

LA TRANSPARENCIA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

Nayiber Febles Pozo

Per citar o enllaçar aquest document:

Para citar o enlazar este documento:

Use this url to cite or link to this publication:

<http://hdl.handle.net/10803/667357>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



TESIS DOCTORAL

**LA TRANSPARENCIA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y EN
LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN**

Nayiber Febles Pozo

2019



TESIS DOCTORAL

**LA TRANSPARENCIA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y EN
LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN**

Autor: Nayiber Febles Pozo

2019

Programa conjunto de doctorado en Derecho, Economía y Empresa

Dirigida por:

Dr. Guillermo Ormazabal Sánchez

Dr. Luis F. Carrillo Pozo

Memoria presentada para optar por el título de Doctor en Derecho por la
Universidad de Girona

LISTADO DE PUBLICACIONES

Capítulos de libros.

1. FEBLES POZO, N.: “El arbitraje de inversiones: algunas cuestiones de actualidad en el procedimiento arbitral”, en COBA COBIELLAS, M.E.: *Arbitraje, Mediación y Conciliación, un estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019 (en prensa).

2. FEBLES POZO, N.: “Los derechos humanos vs. el CIADI: el binomio imperfecto, en ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., CARRILLO POZO, L.F., PANADERO DE LA CRUZ, E. (Dir.): *Los derechos fundamentales en Europa y América*, Conciencia Ediciones, Cuba, 2019 (en prensa).

3. FEBLES POZO, N.: “Los principios éticos en el arbitraje internacional: la independencia y la imparcialidad del árbitro”, en RINCÓN CUELLAR, L.F (Dir.): *Desafíos del arbitraje internacional*, Editorial Ibáñez, Colombia, 2019 (en prensa).

ABREVIATURAS

ABA	American Bar Association.
ACFI	Acuerdo de Cooperación y Facilitación de la Inversión.
AECG	Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea. (CETA -por sus siglas en inglés).
AII	Acuerdo Internacional de Inversión.
AIL	Arbitration International Law.
AILR	American International Law Review.
AJIL	American Journal of International Law.
ALR	Administrative Law Review.
AP	Audiencia Provincial.
APPRI	Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.
ARACI	Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones.
ARIA	American Review International Arbitration.
ASEAN	Asociación de Naciones del Sureste de Asia.
ATCI	Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión.
AUILR	American University International Law Review.
BFLR	Banking and Finance Law Review.
BJIL	Berkeley Journal of International Law.
BJILP	Berkeley Journal of International Law Publicist.
BTDPI	Boletín Trimestral sobre el Derecho y la Política de Inversiones.
BYIL	British Yearbook of International Law.
CAFTA-DR	Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, centro América y República Dominicana.
CAM	Corte de Arbitraje de Madrid.
CCI	Cámara de Comercio Internacional de París.
CDI	Cuaderno de Derecho Internacional.
CDT	Cuaderno de Derecho Transnacional.
CE	Constitución española.
CHJIL	Chicago Journal of International Law.
CIADI	Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones.
CIAL	Corte Internacional de Arbitraje de Londres.
CIAR	Centro Iberoamericano de Arbitraje

CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration Commission (Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China).
CILJ	Cornell International Law Journal.
CJICL	Cardozo Journal of International and Comparative Law.
CJTL	Columbia Journal of Transnational Law.
CLC	Comisión de Libre Comercio, (FTC por sus siglas en inglés).
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
CPA	Corte Permanente de Arbitraje.
CPTPP	Acuerdo de Asociación Global y Progresivo Transpacífico.
CREA	Revista Universidad Católica de Temuco.
CWRJIL	Case Western Reserve Journal of International Law.
DRIL	Dispute Resolution International Law.
DRJ	Dispute Resolution Journal.
DRM	Dispute Resolution Magazine.
FCM	Fulbrook Capital Management, LLC.
FJCFL	Fordham Journal of Corporate & Financial Law.
FSULR	Florida State University Law Review.
GAR	Global Arbitration Review.
GLJ	Georgetown Law Journal.
HILJ	Harvard International Law Journal.
IALR	International Arbitration Law Review.
IBA	International Bar Association.
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly.
IED	Inversion Extranjera Directa.
IISD	International Institute for Sustainable Development.
IJMCL	International Journal for Marine and Coastal Law.
ILA	International Law Association.
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública.
ISDS	Investor-State Dispute Settlement.
ITN	Investment Treaty News.
JIA	Journal of International Arbitration.
JIBL	Journal of International Business and Law.
JICL	Journal of International and Comparative Law.
JIEL	Journal of International Economic Law

