmission Company vs. La República Argentina*, párraf. 312.

¹¹⁷ *Ibidem*, párraf. 324. «*The International Law Commission's comment to the effect that the plea of necessity is «excluded if there are other (otherwise lawful) means available, even if they may be more costly or less convenient,» is persuasive in assisting this Tribunal in concluding that the measures adopted were not the only steps available».*

¹¹⁸ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. vs. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 2006.

ante el CIADI que ostentaban inversiones en licenciatarias distribuidoras de gas de Argentina y que la demandada decidió, en forma unilateral, congelar determinados ajustes automáticos semestrales de las tarifas de distribución de gas natural de Argentina basados en la variación del índice de precios al productor («IPP») de los Estados Unidos.

Los demandantes sostienen, además, que con la adopción de estas medidas la demandada incumplió las obligaciones que le incumben en virtud del APPRI entre la República Argentina y los Estados Unidos de América —cuyo tratado fue objeto de análisis en el caso anterior— e incluso que la demandada había ampliado el incumplimiento de dicho Tratado mediante la eliminación total de los ajustes de tarifas y otros cambios introducidos por la Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario. Por estos motivos, consideran que la República de Argentina incumplió con las obligaciones asumidas en el tratado, que no dispensó un trato justo y equitativo a las inversiones del demandante al otorgarle un trato menos favorable que el exigido por el Derecho internacional y que adoptó medidas arbitrarias y discriminatorias que coartaron el uso y goce de la inversión de las demandantes¹¹⁹. Al igual que en el caso anterior, en el presente procedimiento arbitral el compromiso del Gobierno argentino era la indexación de las tarifas en dólares estadounidenses y según el índice de precios al productor de los Estados Unidos.

Argentina, en respuesta a la demanda alega, entre otros, los mismos motivos alegados en el caso anterior, una grave situación económica, una crisis económica caracterizada por una profunda recesión e hiperinflación, trayendo como consecuencias un incremento de la prima de riesgo del país y que, gradualmente, el país fuese excluido del mercado internacional de crédito. Además, que se agudizaron los problemas sociales acompañados por los mencionados indicadores económicos, tales como los niveles de desempleo y la pobreza e indigencia que comenzaron a incrementarse, constituyendo todos estos los motivos fundamentales por los que el Gobierno de Argentina tomó las medidas comentadas por el demandante.

Ahora bien, una vez presentados los argumentos por las partes, el tribunal consideró que «*para determinar la aplicabilidad*

¹¹⁹ Ibídem, Decisión del Tribunal Arbitral sobre Excepciones a la Jurisdicción, 2004, párraf. 2, 4 y 13.

del Artículo XI del Tratado Bilateral, este Tribunal hará un doble análisis. En primer lugar, decidirá si las condiciones vividas en Argentina justifican que el Estado invoque la protección consagrada en la norma antes citada. En segundo lugar, el Tribunal ha de determinar si las medidas tomadas por Argentina fueron realmente necesarias para mantener el orden público o proteger un interés esencial de seguridad, a pesar de haberse violado el Tratado»¹²⁰. Para realizar dicho análisis, el propio tribunal reconoce que aplicará en primera instancia el APPRI y después el Derecho internacional consuetudinario, en la medida que fuese necesario¹²¹.

A partir de aquí, el tribunal interpretó que *«el Artículo XI del APPRI se refiere a situaciones en las cuales el Estado no tenga elección al actuar. Un Estado puede tener múltiples respuestas para mantener su orden público o proteger sus intereses esenciales de seguridad. En tal sentido, se acepta que el hecho de que la República Argentina haya suspendido el cálculo de las tarifas en dólares americanos y el ajuste de las tarifas de acuerdo con el PPI, fue una manera legítima de proteger su sistema económico y social»¹²². Así pues, reconociendo el tribunal que el Gobierno argentino actuó legítimamente por la situación de necesidad en la que se encontraba, declara parcialmente con lugar la demanda de LG&E y en tal sentido decide, «Declarar sin lugar la expropiación de la inversión; Declarar que Argentina violó los estándares de trato justo y equitativo, trato no menos favorable que el exigido por el Derecho internacional y tomó medidas discriminatorias, todo lo cual causó daños a LG&E, Argentina violó sus obligaciones para con las inversiones de las Demandantes, generando responsabilidad a la luz de la cláusula paraguas y; La República Argentina es responsable por los daños causados a las Demandantes, consecuencia de las violaciones antes indicadas, excepto durante el período correspondiente al estado de necesidad. Tales daños, incluyendo intereses, así como la especificación de los lapsos en los cuales la Demandada ha incurrido en violación de sus obligaciones internacionales, serán determinados durante la próxima fase del arbitraje, con respecto a la cual el Tribunal retiene jurisdicción»¹²³.*

¹²⁰ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. vs. República Argentina, op.cit.*, párraf. 205.

¹²¹ *Ibidem*, párraf. 206.

¹²² *Ibidem*, párraf. 239.

¹²³ *Ibidem*, párraf. 267.

El tribunal reconoció el estado de necesidad alegado por la demandada y, a la vez, exime de responsabilidad a la República Argentina por las medidas tomadas únicamente en el momento del estado de necesidad. Pero la hace responsable de los incumplimientos ocurridos y dicta un laudo condenando al Gobierno argentino a «pagar un monto de US\$57.400.000,00 más los intereses compuestos sobre dicho monto a la tasa de las Letras del Tesoro de los Estados Unidos correspondiente a seis meses, hasta la fecha de la cancelación total de la indemnización prevista en el presente Laudo»¹²⁴. Argentina solicitó la nulidad parcial del laudo. Sin embargo, las partes, en el intento de llegar a un acuerdo y previamente a la constitución del Comité, deciden la suspensión del procedimiento. La suspensión fue prorrogada a solicitud de las partes en varias ocasiones hasta que los demandantes, en fecha 26 de enero de 2015, solicitan al CIADI la terminación del procedimiento. Un mes después, la Secretaría General del CIADI ordena la terminación del procedimiento¹²⁵.

- Similar al análisis del tribunal del caso anterior se pronunció el Comité *ad hoc* que conoció de la solicitud de anulación de otro laudo dictado contra Argentina en un caso distinto. Esta vez en el caso *Sempre Energy International vs. The Argentine Republic*, cuyos hechos se resumen a continuación. *Sempre Energy International* es una compañía estadounidense que realizó inversiones en varias empresas para la distribución de gas en el territorio argentino. Según el demandante, estas inversiones se hicieron teniendo en cuenta las obligaciones asumidas por las partes en virtud del APPRI entre Argentina y EEUU, tales como: que las licencias para operar se otorgaban por 35 años, prorrogables por otros diez; que la indexación de las tasas en dólares estadounidenses y su actualización se haría en base al índice de precios al productor de EE.UU.; el compromiso que no se congelarían dichas tasas; igualmente la promesa vinculante de que no se revocaría la licencia, salvo incumplimiento grave y que las condiciones de esta no se modificarían y, por último, la aplicación del principio de indiferencia en relación con los subsidios públicos¹²⁶.

¹²⁴ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. vs. República Argentina, op.cit.*, Laudo, de 25 de julio de 2007, párraf. 115.

¹²⁵ *Ibídem*, Resolución de la secretaria general dejando constancia de la terminación del procedimiento, de fecha 20 de febrero de 2015, párraf. 7.

¹²⁶ *Sempre Energy International vs. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, de fecha 28 de September de 2007.

Como consecuencia del pretendido incumplimiento por parte de la demandada de las condiciones fijadas en el APPRI suscrito con los Estados Unidos, el demandante presentó solicitud de arbitraje. El reclamante alega en su demanda arbitral que la demandada incumplió las condiciones fijadas en las regulaciones que permitieron la privatización de los activos estatales y con ello la consiguiente desprotección del inversor extranjero. Así como la eliminación de la convertibilidad cambiaria y con ello la imposibilidad de facturar e indexar las tarifas en dólares y en índices de los Estados Unidos, y la modificación de las condiciones de la licencia de operación.

Ahora bien, aunque Argentina alegó las mismas causales expuestas en los casos anteriores, el tribunal decidió dictar un laudo condenando al Gobierno argentino a pagar un monto de US\$128, 250, 462. La República de Argentina presentó solicitud de anulación del laudo, creándose un Comité *ad hoc*, el cual decide anularlo, argumentado que «*debido a la extralimitación manifiesta de facultades (Artículo 52(1)(b) del Convenio) debido a la no aplicación por parte del Tribunal de Arbitraje del Artículo XI del TBI entre los Estados Unidos y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 14 de noviembre de 1991: dicha anulación se aplica necesariamente al Laudo en su totalidad, en virtud del Artículo 52(3) del Convenio*»¹²⁷. El Comité de anulación reconoce que el tribunal no consideró el Art. XI del APPRI, cometiendo un error fundamental a la hora de identificar y aplicar el derecho aplicable, siendo esta la cláusula clave que le permitía al Gobierno argentino poder tomar las medidas oportunas para preservar el orden público y proteger sus intereses primordiales de seguridad.

Unos días después de conocerse la decisión del Comité *ad hoc* del caso *Sempra*, el Comité *ad hoc* del caso *Enro* anuló el laudo que se había dictado contra Argentina por una suma de US\$106 millones por daños derivados de la violación del APPRI Estados Unidos-Argentina, habiendo presentado Argentina prácticamente los mismos argumentos de los casos anteriores, de ahí la similitud entre ellos. Sin embargo, en el presente caso el Comité *ad hoc* se distancia ligeramente en su análisis del resto de los pronunciamientos expuestos por los Comités anteriores. En el presente caso el Comité *ad hoc* reconoce que

¹²⁷ *Sempra Energy International vs. The Argentine Republic, op.cit.*, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo Presentada por la República Argentina, de 29 de junio de 2010, párraf. 229.

los requisitos conforme al Art. XI del APPRI se diferencian de los reconocidos por el Derecho internacional consuetudinario según el Art. 25 sobre la Responsabilidad del Estado emitidos por la Comisión de Derecho Internacional. Pero la decisión del tribunal arbitral en cuanto a que Argentina estaba imposibilitada de invocar el APPRI, así como el principio de necesidad en virtud del Derecho internacional consuetudinario estaban viciadas de error anulable, por este motivo el Comité *ad hoc* considera que el tribunal arbitral erró manifiestamente cuando no consideró la excepción de seguridad nacional conforme al Art. 25 de la Comisión de Derecho Internacional, evitando así la aplicación del Art. XI del APPRI.

En consecuencia, nos encontramos ante casos distintos que analizan la misma disposición de un mismo APPRI, coincidiendo, además, con la parte demandada y en gran parte de los alegatos expuestos por esta ante el estado de necesidad en la que se encontraba la República de Argentina. Sin embargo, el análisis desarrollado por los tribunales es totalmente distinto. Mientras que en el caso *CMS Gas Transmission Company vs. República de Argentina* el tribunal consideró que no resultaban necesarias las medidas adoptadas por el Gobierno argentino, dictando un laudo condenatorio para Argentina, en el caso *LG&E Energy Corp., y otros vs. República Argentina* el tribunal aceptó las medidas tomadas por el Gobierno argentino, teniendo en cuenta que las mismas se justificaban por el estado de necesidad en el que se encontraba el país, pero también falló en contra del país sudamericano, dictando un laudo por otra elevadísima suma de dólares más los intereses.

Sin embargo, en los casos *Sempra Energy International vs. The Argentine Republic* y *Enron Corporation, Ponderosa Assets LP vs. Argentina*, en los que inicialmente se dictó laudo condenatorio contra Argentina, hubo que esperar a que se resolvieran las correspondientes solicitudes de anulación del laudo presentadas por Argentina para que el Comité *ad hoc* se pronunciara a favor de la recurrente, admitiendo en parte, en las correspondientes decisiones de anulación, los argumentos expuestos por el tribunal en el caso *LG&E Energy Corp., y otros vs. República Argentina*. Al reconocer el estado de necesidad existente en Argentina, pero con las diferencias de que dichos Comité *ad hoc* decidieron a favor de la República de Argentina en la anulación de los laudos, teniendo en cuenta las diferencias sustanciales en la motivación del laudo proporcionada por los tribunales arbitrales. La situación aquí reflejada demuestra la ausencia de una consistencia de los laudos arbitrales y una total disparidad en la interpretación de

los tratados. Encontrándonos prácticamente con la misma situación en todos los casos analizados, puede observarse como las interpretaciones de los árbitros son totalmente distintas y contradictorias entre ellos.

IV.A.4.c) *La cláusula paraguas*

La cláusula paraguas es una de las cláusulas de los TBI que más controversia ha generado a partir de las distintas interpretaciones que han desarrollado los tribunales arbitrales. La cuestión consiste en determinar si «*mediante una cláusula paraguas, también denominada «cláusula sobre el cumplimiento de los compromisos», contenida en un TBI, los reclamos contractuales de un inversionista que hubiera celebrado un contrato ya sea con el Estado o con una entidad autónoma se transforman automáticamente e ipso jure en reclamos basados en el Tratado que cuentan con el beneficio del mecanismo de solución de diferencias previsto en el TBI»*¹²⁸. En este sentido, algunos tribunales consideran que la cláusula paraguas implica que la violación del contrato se entiende como una violación del tratado, mientras que otros niegan tal interpretación.

- En el caso *EI Paso Energy International Company vs. la República Argentina*, el demandante (EI Paso Energy International Company) presentó solicitud de arbitraje ante el CIADI por presunta violación de Argentina del APPRI suscrito entre los Estados Unidos de América y la Argentina de 1991, respecto de las inversiones realizadas por la demandante en Argentina. El reclamante es una compañía generadora de energía que adquirió diversas empresas del mismo ámbito en el proceso de privatización que llevó a cabo dicho país en la década de los años noventa. Según el reclamante, las medidas tomadas por el Gobierno argentino en el 2001 ocasionaron un daño de tal magnitud que las inversiones perdieron su valor¹²⁹.

Argentina, una vez más, hace uso de su estrategia más utilizada en los procedimientos de arbitraje ante el CIADI, cuestionar la jurisdicción del tribunal, objetando la misma, y alegando que «*los reclamos presentados ante el Tribunal no cumplen con los requisitos establecidos en el Artículo 25 (1) del Convenio del CIADI porque no pueden calificarse como «reclamos de naturale-*

¹²⁸ *EI Paso Energy International Company vs. la Republica Argentina*. Caso CIADI No. ARB/03/15. Decision sobre competencia, de 27 de abril de 2006, párraf. 70.

¹²⁹ *Ibidem*, Award, 2011.

za jurídica», al ser derechos contractuales que no configuran una «inversión» en virtud del TBI»¹³⁰ y, por lo tanto, debía someterse la disputa a los tribunales argentinos como lo acordaron las partes y no al CIADI, teniendo en cuenta, entre otras cuestiones, «que la diferencia es estrictamente contractual y comercial, puesto que solo se refiere a derechos y obligaciones basados en acuerdos y contratos, y sencillamente es una diferencia relativa a los flujos comerciales y; que los reclamos contractuales existentes no se han transformado en reclamos basados en el tratado en virtud de la denominada cláusula paraguas»¹³¹. Ante la cuestión de si las medidas adoptadas por Argentina, «constituyeron una violación de las obligaciones de ésta en virtud del TBI, incluida la expropiación de derechos e ingresos específicos legales y contractuales, el tratamiento injusto e inequitativo de la inversión del Demandante, un menoscabo injusto y discriminatorio de la inversión»¹³², el tribunal consideró que era necesario diferenciar el papel del Estado como comerciante del papel del Estado como soberano, coincidiendo así con la decisión del tribunal arbitral en el caso *Joy Machinery Limited vs. Republica Arabe de Egipto*¹³³ y la decisión del Comité ad hoc del caso *Campania de Aguas del Acanquija, S.A., Vivendi Universal (antes, Compagnie Generale des Eaux) vs. Republica Argentina*¹³⁴ para interpretar que solo puede entenderse como «reclamos basados en un tratado los reclamos comerciales que surgen de un acuerdo de inversión stricto sensu, es decir, de un acuerdo en que el Estado aparece como

¹³⁰ Ibídem, Decision sobre competencia, de 27 de abril de 2006, párraf. 56.

¹³¹ Ibídem, párraf. 47.

¹³² Ibídem, párraf. 58.

¹³³ *Joy Mining Machinery Limited vs. Arab Republic of Egypt*. ICSID Case No. ARB/03/11. Award on Jurisdiction, august 6, 2004, paragraph. 72. En el cual el tribunal arbitral expresó, «The Tribunal is mindful that any answer to this question must be case specific as every contract and many treaties are different. However, a basic general distinction can be made between commercial aspects of a dispute and other aspects involving the existence of some form of State interference with the operation of the contract involved».

¹³⁴ Véase, Decisión sobre la Anulación del 3 de julio de 2002, párraf.96 «son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento de contrato. Cada una de estas reclamaciones sera determinada en referencia a su propio derecho aplicable - en el caso del TBI, por el derecho intemacional; en el caso del Contrato de Concesión, por el derecho propio del contrato, en otras palabras, el derecho de Tucuman. Por ejemplo, en el caso de una reclamación basada en un tratado, se aplican las reglas internacionales acerca de la atribución, con el resultado de que el Estado Argentino es internacionalmente responsable por los actos de sus autoridades provinciales. Por otra parte, el Estado Argentino no es responsable por el cumplimiento de los contratos concluidos por Tucuman, que posee personalidad juridica separada bajo su propio derecho y es responsable por el cumplimiento de sus propios contratos».

soberano, y no de todos los contratos firmados con el Estado o con una de sus entidades»¹³⁵.

A partir de dicha interpretación, concluye el tribunal, «*la cláusula paraguas del Artículo II del TBI, leída junto con las disposiciones del Artículo VII, no extenderá la protección del Tratado a los incumplimientos de un contrato comercial ordinario celebrado por el Estado a una entidad estatal*»¹³⁶. Consideración esta con la que estamos de acuerdo, ya que, coincidiendo con el propio tribunal, «*una cláusula paraguas no puede transformar cualquier reclamo contractual en un reclamo basado en un tratado, ya que esto entrañaría necesariamente que todos los compromisos del Estado respecto de las inversiones, aun los de menor importancia, se transformarían en reclamos basados en un tratado*»¹³⁷. Es decir, el tribunal rechaza realizar una interpretación amplia de la cláusula paraguas al igual que la posición asumida por el primer tribunal arbitral que conoció sobre la cuestión de la cláusula paraguas en el caso *SGS. Société Générale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán*¹³⁸, que tuvo por objeto las reclamaciones derivadas de la presunta falta de pago al inversor por parte de Pakistán y sus intentos de rescindir un acuerdo subyacente para la prestación de servicios relacionados con el despacho de aduanas y los procesos de control en Pakistán. El reclamante (Société Générale de Surveillance S.A.-en adelante SGS) fundamentó su demanda en el incumplimiento por parte de la demandada del APPRI entre Pakistán y Suiza de 1995, la violación del estándar mínimo de trato justo y equitativo y la cláusula paraguas existente en el tratado. Constituido el tribunal, y una vez analizados los hechos, no consideró que la cláusula paraguas admitiese que todos los reclamos contractuales provenientes de un contrato con el Estado fuesen considerados reclamos por incumplimiento de un tratado. De ser así todo incumplimiento de cualquier compromiso contraído por el Estado debe considerarse una violación del tratado.