JLEP	Journal Law, Economics & Policy.
JTL	Journal of Transnational Law.
JWIT	Journal of World Investment & Trade.
LA	Ley de Arbitraje española.
LJIL	Leiden Journal of International Law.
LCIA	London Court of International Arbitration.
LCLR	Lewis & Clark Law Review.
MGBDLJ	McGeorge Global Business and Development Law Journal.
MLR	Minnesota Law Review.
NMF	Nación más Favorecida.
NYDRL	New York Dispute Resolution Lawyer.
NJILB	Northwestern Journal of International Law and Business.
NZLJ	New Zealand Law Journal.
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development.
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONGs	Organización no Gubernamental.
PUCP	Pontificia Universidad Católica del Perú.
RAAI	Revista Americana de Arbitraje Internacional.
RACI	Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones.
RChD	Revista Chilena de Derecho.
RDAI/IBLJ	Revue de Droit des Affaires Internationales/International Business Law Journal.
REDI	Revista Española de Derecho Internacional.
REEI	Revista Electrónica de Estudios Internacionales.
RFDUSP	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
RIA	Revista Internacional de Arbitraje.
RIDE	Revue Internationale de Droit Economique.
RJCL	Revista Jurídica de Castilla y León.
RLDCI	Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional.
RPA	Revista Peruana de Arbitraje.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SAR	Spain Arbitration Review.
STI	Sistema de Tribunales de Inversiones.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TBI	Tratados Bilaterales de Inversión.
TC	Tribunal Constitucional.
TCE	Tratado de la Carta de la Energía.
TDM	Transnational Dispute Management.
TDTHCL	Trade Development Through Harmonization of Commercial Law.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TLC	Tratados de Libre Comercio.
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
TLD	Trade Law and Development.
TMI	Tratados Multilaterales de Inversión.
TPF	Third Party Funding.
TPP	Acuerdo de Asociación Transpacífico.
TTIP	Tratado Transatlántico de Libre Comercio e Inversión.
UE	Unión Europea.
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.
UPLR	University of Pennsylvania Law Review.
VBLR	Vanderbilt Law Review.
VJTL	Vanderbilt Journal of Transnational Law.
VLR	Vermont Law Review
WMMLR	William & Mary Law Review.

CERTIFICADO DE DIRECCIÓN DE TESIS

El Dr. Guillermo Ormazabal Sánchez y el Dr. Luís F. Carrillo Pozo, de la Universidad de Girona.

DECLARAMOS:

Que el trabajo titulado “La transparencia en el arbitraje internacional y los tratados bilaterales de inversión” que presenta Nayiber Febles Pozo para la obtención del título de doctor, se ha realizado bajo nuestra dirección y cumple los requisitos para poder optar a la Mención Internacional.

Y para que así conste y tenga los efectos oportunos, firmamos el presente documento.

Dr. Guillermo Ormazabal Sánchez.

Dr. Luís F. Carrillo Pozo.

Girona, 21 de febrero de 2019.

DEDICATORIA

A mi familia, en especial a mi madre Eneyda y mi eterna abuela Manuela.

AGRADECIMIENTOS

Al finalizar un trabajo tan interesante y de gran envergadura desde el punto de vista profesional como es la Tesis Doctoral, se hace inevitable un asalto muy humano de egocentrismo que te lleva a concentrar la mayor parte del mérito en el aporte que has hecho. Tanto es así, que desde los inicios siempre creemos que la tesis es el libro de nuestras vidas, al que tanto tiempo, sacrificio, esfuerzo y esmero le hemos dedicado. Sin embargo, cuando analizamos detenidamente todo el trabajo realizado, las conclusiones a las que hemos llegado, nos percatamos inmediatamente de que la magnitud de ese aporte no hubiese sido posible sin la participación de personas e instituciones que han facilitado que la investigación llegue a un feliz término.

Es para mí un verdadero placer utilizar este espacio para ser justo y consecuente con ellas expresándoles mis agradecimientos. No puedo dejar de reconocer la oportunidad que me ha dado la Universidad de Girona (UdG) para poder cursar mis estudios de doctorado, institución a la que le agradeceré siempre el haberme acogido como Investigador Contratado en Formación durante tres años, llenos de sacrificio y ardua labor en la investigación, así como en todas las tareas asignadas por mis directores de tesis y la propia facultad de Derecho de la UdG, las cuales espero haber cumplido satisfactoriamente y con el más alto nivel de responsabilidad, disciplina y entrega total.