¹³⁵ *El Paso Energy International Company vs. la Republica Argentina, op.cit.,...* párraf. 80.

¹³⁶ Ídem.

¹³⁷ *El Paso Energy International Company vs. la República Argentina, op.cit.,...* párraf. 82.

¹³⁸ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, august 6, 2003, paragraph 164-173. Disponible en: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGS-decision.pdf>, consultado el 22/09/2022.

No obstante, el tribunal en el caso que analizamos el *Paso Energy International Company vs. Republica Argentina* dictó un laudo en octubre de 2011 y decidió que la Argentina incumplió el artículo II (2) (a) del APPRI, obligando a la demandada a resarcir al reclamante por US\$43.03 millones. Argentina presentó solicitud de nulidad del laudo y el comité *ad hoc* declaró sin lugar en todos sus extremos la solicitud de anulación del laudo planteada por la República Argentina¹³⁹.

- En otro caso parecido al *SGS vs. Pakistan*, esta vez en el caso *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Republic of the Philippines*¹⁴⁰, el 23 de agosto de 1991 SGS Société Générale de Surveillance S.A llegó a un acuerdo con la República de Filipinas sobre la prestación de servicios integrales de supervisión de importaciones (el Contrato), en virtud del cual, el reclamante acordó proporcionar servicios especializados para ayudar a mejorar los procesos de despacho y control de aduanas de Filipinas¹⁴¹. El contrato exigía que el demandante proporcionara servicios de inspección previa a la expedición de las importaciones de Filipinas en el país de origen, incluida la verificación de calidad, cantidad y precio de las importaciones, así como en el territorio nacional. Bajo los términos del contrato, el demandante debía mantener una oficina de enlace en Filipinas y proporcionar cierta asistencia técnica y de capacitación al país¹⁴².

El contrato se prorrogó tres veces, primero en 1994 al final del período inicial de tres años, luego en 1998 hasta 1999 y, finalmente, del 31 de diciembre de 1999 al 31 de marzo de 2000, momento en el cual el gobierno de Filipinas suspendió los servicios del reclamante en virtud del contrato suscrito. El demandante presentó varias reclamaciones al gobierno de Filipinas por las deudas impagadas que había contraído durante la ejecución del contrato, por un monto aproximado de US \$ 140 millones más intereses¹⁴³. Después de varios intentos sin éxitos, el reclamante decide iniciar un procedimiento de arbi-

¹³⁹ *EI Paso Energy International Company vs. la Republica Argentina*. ...*op.cit.*., Decisión del comité ad hoc sobre la solicitud de anulación de la República de Argentina, de fecha 22 de setiembre de 2014.

¹⁴⁰ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6*. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, January 29, 2004, paragraph 116. Disponible en: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf>, consultado el 22/09/2022.

¹⁴¹ *Ibíd.*, párraf. 1.

¹⁴² *Ibíd.*, párraf. 12.

¹⁴³ *Ibíd.*, párraf. 15.

traje ante el CIADI, alegando que Filipinas había violado varios artículos del APPRI entre Suiza y Filipinas al negarse a pagar las cantidades reclamadas en virtud del contrato suscrito entre ambas partes, motivo por el cual no le otorgó al demandante un trato justo y equitativo, expropiando ilegalmente sus bienes y violando la llamada «cláusula paraguas» (que requería la correcta observancia del Estado anfitrión de los compromisos contraídos para inversiones específicas). En resumen, el demandante argumentó que el hecho de que Filipinas no pagara los servicios en virtud del contrato constituía una infracción de la cláusula general del TBI, el Artículo X (2), que establece que «Cada una de las Partes Contratantes deberá cumplir con todas las obligaciones que haya asumido respecto de las inversiones específicas realizadas en su territorio por inversionistas de la otra Parte Contratante»¹⁴⁴.

Filipinas se opuso a la jurisdicción del tribunal para conocer del asunto, argumentando que no había inversión en su territorio como lo exige el TBI, que la disputa era de carácter puramente contractual y que las cuestiones en disputa se regían por la cláusula contractual de resolución de conflictos establecida en el contrato y que obligaba a las partes a someterse a la jurisdicción de los tribunales filipinos, por lo que no deben ser considerados los hechos alegados por el demandante como un incumplimiento del tratado que justifique la jurisdicción del tribunal.

El tribunal determinó que el demandante sí había realizado una inversión en el territorio de Filipinas y que tanto la cláusula paraguas como la cláusula general de resolución de disputas en el TBI le daban jurisdicción para conocer de las reclamaciones presentadas. Motivo por el cual, podía pronunciarse sobre la cuestión de la cláusula paraguas contenido en el Art. X (2) del TBI. La decisión del tribunal se produjo pocos meses después de la decisión del caso anterior (*SGS vs. Pakistán*), que conoció de los hechos y asuntos legales similares e involucró al mismo reclamante que realizaba el mismo tipo de servicios para el Estado demandado. Si bien en el caso *SGS vs. Pakistán* el tribunal tuvo una visión restrictiva de los efectos de la cláusula paraguas y la cláusula de resolución de disputas, el tribunal en el caso objeto de análisis *SGS Société Générale de*

¹⁴⁴ Swiss Confederation-Republic of the Philippines, Agreement on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 31 March 1997 (in force, 23 April 1999).

Surveillance S.A. vs. Republic of the Philippines, opinó de manera contraria al decidir que tenía jurisdicción basada en ambas disposiciones.

El tribunal realiza una interpretación mucho más amplia de la cláusula paraguas que la realizada por los tribunales de los casos anteriores, al considerar que esta disposición general transformaba todas las obligaciones contractuales del Estado en una obligación del tratado. En este sentido, el tribunal señala que de la interpretación del TBI se deduce que «*cada una de las Partes Contratantes deberá cumplir con todas las obligaciones legales que haya asumido, o que asumirá en el futuro, con respecto a inversiones específicas comprendidas en el TBI*»¹⁴⁵. Esta decisión fue respaldada por el tribunal, al argumentar, entre otras cuestiones, que su decisión se distancia de las decisiones de los tribunales anteriores, teniendo en cuenta que no existe una doctrina del precedente que lo obligase a adherirse a las decisiones anteriores¹⁴⁶ y que, analizado el texto del preámbulo del APPRI, en este se estableció que cualquier incertidumbre con respecto al alcance de la cláusula analizada debería de resolverse a favor de proteger la inversión. Esto subraya la importancia de utilizar una correcta redacción de los preámbulos en los tratados, para evitar interpretaciones de los tribunales de que el objetivo singular del TBI es la protección de la inversión extranjera.

Las decisiones divergentes de los tribunales en los casos analizados, sobre disposiciones similares de un APPRI y con el mismo demandante en un procedimiento arbitral ante el CIA-DI, han generado gran incertidumbre con respecto al impacto de la cláusula paraguas en los tratados de inversión. Por nuestra parte, consideramos que el caso *SGS Société Générale de Surveillance S.A vs. Republic of the Philippines*, plantea preocupaciones críticas acerca de cómo las interpretaciones amplias de las disposiciones analizadas pueden elevar el estándar de compromisos que los Estados han contraído con los inversores en virtud de un contrato, sus leyes nacionales o de las propias obligaciones contraídas del Derecho internacional a través el APPRI suscrito.

¹⁴⁵ Ibidem, paragraph.115. (énfasis del autor).

¹⁴⁶ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Republic of the Philippines*, ... *op.cit.*... Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, January 29, 2004, párraf. 120.

- Al igual que el tribunal *SGS vs. Philippines*, el tribunal del caso *Noble Ventures Inc. vs. Rumania*¹⁴⁷ que tuvo que pronunciarse, entre otras cuestiones, respecto a si la cláusula general contenida en el APPRI entre Estados Unidos y Rumania de 1992 era capaz de transformar las violaciones de un contrato entre el Estado anfitrión y el inversor en violaciones del tratado. El propio tribunal, aun y cuando rechazó todos los argumentos presentados por el demandante, exonerando de responsabilidades a la demandada y exigiendo que cada parte en el procedimiento sufragara los gastos incurridos en relación con el arbitraje, en cuanto a la cláusula paraguas, reconoció que un incumplimiento de un contrato se «internacionaliza» al ser asimilado a un incumplimiento del TBI mediante la cláusula paraguas¹⁴⁸. Para este tribunal, la cláusula paraguas no hace distinción entre obligaciones, se refiere a todas las obligaciones contraídas por las partes y no específicamente a las contractuales, creando una situación un tanto nublosa en la división entre orden jurídico nacional e internacional. Argumenta que la teoría de la elevación del alcance de la cláusula paraguas al tratado se justifica por el objeto y fin del TBI, por lo que «una interpretación en contrario privaría al inversor de un recurso legal garantizado a nivel internacional respecto de los contratos de inversión que haya celebrado con el Estado receptor»¹⁴⁹.

Ahora bien, si para estos dos últimos tribunales los reclamos contractuales son elevados como reclamos del TBI, la cláusula de estabilidad no tiene sentido, carecería así de un alcance amplio, cuestión con la que no estamos de acuerdo. Considerar todo reclamo contractual como un reclamo basado en un TBI no solo priva a la cláusula de estabilidad de su amplio alcance, sino que resultaría innecesaria la propia existencia del tratado. De admitirse la interpretación realizada por ambos tribunales se consideraría entonces que toda violación legal de un Estado —no solo las contractuales que se deriven de una inversión— deben ser consideradas como una violación del TBI. De ser así, sin interesar el origen de las obligaciones y la gravedad del incumplimiento, resultaría suficiente establecer un único artículo con la cláusula paraguas en los TBI y un mecanismo de solución de controversias para proteger las inversiones extranjeras, sin necesidad de

¹⁴⁷ *Noble Ventures, Inc. vs. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11. Laudo, de 12 de octubre de 2005.

¹⁴⁸ *Ibidem*, paragraph. 54

¹⁴⁹ *Ibidem*, paragraph. 52.

incorporar otros artículos¹⁵⁰, teniendo en cuenta el efecto transformador que tiene la cláusula paraguas al convertir los reclamos contractuales en reclamos basados en el tratado.

Ante la apariencia de uniformidad en la jurisprudencia arbitral de inversiones que nos han hecho creer durante los últimos años, una vez analizados los casos anteriores, podemos percatarnos que la realidad es totalmente distinta¹⁵¹. Las decisiones de los tribunales arbitrales y de los Comité *ad hoc* analizados antes nos demuestran la existencia de una inconsistencia, de una falta de coherencia de las decisiones arbitrales en el arbitraje CIADI, llegando a provocar ciertos perjuicios en el arbitraje internacional¹⁵², teniendo como principal causa la ausencia de un mecanismo formal de apelación que permita, a su vez, la creación de un precedente sólido en el sistema arbitral. Con la estructura descentralizada del CIADI resulta muy difícil poder lograr un cuerpo jurisprudencial coherente, teniendo en cuenta la carencia de un nivel jerárquico, primando una relación totalmente horizontal en la que los tribunales se constituyen *ad hoc* para conocer de un caso concreto. Aunque el peligro de resoluciones inconsistentes se puede presenciar en cualquier sistema legal, aun y cuando exista un sistema de precedente vinculante, en el arbitraje de inversiones cada caso se considera único, lo que hace mucho más difícil lograr la tan aclamada y necesaria consistencia y coherencia de los laudos. Es por ello, que la práctica arbitral nos demuestra la necesidad de creación de un TPA que contribuya a unificar criterios y consolidar un precedente arbitral basado en la coherencia de las decisiones arbitrales, una armonización de los criterios interpretativos de los árbitros cuando tengan que conocer de un tratado internacional y hasta del derecho aplicable a la solución del litigio.

De esta manera, podemos evitar que los tribunales arbitrales ante cuestiones comunes o que se relacionan entre sí continúen dictando laudos contradictorios, lo que resulta imposible de lograr con los actuales Comité *ad hoc* del CIADI que han sido creados con el único objetivo de asegurar que el tribunal arbitral haya cumplido ciertas cuestiones procedimentales, encontrándose privados de poder criticar o reemplazar los criterios utilizados por los tribunales por el suyo propio. Esto acarrea problemas no solo de calidad en el procedimien-

¹⁵⁰ *EI Paso Energy International Company vs. la Republica Argentina*, *op.cit...* párraf. 76.

¹⁵¹ PASCUAL VIVES, F. J., «Unión Europea e inversiones: mecanismos de solución de controversias. La unión europea y el arbitraje de inversión en el ceta y el TTIP», *REDI*, Vol. 69/1, 2017, p. 292.

¹⁵² LOZADA PIMIENTO, N.E., *El mecanismo de anulación...op.cit...*, p. 22.

to arbitral, sino también una existencia de impredecibilidad en los estándares de anulación en el arbitraje CIADI. Un TPA en los arbitrajes del CIADI contribuye a una mayor previsibilidad y seguridad del sistema arbitral respecto de las partes tanto para los Estados como los propios inversores. Ahora bien, la existencia de un TPA no debe ser interpretada como una forma de coartar o limitar las funciones del tribunal arbitral para impedir la existencia de pronunciamientos distintos entre los tribunales arbitrales. Todo lo contrario, resulta legalmente admisible la existencia de interpretaciones distintas por los tribunales arbitrales siempre que las razones del caso así lo permitan.

La creación de un TPA en el arbitraje CIADI puede verse inspirado en el Órgano de Apelaciones de la OMC. El Órgano de Apelación de la OMC ha desarrollado una importante función al crear una jurisprudencia sólida del órgano de solución de conflictos de dicha institución, a partir de la creación de una línea de interpretación consistente y coherente de los acuerdos de la OMC. Consecuentemente, resulta muy común que los miembros de la OMC citen y tengan en cuenta en las comunicaciones que les entregan a los Grupos Especiales en los procedimientos de solución de controversias, los informes emitidos por el Órgano de Apelación, informes que pueden ser tenidos en cuenta, además, por los propios Grupos Especiales en sus razonamientos a la hora de resolver cualquier diferencia siempre que sea posible su aplicación al caso, propiciando de esta manera mayor legitimidad del procedimiento¹⁵³. Esto ha facilitado que el Órgano de Apelación de la OMC sea considerado como una autoridad interpretativa de los acuerdos de la OMC, desarrollando una jurisprudencia consistente y coherente¹⁵⁴. Consecuentemente, el ejemplo de la OMC puede ser también considerado en el ámbito del CIADI. Obviamente, al basarse el arbitraje de inversiones en un TBI el futuro tribunal aquí propuesto tendrá que enfrentar, como primer inconveniente, el elevado número de acuerdos o tratados vigentes, siendo muy amplio el universo de tratados a interpretar y que no podrán interpretarse de manera conjunta, sino individual, teniendo en cuenta, además, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1980.

¹⁵³ Véase, Reporte del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Prohibición de Importar Ciertos Camarones y sus Productos- Recurso de Malasia al Párrafo 5 del Artículo 21 del ESD, WT/DS58/AB/RW, adoptado el 21 de noviembre de 2001, párrafos 108-109; Reporte del Órgano de Apelación, Japón — Impuestos Sobre las Bebidas Alcohólicas, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1 noviembre de 1996, p. 14.

¹⁵⁴ LÓPEZ LINALDI, L.A., La necesidad de crear un órgano de apelación... *op.cit.*..., p. 50.

No obstante, nada impide que el propio TPA pueda desarrollar una línea general de interpretación sobre aquellas cuestiones que guarden similitud entre ellas, a partir de las semejanzas estructurales presentes en los actuales AII. De esta manera, se le da respuesta a la necesidad de consistencia en la correcta interpretación de los APPRI. Pero no solo desde el punto de vista de los APPRI, el TPA en el desarrollo de sus funciones deberá tener en cuenta y aplicar los Reglamentos y el Convenio del CIADI, por lo que también contribuirá a una mejor interpretación de dichos instrumentos, que los mismos puedan ser interpretados de forma coherente por todos los operadores del arbitraje de inversión CIADI. En este sentido, disminuiría considerablemente el número de casos en los que antes cuestiones comunes, las decisiones e interpretaciones de los tribunales fuesen contradictorias.

El TPA del CIADI que proponemos debe estar revestido de la máxima autoridad institucional, contar con amplias facultades para la revisión del laudo. La doctrina defiende la posibilidad de establecer dos fases, previo a la emisión definitiva del laudo y posterior al mismo, estando de acuerdo con la última de ellas. En cuanto a la última de las fases, nos referimos al procedimiento de apelación, en el que el tribunal pueda realizar una revisión del fondo del laudo¹⁵⁵ a diferencia de lo que establece actualmente la Convención del CIADI, un sistema de anulación con el que resulta imposible poder lograr una jurisprudencia coherente¹⁵⁶. Sin embargo, en relación con el procedimiento de revisión del laudo por el TPA antes de su emisión final, momento este con el que manifestamos nuestra disconfomidad, la doctrina defiende que le permite a las partes y al propio tribunal arbitral la posibilidad de esclarecer alguna cuestión específica de la controversia, la corrección de algún error o cuestión concreta¹⁵⁷, o en su defecto, algún razonamiento expuesto por los árbitros que pudiera contradecir algunos de los criterios de interpretación asumidos por el TPA. Este procedimiento no solo contribuye a una mayor economía procesal para las partes, al evitar una prolongación del procedimiento y reducir las posibilidades de que el mismo pueda llegar a un proceso de anulación del laudo, así como mayor rentabilidad económica para las partes, sino también reemplazaría los procedimientos de suplementación y

¹⁵⁵ KAUFMANN-KOHLER, G., *Annulment of ICSID Awards...op.cit....*, p. 190.

¹⁵⁶ KIM, D., «The Annulment Committee's Role in Multiplying Inconsistency in ICSID Arbitration: The Need to Move Away from an Annulment-Based System», *New York University Law Review*, Vol. 86, No. 1, 2011, p. 275.