Debo agradecer de manera especial y sincera a quienes me han acompañado a lo largo de este camino, a quienes me han servido de guía, ejemplo y consagración para poder desarrollar y llevar a buen éxito una actividad tan sacrificada y difícil como resulta ser la realización de una tesis doctoral y, con ella, la actividad investigadora, condición *sine qua non* para aquellos que, como yo, desean continuar su carrera profesional desde y para la academia, la Universidad. Gracias, muchas gracias, a los doctores Prof. Guillermo Ormazabal Sánchez y Prof. Luis F. Carrillo Pozo por aceptar ser mis directores, tutores y guía durante todo el desarrollo de la tesis, por mantenerme siempre las puertas de sus despachos abiertas sin importar día y hora, por sus valiosos comentarios, orientación y asesoramiento en este empeño, por el apoyo que nunca he dejado de tener de ustedes.

Gracias también por sus capacidades intelectuales para guiar mis ideas y por la confianza en mí depositada, por facilitarme siempre los medios suficientes para llevar a cabo con éxito esta investigación, por sus grandes e incalculables ideas que forman y formarán parte siempre de los cimientos que sostienen la investigación que esta tesis recoge y de mi formación. Durante estos tres años de trabajo juntos puedo asegurar, sin la menor duda, que las sólidas relaciones personales y profesionales que hemos creado serán el sustento en el que se apoyará siempre mi crecimiento personal y profesional, que llevaré siempre conmigo esté donde esté. Ustedes han sido y serán siempre un aporte de incalculable valor para mi vida profesional, impregnada en mí, para continuar adelante este largo y abrupto camino que resulta ser la investigación en general y, en particular, la carrera académica.

Agradezco a la Generalitat de Catalunya, por el Programa de Investigadores en Formación al que pertencí durante todo este tiempo para desarrollar la investigación que hoy presento. A los profesores del Departamento de Derecho Público, la profesora Dra. Teresa Armenta Deu, por haberme acogido en su grupo de investigación y, de la mano de mis directores de tesis, realizar la presente investigación; a las Profs. Dra Susana Oromí y Dra. Silvia Pereira, por el apoyo que siempre me dieron, por los intercambios de ideas y criterios que en algunos momentos sostuvimos y, especialmente, por siempre recibirme con la mayor de las sonrisas y los buenos deseos en sus despachos, aunque en ocasiones siempre llegaba de imprevisto y en horarios algo complicados. Agradezco también a la Dra. Darnaculleta, por los intercambios profesionales que tuvimos y por su gran oportunidad de dedicarme una tarde de su tiempo -¡ay aquella tarde de café!-, para dialogar e intercambiar sobre el Arbitraje Internacional, especialmente sobre el Arbitraje de Inversiones, que a pesar de que tuviésemos algunos criterios distintos, también nos unían algunas coincidencias, lógicamente, la profesora Darnaculleta defendiendo siempre su ámbito público y yo, con mis desavenencias, como *iusprivatista*, desde el lado del Derecho privado.

Agradezco también a mis amigos hoy aquí presentes y a los que no están físicamente, pero sí de pensamiento. A mis compañeras de despacho, Nila, Mariangels, Anaïs, Cristina por todo el apoyo que me brindaron durante este tiempo, por los excelentes momentos que pasamos juntos y por el ánimo que día a día nos dábamos unos a los otros. También agradecerle a Dionís y Marc, excelentes compañeros con los que conviví y que desde mi llegada a Girona siempre me dieron todo su apoyo y me hicieron la vida mucho más fácil. A Mercé, la hermosa, comprensible, amable y educada señora que cada tarde me dedicaba, mientras cumplía con sus

funciones laborales, unos minutos de su tiempo para conversar, preocuparse por mí y darme todo el apoyo y el ánimo posible, y a la que llegué a llamar, muy cariñosamente, mi madre catalana.

Agradezco también, y muy sinceramente, a la familia del Prof. Carrillo Pozo, su esposa Belén y sus hijas. Por los gratos e inolvidables momentos que compartimos, por el ánimo que siempre me dieron. Por estar siempre disponibles a ayudarme en cada momento que los necesité. Por sus constantes preocupaciones y que, sin dudas, se han convertido en parte de mi familia.