¹⁵⁷ WALSH, T.W., «Substantive Review of ICSID Awards: Is the Desire for Accuracy Sufficient to Compromise Finality», *BJIL.*, Vol. 24, No. 2, 2006, p. 457.

rectificación actualmente establecidos en el CIADI¹⁵⁸, quedando como etapa posterior a la emisión del laudo la apelación.

De esta manera, se incide en que los tribunales arbitrales tengan en cuenta en la resolución de los litigios las decisiones del TPA, ya que evitarían dictar un laudo que pueda ser anulado. En este sentido, las decisiones del TPA tendrían un efecto persuasivo, consolidándose así el desarrollo de un precedente arbitral que será tenido en cuenta por todos los operadores del sistema. Por supuesto, dicha propuesta es posible siempre que exista una transparencia obligatoria del procedimiento arbitral y de los laudos, sin el conocimiento de estos resulta imposible llevar a buen término la propuesta aquí presentada. El precedente puede ser conocido ampliamente siempre que se conozcan los laudos arbitrales, favoreciendo de esta manera el acceso público a las decisiones arbitrales. De esta manera, será un referente para procedimientos arbitrales posteriores¹⁵⁹. La certeza y previsibilidad de las conclusiones del propio procedimiento arbitral estarían basadas o fundamentadas en la confianza del precedente que pueda existir a través de casos anteriores, lo que puede ser un motivo influyente en la decisión de las partes a la hora de elegir el arbitraje para la solución de sus conflictos, permitiendo, a su vez, el aumento de la transparencia en el arbitraje internacional.

En suma, ante el elevado número y la gran variedad de TBI existentes actualmente, la alternativa más razonable y eficiente que permite la consistencia y coherencia de los laudos arbitrales y el desarrollo de un precedente arbitral en el CIADI es la creación de un TPA que, como unidad estructural única, dentro de la estructura del CIADI tenga competencias para revisar todos los laudos dictados por los tribunales arbitrales constituidos bajo el Convenio CIADI. Por supuesto, para poder implementar en la actualidad la propuesta presentada se necesita una modificación del Convenio CIADI, y para ello, es necesario el consentimiento de los Estados Parte, ya que los inversores no tienen facultad para alterar el Convenio CIADI¹⁶⁰, lo que parece muy difícil de lograr. Sin embargo, teniendo en cuenta que algunos Estados han ido demostrando su voluntad al establecer en sus TBI la opción de revisión del laudo ante un órgano de apelación —como son los Estados Parte del DR-CAFTA, el TBI entre Estados Unidos y

¹⁵⁸ LÓPEZ LINALDI, L.A.: La necesidad de crear un órgano de apelación... *op.cit.*..., p. 61.

¹⁵⁹ KWIATKOWSKA, B.: The Australian and New Zelanda...*op.cit.*..., p. 261.

¹⁶⁰ WALSH, T.W.: Substantive Review of ICSID Awards...*op.cit.*..., p. 445.

Uruguay del 2005¹⁶¹—, consideramos como una opción viable a través de la cual se puede implementar la creación del TPA del CIADI, sin necesidad de tener que modificar el Convenio, mediante la elaboración de un «Protocolo Adicional»¹⁶² al Convenio. A través del cual los Estados manifiesten su voluntad para establecer, específicamente, la creación de dicho tribunal. Este Protocolo sería de aplicación para los Estados firmantes¹⁶³, lo que resulta mucho más asequible, contribuyendo así a una mayor consistencia del propio Derecho internacional de las inversiones.

Consideramos que el actual sistema de anulación del CIADI debe ser modificado si queremos lograr una jurisprudencia arbitral consistente y coherente¹⁶⁴. Casos como *CMS vs Argentina* analizados antes demuestran que aun y cuando el Comité *ad hoc* ha detectado errores de derecho, omisiones en los laudos arbitrales, han tenido que reconocer que carecían de potestad para modificar cualquier decisión, teniendo en cuenta el reducido margen de actuación que tienen. Creemos que el CIADI como institución debe aumentar sus esfuerzos por crear un mecanismo de apelación. La coherencia y corrección a la hora de tomar cualquier decisión arbitral debe ser el objetivo principal¹⁶⁵, la esencia fundamental del procedimiento arbitral, lo que garantizaría una mayor credibilidad y reforzaría mucho más la legitimidad del sistema¹⁶⁶.

¹⁶¹ Según lo establecido en el Anexo E «Posibilidad de un Mecanismo Bilateral de Apelación», al establecer: «Dentro de los tres años posteriores a la entrada en vigor de este Tratado, las Partes analizarán la posibilidad de establecer un órgano bilateral de apelación o un mecanismo similar, para revisar laudos dictados bajo el Artículo 34, en arbitrajes iniciados luego de haberse establecido dicho órgano de apelación o mecanismo similar».

¹⁶² LÓPEZ LINALDI, L.A., La necesidad de crear un órgano de apelación... *op.cit.*..., p. 62.

¹⁶³ En virtud del Art. 41.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1980, que establece; «Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas: a) Si la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado; o b) Si tal modificación no está prohibida por el tratado, a condición de que: i) No afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y ii) No se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto».

¹⁶⁴ LÓPEZ RODRÍGUEZ, A.M.: «El Sistema de Tribunales de Inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo», *Cuadernos Europeos de Deusto*, No. 57, 2017, p. 38.

¹⁶⁵ LAIRD, I., ASKEW, R.: Finality versus Consistency...*op.cit.*..., p. 287.

¹⁶⁶ BOTTINI, G.: «Reform of the Investor-State Arbitration Regime: the Appeal Proposal», *Transnational Dispute Management*, Vol. 11(1), 2014, p. 8; NGANGJOH-HODU, Y., AJIBO, C.C.: «ICSID Annulment Procedure and the WTO Appellate Sys-

El TPA que proponemos en el ámbito del CIADI pudiera también ser extrapolado al ámbito internacional. El mismo puede ser perfectamente admisible para todos los procedimientos de arbitraje de inversiones si así lo establecen las respectivas reglas arbitrales aplicables, teniendo en cuenta que bajo las reglas arbitrales de la CNUDMI también existen casos, que al igual que en el CIADI, resultan muy preocupantes por el carácter contradictorio de los laudos obtenidos; por ejemplo, en los casos *CME Czech Republic B.V. vs. The Czech Republic*¹⁶⁷ y *Ronald S. Lauder vs. Czech Republic*¹⁶⁸, cuyas decisiones demuestran una vez más la necesidad de crear un TPA, resumiendo el caso, el Sr. Lauder accionista de *CME* presentó un arbitraje bajo el TBI entre Estados Unidos y República Checa, mientras que *CME* presentaba también otra reclamación, esta vez bajo el TBI entre Netherlands y Czech Republic. Sin embargo, entre los hechos y la ley subyacente a ambos litigios existía gran similitud. Algunos autores¹⁶⁹ consideran que ambos arbitrajes eran idénticos, con la única diferencia en los TBI en que se basan y los demandantes, aunque entre estos últimos existía relación entre ellos. Sin embargo, los laudos de ambos procedimientos fueron totalmente distintos. Mientras que el Sr. *Lauder* obtuvo un laudo en contra, la empresa *CME* obtuvo un laudo a su favor. Con la existencia de un TPA, quizás otro hubiese sido el resultado, o ambas reclamaciones se hubiesen consolidado en un único arbitraje, tal y como sucede en el TLCAN¹⁷⁰.

En cuanto a la creación de un Tribunal Internacional de Inversión (TII) para lograr una mayor consistencia, coherencia y transparencia de los laudos arbitrales. Centraremos nuestro análisis en una propuesta de instrumento a través del cual se puede implementar el tribunal sin necesidad de llevar a cabo una modificación de los TBI y al que los Estados puedan adherirse fácilmente. En este sentido, proponemos adoptar el enfoque establecido en la Convención de Mauricio sobre la Transparencia en un instrumento internacional, cuestión que no ha sido tratada en las propuestas presentadas por varias instituciones u organismos internacionales. Ahora bien, ante la existencia de un TII resulta muy difícil que el TPA propuesto para el CIADI pueda sobrevivir, teniendo en cuenta que la finalidad con la que se propone actualmente un TII es la de prescindir del arbitraje CIADI.

tem: The Case for an Appellate System for Investment Arbitration», *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6(2), 2015, pp. 328.

¹⁶⁷ *CME Czech Republic B.V. vs. The Czech Republic*, UNCITRAL. Final Award, 2003.

¹⁶⁸ *Ronald S. Lauder vs. Czech Republic*, UNCITRAL. Final Award, 2001.

¹⁶⁹ LAIRD, I., ASKEW, R.: Finality versus Consistency...*op.cit.*..., pp. 299-300.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 300.

IV.B. La creación de un Tribunal Internacional de Inversión

La creación de un TII, podría parecer una tarea colosal por cuanto requiere de consenso político y cuestiones diplomáticas entre los Estados, teniendo en cuenta las cuestiones complejas que abarca, tales como, su estructura; la forma en que se pueden adherir los Estados al mecanismo de solución de controversias, incluyendo el mecanismo de apelación; la forma de interpretación de los acuerdos entre las partes y la transparencia y ejecución de los laudos. Sin embargo, a pesar de la gran envergadura de la cuestión¹⁷¹, el consenso inicial no tiene por qué ser universal. Un TII podría iniciar su andadura como una iniciativa multilateral o regional¹⁷², con opciones para los Estados que deseen incorporarse. Incluso algunos autores han considerado que dicho tribunal puede crearse como un órgano más de la actual Corte Internacional de Justicia¹⁷³.

En oposición con los limitados logros obtenidos en cuanto a la creación de un mecanismo de apelación, en los últimos años ha habido un interés significativo por la creación de un TII. La Comisión Europea en las negociaciones de sus TLC ha realizado innovadoras propuestas a sus socios comerciales. En particular, ante la presión de los EEUU para mantener el convencional sistema de solución de controversias, la UE expresó su determinación de reemplazar el sistema de solución de controversias inversor-Estado por un Tribunal Permanente de Inversión en el contexto de las negociaciones del TTIP con los EE.UU.¹⁷⁴. En dichas negociaciones el capítulo de solución de controversias ha generado grandes polémicas en la opinión pública¹⁷⁵, debido a la presión de la sociedad civil, ONGs, el Parlamento Europeo y hasta algunos Estados miembros, lo que ha provocado que dicho capítulo continúe en negociación. Mientras, en el CETA con Canadá y

¹⁷¹ RODRÍGUEZ VICENTE, M.: «¿Es necesario un tribunal multilateral de inversiones?», *Boletín Económico de ICE*, 2017, p. 21.

¹⁷² GARCÍA-BOLÍVAR, O.E.: *La crisis del derecho internacional...op.cit.*, p. 161.

¹⁷³ QURESHI, A.H.: «An Appellate System in International Investment Arbitration?», in MUCHLINSKI, P., ORTINO, F., SCHREUER, C.: *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 1165.

¹⁷⁴ Véase, MALMSTRÖM, C.: «Investment in TTIP and beyond — the path for reform, Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court», *Concept Paper*, 2015; European Commission, *Report on the online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP) commission Staff*, Commission Staff Working Document, 2015.

¹⁷⁵ BEDOYA, F., RAMÍREZ, J.L.: «Un sistema de Corte Permanente como alternativa al arbitraje de inversión: Ventajas y Desventajas», *Revista del Club español del arbitraje*, 2016, p. 39.

los TLC con Vietnam y Singapur sí tuvo cabida la creación del Tribunal Permanente de Inversión, el cual se compone por un Tribunal de Primera Instancia y un Tribunal de Apelación¹⁷⁶, es decir, en estos tres últimos tratados se han reconocido dos instancias para la solución de controversias, ante las cuales podrá presentarse reclamaciones bajo las Reglas de arbitraje del CIADI, la CNUDMI, o cualquier otra que las partes acuerden, teniendo el Tribunal de Apelación facultades para confirmar, modificar o anular un laudo¹⁷⁷.

El TII tendría como funciones, entre otras, conocer de las controversias que surjan en base a un tratado de inversión, promover una mayor transparencia del procedimiento, velar por el cumplimiento de los derechos de los Estados y los inversores y garantizar un mecanismo eficiente de resolución de controversias, incluyendo el sistema de apelación del laudo. Ahora bien, teniendo en cuenta que el mecanismo de apelación propuesto en el epígrafe anterior en relación con el CIADI no dista mucho del que pudiera exigirse con la creación de un TII, nos dedicaremos, en el presente epígrafe, a analizar la importancia que tiene el TII en la creación del precedente arbitral y la transparencia en los laudos arbitrales, así como el mecanismo para implementar dicha propuesta, cuestiones que no han sido tratadas en los estudios o propuestas de creación del mencionado tribunal y que consideramos trascendentales para lograr una mayor transparencia en el arbitraje de inversiones. No será objeto de análisis la estructura, composición y funcionamiento general del tribunal, son cuestiones que han sido tratadas en las propuestas realizadas por la propia Comisión Europea y otras iniciativas a nivel internacional.

La creación de un TII contribuirá significativamente a la creación de una jurisprudencia arbitral coherente y de un precedente arbitral necesario para la consistencia de las decisiones arbitrales. Para ello, un tema fundamental a considerar es qué tipo de sistema de control debe ser aplicado a los laudos de primera instancia, a diferencia del actual sistema restringido de revisión que impera en los laudos arbitrales del CIADI. El principal desafío al respecto es el diseño de un marco que logre establecer un «equilibrio entre la necesidad de un mecanismo eficiente de resolución de la controversia y la protección de la integridad del procedimiento y la corrección de las decisiones

¹⁷⁶ CETA, Chapter 8 Section F; EU-Vietnam FTA, Chapter 8.II Section 3. CETA, Article 8.28.1; EU-Vietnam FTA, Article 13(1); EU-Singapore Investment Protection Agreement, Chapter 2.

¹⁷⁷ CETA, Article 8.28.2; EU-Vietnam FTA, Article 28(2)-(3).

arbitrales»¹⁷⁸. Mientras mayor sea la exigencia de integridad y revisión del laudo mayor será la consistencia de las decisiones arbitrales y hasta del propio Derecho internacional de las inversiones, incidiendo también en la imparcialidad del procedimiento arbitral.

En este sentido, consideramos que el tribunal aquí propuesto debe tener dos sistemas de control del laudo muy bien establecidos¹⁷⁹, dígase la anulación y la apelación. El mecanismo de apelación permite un mayor análisis del procedimiento, ya que estaría enfocado en la integridad de este y la corrección de fondo, sustancial, de todas las decisiones arbitrales. El tribunal de apelación se encontraría facultado para revertir, confirmar, modificar, o remitir el laudo a primera instancia con las instrucciones necesarias, coincidiendo con el tribunal propuesto en el CIADI en el epígrafe anterior. Mientras que la anulación permitirá considerar si a pesar de los errores cometidos en la aplicación de la ley o la interpretación de los hechos, el laudo obtenido ha sido resultado de un proceso cualitativamente sólido, permitiéndole al tribunal decidir anular o no el laudo¹⁸⁰.

Ahora bien, en cuanto al valor del precedente de las resoluciones del TII, debe considerarse si las decisiones de apelación surtirían efecto únicamente para las partes contendientes o deberían tener un efecto mucho más amplio. Al respecto, aunque el TII puede surgir de un AII, como veremos más adelante, consideramos que para poder lograr el verdadero efecto del precedente y la transparencia de los laudos arbitrales no resulta útil limitar los efectos de las resoluciones del tribunal únicamente al tratado entre las partes, teniendo en cuenta la permanencia del tribunal ante los actuales tribunales *ad hoc* existentes en el sistema de solución de controversias y la existencia de litigios idénticos que surgen en el marco de un AII. Los Estados deben valorar con detenimiento la conveniencia de crear un tribunal único de inversiones y principalmente la obligación de transparencia y del precedente durante todo el procedimiento. La existencia de un TII con una instancia de apelación mejoraría la consistencia, corrección y precisión de las decisiones arbitrales y la coherencia de la jurisprudencia arbitral, lo que puede favorecer una mayor legitimidad del arbitraje y confianza hacia el sistema arbitral.

¹⁷⁸ KAUFMANN-KOHLER, G., POTESTÀ, M., «Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism?», *Geneva Center for International Dispute Settlement*, 2016, p. 44.

¹⁷⁹ CARON, D.D., «Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal», *ICSID Foreign Investment Law Journal*, Vol. 7(1), 1992, pp.21-56.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 24.

La creación de un TII y las exigencias de ejecución de sus laudos arbitrales resulta crucial para la efectividad del sistema arbitral. En este sentido, se favorece a la existencia de un cuerpo uniforme de laudos arbitrales y hasta del propio régimen de ejecución de los laudos, siendo esta su razón principal. Ahora bien, para ello resulta importante la elección del mecanismo a través del cual pueda llevarse a cabo la implementación del tribunal y que permita la obligación de hacer cumplir las decisiones que emanan del mismo, teniendo en cuenta que no todos los Estados cuentan con igual sistema legal para hacer cumplir las sentencias internacionales¹⁸¹. Además, coincidiendo con algunos autores¹⁸², creemos que el sistema propuesto por la UE para multilateralizar la creación del TII no es del todo adecuado. Dicha propuesta nace de un TLC obligatorio para las partes y al que no pueden incorporarse otros Estados.

El mecanismo a través del cual se puede implementar el TII debe tener obligatoriamente un alcance internacional, para propiciar que pueda ser asumido fácilmente por los Estados. Al respecto, teniendo en cuenta la transparencia como uno de los objetivos del trabajo y la relevancia que ha tenido la Convención de Mauricio sobre la Transparencia en el arbitraje de inversiones, creemos que una adaptación del enfoque existente en dicha Convención puede ser interesante para la implementación del TII, a partir del alcance global de dicho instrumento, lo que resulta muy ventajoso ante la modificación de los actuales tratados.

Adoptar un instrumento internacional permite que los Estados puedan adherirse al mismo con mayor facilidad, evitando así tener que realizar una modificación de cada uno de sus tratados, lo que resultaría mucho más complejo y costoso en cuestiones de tiempo, teniendo en cuenta el alto número de tratados existentes. En otras palabras, mediante una Convención internacional resultaría mucho más fácil modificar las disposiciones en materia de solución de controversias actualmente vigentes en los tratados de inversión, permitiendo así establecer un verdadero sistema multilateral de resolución de controversias de inversiones¹⁸³, logrando un único TII con amplias competencias para resolver las controversias en materia de inversio-

¹⁸¹ FRIMPONG OPPONG, R., NIRO, L.C., «Enforcing Judgments of International Courts in National Courts», *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 5(2), pp. 334-371.

¹⁸² LÓPEZ RODRÍGUEZ, A.M., *El Sistema de Tribunales de Inversión...op.cit...* p. 45.

¹⁸³ KAUFMANN-KOHLER, G., POTESTÀ, M.: *Can the Mauritius Convention...op.cit...*p. 31.

nes entre los Estados que se acojan al instrumento. De esta manera, se evita la actual inconsistencia de los laudos en el arbitraje de inversiones, propiciando un paso de avance global y no bilateral, de una «arquitectura bilateral a una multilateral»¹⁸⁴ en las reformas del sistema de arbitraje de inversiones.

Otra de las ventajas que se tiene con la adopción del mencionado instrumento es que solo trataría de una parte de los actuales tratados, es decir, se centraría en la solución de controversias, sin necesidad de tener que implementar otras reformas sustanciales de los actuales AII, lo que puede vaticinar mejores éxitos. Concretamente, a través del instrumento propuesto, se lograría que los actuales AII continúen con todas sus obligaciones establecidas por las partes con excepción de las relacionadas con la solución de controversias que se establecerían en la Convención internacional. En este sentido, debemos reconocer que no se lograría una uniformidad absoluta¹⁸⁵ de todos los AII, ya que el resto de las cláusulas de ley aplicable, normas sustantivas, continuarían tal y como se han establecido en los diferentes acuerdos. Sin embargo, inicialmente se lograría una coherencia en la aplicación e interpretación de un mismo acuerdo de solución de controversias por el TII, incluso, aunque siga vigente el amplio número de TBI existente. Es de esperar que la existencia de un tribunal permanente, a diferencia de uno *ad hoc*, contribuya mucho más a la coherencia, como reconocen algunos autores, teniendo en cuenta la «tradición, continuidad y colegialidad inherentes a los tribunales permanentes»¹⁸⁶. Por supuesto, la propuesta de implementación del TII a través de un

¹⁸⁴ Ídem. Además, tal y como lo reafirman varios TLC, entre otros, el Art. 8.29 del CETA, al reconocer: «*The Parties shall pursue with other trading partners the establishment of a multilateral investment tribunal and appellate mechanism for the resolution of investment disputes. Upon establishment of such a multilateral mechanism, the CETA Joint Committee shall adopt a decision providing that investment disputes under this Section will be decided pursuant to the multilateral mechanism and make appropriate transitional arrangements*»: el Capítulo 15 del TLC entre EU-Vietnam; el Article 28(10) del Modelo de TBI de los Estados Unidos de 2012, al establecer: «*In the event that an appellate mechanism for reviewing awards rendered by investor-State dispute settlement tribunals is developed in the future under other institutional arrangements, the Parties shall consider whether awards rendered under Article 34 should be subject to that appellate mechanism. The Parties shall strive to ensure that any such appellate mechanism they consider adopting provides for transparency of proceedings similar to the transparency provisions established in Article 29*».

¹⁸⁵ No obstante, como señala KARTON, «la literatura reconoce que la uniformidad absoluta, en el sentido de resultados idénticos alcanzados en todos los casos análogos, es probablemente indeseable y ciertamente imposible»; KARTON, J.D.H., *Reform of Investor-State Dispute Settlement: Lessons from International Uniform Law*, *Queen's University Faculty of Law*, 2015, p. 7.

¹⁸⁶ KAUFMANN-KOHLER, G., POTESTÀ, M.: *Can the Mauritius Convention...* *op.cit.*...pp. 31-32.

instrumento internacional solo sería posible siempre que los Estados manifiesten su consentimiento para reformar el actual sistema de resolución de controversias de inversión.

En suma, desarrollar reformas sustantivas mucho más amplias en el actual sistema de arbitraje inversor-Estado que abarquen más allá de la solución de controversias resulta muy complejo. Con un aumento de los estándares de transparencia durante todo el procedimiento y que sea controlado por el propio tribunal, demuestra que el enfoque desarrollado en la Convención de Mauricio puede ser un cauce importante para implementar con éxito el TII. Por supuesto, siempre que los Estados manifiesten su interés y consentimiento para iniciar una reforma multilateral para dirimir las controversias en el arbitraje inversor-Estado. Mediante este mecanismo, el TII contribuiría a crear una consistencia en la interpretación de los tratados en relación con la solución de controversias y un mejor entendimiento de los principios que rigen la protección de las inversiones, haciendo que el sistema de arbitraje inversor-Estado sea mucho más previsible y seguro¹⁸⁷.

V. CONCLUSIONES

La práctica arbitral demuestra que el precedente, si bien no es obligatorio, tiene un importante reconocimiento y puede ser perfectamente posible en el arbitraje internacional. Sin embargo, consideramos que el sistema arbitral carece de una sólida estructura en el procedimiento a través de la cual pueda consolidarse el precedente arbitral y, de esta manera, incidir también en la creación de reglas arbitrales que lo establezcan, eliminando así la hostilidad de las instituciones arbitrales al respecto.

La necesidad de un cuerpo jurisprudencial en el arbitraje al que el público pueda tener acceso, consultarlos detenidamente, resulta necesario. El beneficio de poder consultar los laudos arbitrales proporcionaría un modelo educativo valioso para los árbitros que contribuiría al más alto propósito de desarrollar una jurisprudencia y práctica arbitral más consolidada, así como fomentar la coherencia en el proceso arbitral. Este cuerpo jurisprudencial no solo beneficiaría a las partes en la preparación de sus casos, también propiciaría el intercambio de conocimientos y experiencias lo que, sin duda, favorecería a la existencia de críticas constructivas que puedan ser tenidas

¹⁸⁷ RODRÍGUEZ VICENTE, M., Es necesario un tribunal multilateral de inversiones...*op.cit.*, p. 25.

en cuenta en las fundamentaciones que sustentan los propios laudos arbitrales.

La implementación de un TPA en el arbitraje CIADI permitiría una mayor institucionalización del sistema, incidiendo positivamente en el establecimiento de una relación de equilibrio entre las partes en litigio y los árbitros o jueces facultados para decidir, en una segunda instancia, las cuestiones que le sean sometidas. El TPA tendría mayor independencia en sus actuaciones en relación con el resto de los tribunales arbitrales. Pero para lograr la máxima independencia resulta imprescindible la existencia de mecanismos de control que garanticen que el tribunal pueda desarrollar su actividad en base a las competencias atribuidas, evitando así una extralimitación del ejercicio de sus funciones.

El enfoque adoptado en la Convención de Mauricio puede favorecer a la creación de un instrumento multilateral que favorezca a la implementación de un TII. Para la elaboración de tal instrumento se puede tener en cuenta; primero, la elaboración del acuerdo o cláusula de solución de controversia a través de la cual los Estados Parte se obliguen a acudir al TII para la resolución de sus controversias, es decir, las cuestiones sustantivas del instrumento y; en segundo lugar, que dicho instrumento tenga un rango de Convención multilateral, que pueda extender sus efectos a los TBI vigentes actualmente. En este sentido, se crea un verdadero sistema multilateral de solución de controversias, dando como resultado la creación de un TII con amplias competencias para dirimir las diferencias surgidas en la materia. De esta manera, se evita que los Estados tengan que realizar una modificación sustantiva de sus actuales tratados, cuestión de máxima complejidad. Además, se contrarresta la actual inconsistencia y la falta de coherencia de la jurisprudencia arbitral.

El TII supone una importante transformación frente al actual sistema de arbitraje de inversiones, el cual, con su doble composición de primera instancia y una segunda de apelación, supone un movimiento hacia una institucionalización permanente del arbitraje de inversiones, otorgando mayor estabilidad y previsibilidad al sistema. No obstante, resulta trascendental en el proceso de creación del TII implicar a la opinión pública, darle participación a la sociedad civil, de esta forma se le concede una mayor legitimidad al sistema.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Ávila, G., «Las características del arbitraje del CIADI». *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2002.
- Bentolila, D., «Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2012.
- Berger, K.P., «International Arbitration Practice and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts», *AM. J. COMP. L.*, Vol. 46, 1998.
- Bhatia, V., Candlin, Ch., Sharma, R., «Confidentiality and Integrity in International Commercial Arbitration Practice», *Arbitration*, Vol. 75, No. 1, 2009.
- Blavi, F., «A Case in Favour of Publicly Available Awards in International Commercial Arbitration: Transparency v Confidentiality», *INT'L BUS. L. J.*, Vol. 1, 2016.
- Born, G., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Segunda Edición, The Netherlands, 2014.
- Brenowitz, S., «Deadly Secrecy: «The Erosion of public information under private justice», *Ohio Student Journal on Dispute Resolution*, No. 19, 2004
- Carmody, M., «Overturning the Presumption of Confidentiality: Should the UNCITRAL Rules on Transparency be applied to International Commercial Arbitration?», *INT'L TRADE & BUS. L. REV.*, Vol. 19, 2016.
- «Towards a Political Theory of International Courts and Tribunals», *BJIL.*, Vol. 24, 2006.
- «Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal», *ICSID Foreign Investment Law Journal*, Vol. 7(1), 1992.
- Cheng, T.H., «Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration», *Fordham International Law Journal*, Vol. 30, No. 4, 2006.
- Commission, J.P., «Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence», *JIA*, Vol. 24, 2007.
- Crawford, J., «Similarity of Issues in Disputes Arising under the Same or Similarly Drafted Investment Treaties», in Gaillard, E., Banifatemi, Y.: *Precedent in international arbitration*, Juris Arbitration, 2008.

- Dessemontet, F., «Arbitration and confidentiality», *ARIA*, No. 7, 1996, p. 318.
- Dugan, CH.F., Wallace, D.Jr., Rubins, N., Sabahi, B., *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Fauchald, O.K., «The Legal Reasoning of ICSID Tribunals — An Empirical Analysis», *European Journal of International Law*, Vol. 19, 2008.
- Feldman, M., «Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Power», *ICSID Review*, Vol. 32, No. 3, 2017.
- Fernández Arroyo, D.P., «El auge del arbitraje frente al debate sobre su legitimidad» en *Jornadas sobre The Transformation of Enforcement*, Instituto Universitario Europeo de Florencia, 2013.
- Franck, S.D., «Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law», *MGBDLJ*, Vol. 19, 2007.
- Frimpong Oppong, R., Niro, L.C., «Enforcing Judgments of International Courts in National Courts», *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 5(2), pp. 334-371.
- García-Bolívar, O.E., «La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras: propuestas de reforma», *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. Año 3, No. 5, 2015.
- García Da Fonseca, R., De Luiz Correia, A., «The Limits of Confidentiality in arbitration: A Brazilian perspective», *Y.B. ON INT'L ARB.*, Vol. 3, 2013.
- Henkel, CH., «The Work-Product Doctrine as a Means toward a Judicially Enforceable Duty of Confidentiality in International Commercial Arbitration», *N.C. J. OF INT'L L.*, Vol. 37, 2012
- Hobér, K., *Selected Writings on Investment Treaty Arbitration*, 1st Ed., Studentlitteratur, Lund, 2013.
- Hodges, P., «The Perils of Complete Transparency in International Arbitration — Should Parties Be Exposed to the Glare of Publicity?», *PARIS J. OF INT'L ARB.*, Vol. 3, 2012.
- Ishikawa, T., «Keeping Interpretation in Investment Treaty Arbitration “on Track”: The Role of States Parties» in Kalicki, J., Joubin-Bret, A. (Eds.): *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015.

- Karton, J.D.H., «Reform of Investor-State Dispute Settlement: Lessons from International Uniform Law», *Queen's University Faculty of Law*, 2015.
- Kaufmann-Kohler, G., Potestà, M., «Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of Investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism?», *Geneva Center for International Dispute Settlement*, 2016.
- Kaufmann-Kohler, G., «Annulment of ICSID Awards in Contracts and Treaty Arbitrations: Are there Differences?», in Gaillard, E., Banifatemi, Y. (Eds.): *Annulment of ICSID Awards, IAI Series No.1*, Juris Publishing, New York, 2004.
- Kim, D., «The Annulment Committee's Role in Multiplying Inconsistency in ICSID Arbitration: The Need to Move Away from an Annulment-Based System», *New York University Law Review*, Vol. 86, No. 1, 2011.
- Leben, CH., «Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etat», in AA.VV.: *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, A propos de 30 ans de recherche du CRE-DIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000.
- López Linaldi, L.A.: La necesidad de crear un órgano de apelación para arbitrajes inversionista-estado en CIADI, *Revista de Derecho Económico Internacional*, Vol. 3 No. 1, 2012.
- López Rodríguez, A.M., «El Sistema de Tribunales de Inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo», *Cuadernos Europeos de Deusto*, No. 57, 2017.
- Lowe R., «Investment arbitration claims could be traded like derivatives», *IBA Global Insight*, 2013.
- Lozada Pimiento, N.E., «El mecanismo de anulación de los laudos arbitrales del ciadi: qué es y para dónde va», *Revista de Derecho Privado*, No. 55, enero-junio, 2016.
- Malmsten, J., «Informal Reliance on Previously Rendered Awards. An Efficient Means to Promote Consistency on the MFN Question?», *UPPSALA Universitet*, 2013.
- Mourre, A., «The Case for the Publication of Arbitral Awards», in Malatesta, A., Sali, R. (Ed.): *The Rise of Transparency in International Arbitration: The Case for the Anonymous Publication of Arbitral Awards*, JurisNet. LLC, United States of America, 2013.

- «Precedent and Confidentiality in International Commercial Arbitration: The Case for the Publication of Arbitral Awards», in Gaillard, E., Banifatemi, Y.: *Precedent in international arbitration*, Juris Arbitration, 2008.
- Oglindă, B., «The Principle of Confidentiality in Arbitration: Application and Limitations of the Principle», *PERSPS. OF BUS. L. J.*, Vol. 4, No. 1, 2015.
- Pascual Vives, F.J., «La institución del amicus curiae y el arbitraje de inversiones», *Anuario español de derecho internacional*, Vol. 27, 2011.
- Polanco Lazo, R., «Transparencia y Derechos de terceros en arbitrajes internacionales sobre inversión extranjera», *Revista de Derecho Económico*, Año XLII, No. 75, 2010.
- Posner, E.A., Yoo, J.C., «Judicial Independence in International Tribunals», *California Law. Rev.* Vol. 93, No. 1, 2005.
- Reuben, R.C., «Constitutional Gravity: A Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice», *UCLA L. REV.*, Vol. 47, 2000.
- Roberts, A., «Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States», *AJIL*, Vol. 104, 2010.
- Rodríguez Vicente, M., «¿Es necesario un tribunal multilateral de inversiones?», *Boletín Económico de ICE*, 2017.
- Schreuer, C., «Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration», *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, No. 2, 2006.
- *The ICISD Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, Second Ed., 2009.
- Ten Cate, I.M., «The costs of consistency: precedent in investment treaty arbitration», *CJTL*, Vol. 51, 2013.
- Tortorola, I., «Transparencia y publicidad en el arbitraje de inversión», *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 2015.
- Walsh, T.W., «Substantive Review of ICSID Awards: Is the Desire for Accuracy Sufficient to Compromise Finality», *BJIL.*, Vol. 24, No. 2, 2006.
- Weidemaier, W.M.C., «Towards a Theory of Precedent in Arbitration», *William and Mary Law. Review*, Vol. 51, No. 5, 2010.

CASOS ARBITRALES ANALIZADOS

- AES Corporation vs. Argentina*. Caso CIADI No ARB/02/17, Decisión sobre jurisdicción, 2005, párraf.33.
- Amco Asia Corporation and others vs. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Provisional Measures, paragraph 4, 1983.
- Asian Agricultural Products Limited vs. República Socialista Democrática de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo, 1990.
- CDC Group plc vs. República de Seychelles*. Caso CIADI ARB/02/14. Annulment Proceeding, paragraph 34.
- Charanne B.V., Construction Investments S.A.R.L., vs. España*. Arbitraje No.: 062/2012. Con base en el Tratado sobre la Carta de la Energía, de 17 de diciembre de 1994. Laudo Final, 2016.
- Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company vs. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23. Second Partial Award on Track II, dated 30 August 2018.
- CME Czech Republic B.V. vs. The Czech Republic*, UNCITRAL. Final Award, 2003.
- CMS Gas Transmission Company vs. La República Argentina*, caso CIADI ARB/01/8. Laudo, 2005.
- Compañía de Aguas del Aconquija S.A., Vivendi Universal vs. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/97/3, Annulment Proceeding, 2001, paragraph. 20, 22 y 25.
- Dow Chemical France vs. Isover Saint Gobain*, Caso CCI, No. 4131, Interim award, 1982.
- Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3.
- EI Paso Energy International Company vs. la Republica Argentina*. Caso CIADI No. ARB/03/15. Decisión del comité ad hoc sobre la solicitud de anulación de la República de Argentina, 2014.
- Emilio Agustín Maffezini vs. El Reino de España*, caso CIADI No. ARB/97/7. Decisión del tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, 2000, párraf. 39-41 y 56.
- Enron Corporation and Ponderosa Assets LP vs. Argentina*, Decisión del comité de anulación, Caso CIADI ARB/01/3, 2010.

- Joy Mining Machinery Limited vs. Arab Republic of Egypt*. ICSID Case No. ARB/03/11. Award on Jurisdiction, august 6, 2004.
- LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. vs. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Resolución de la secretaria general dejando constancia de la terminación del procedimiento, 2015.
- LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. vs. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1. Decisión sobre Responsabilidad, 2006.
- MCI Power Group LC y New Turbine Inc vs. Ecuador*, Caso CIADI núm. ARB/03/6, Decisión del comité de anulación, párrafo 24.
- MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. vs. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Decisión sobre Anulación, 2007, párrafo 54.
- Noble Ventures, Inc. vs. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11. Laudo, 2005.
- Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria*, caso CIADI No. ARB/03/24. Decisión sobre Jurisdicción, 2005, párraf. 209.
- Ronald S. Lauder vs. Czech Republic*, UNCITRAL. Final Award, 2001.
- Sempra Energy International vs. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16. Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo presentada por la República Argentina, 2010, párraf. 229.
- SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6. Decisión sobre las excepciones a la jurisdicción, 2004.
- SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13. Decision of the Tribunal on objections to jurisdiction, 2003.
- Wintershall Aktiengesellschaft vs. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, 2008, párraf. 178.