Por último, a toda mi familia, por apoyarme durante toda mi vida y muy especialmente a mi madre Eneyda y mi abuela Manuela -hoy no presente entre nosotros-, por su comprensión y apoyo incondicional. Por ser mis guerreras de batalla, por enseñarme siempre hacer el bien y continuar luchando por mis objetivos, les dedico de todo corazón este momento.

A ti madre mía, hemos logrado un triunfo más, gracias por estar siempre a mi lado. Recuerdo con mucho entusiasmo tu presencia en mis graduaciones como estudiante de la Primaria, la Secundaria Básica (ESO), en el Preuniversitario (Instituto), en la Universidad y hoy, a pesar de llevar 6 años distantes -por causas del destino-, muy difíciles, habiéndonos podido ver únicamente una vez al año en los dos últimos, te doy inmensamente las gracias por ser mi madre, por tu incondicional apoyo y por estar siempre presente. Recuerdo con simpatía aquella exclamación de madre que un día me expresaste ¡mi niño, qué ganas tengo que termines la tesis!, hoy te respondo, mi madre ya he terminado, lo hemos logrado. A ti, mi madre, le estoy eternamente agradecido.

A todos muchas gracias.

ÍNDICE

LISTADO DE PUBLICACIONES.....	3
ABREVIATURAS.....	4
CERTIFICADO DE DIRECCIÓN DE TESIS	8
DEDICATORIA.....	9
AGRADECIMIENTOS.....	10
RESUMEN.....	19
RESUM.....	19
ABSTRACT.....	20
INTRODUCCIÓN	21
Justificación o fundamentación del tema.	28
CAPÍTULO I: LA TRANSPARENCIA EN LAS REGLAS DE ARBITRAJE Y TRATADOS DE INVERSIÓN	33
I.1 Introducción.	33
I.2 La transparencia en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales a nivel internacional.	34
I.2.1 La transparencia en las reglas de arbitraje de la CCI.	35
I.2.2 La transparencia en las reglas de arbitraje del CIADI.....	37
I.2.3 La transparencia en las reglas de arbitraje de la CNUDMI: análisis del Reglamento sobre la Transparencia de dicha institución.....	45
I.2.3.1 Ámbito de aplicación del Reglamento sobre la Transparencia.	47
I.2.3.1.1 Aplicabilidad del Reglamento.	47
I.2.3.1.2 Aplicación del Reglamento.	51
I.2.3.1.3 Discrecionalidad y autoridad del tribunal arbitral.	53
I.2.3.1.4 Instrumento aplicable en caso de conflicto.	56
I.2.3.1.5 Aplicación en arbitrajes que no estén sujetos al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.	57
I.2.3.2 Publicación de información al inicio del procedimiento arbitral.	58

I.2.3.3	Publicación de documentos.....	61
I.2.3.4	Escritos presentados por terceros.....	63
I.2.3.5	Escritos presentados por partes en el tratado que no sean litigantes.....	67
I.2.3.6	Audiencias.....	72
I.2.3.7	Excepciones a la norma de la transparencia.....	75
I.2.3.7.1	Información confidencial o protegida.....	75
I.2.3.7.2	Integridad del proceso arbitral.....	77
I.2.3.8	Archivo de la información publicada.....	79
I.3	La convencionalización de las Reglas sobre la Transparencia de la CNUDMI: la Convención de Mauricio.....	80
I.4	Disposiciones sobre la transparencia en el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado: una mirada hacia el interior de los tratados y acuerdos internacionales de inversión.....	83
I.4.1	América.....	84
I.4.2	Europa.....	88
I.4.3	Asia.....	91
I.4.4	La transparencia en la nueva generación de políticas en materia de inversiones y la solución de controversias inversionista-Estado: una nueva concepción de los acuerdos sobre inversión.....	96
1.4.4.1	La nueva política de inversión de Brasil. La transparencia en los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversión brasileños: el tradicional rechazo al ISDS.....	97
1.4.4.2	La transparencia en la reestructurada política de inversión de la India: el nuevo modelo de TBI indio.....	99
1.4.4.3	La política de inversión de Australia: La transparencia en el actual modelo de TBI australiano.....	101
1.4.4.4	La transparencia en la política de inversión y en los TBI de Nueva Zelanda.....	103
1.4.4.5	Consideraciones finales.....	104
I.5	Conclusiones Parciales.....	110

CAPÍTULO II: TRANSPARENCIA vs. CONFIDENCIALIDAD EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL	113
II. 1 Introducción.	113
II.2 La transparencia en el procedimiento arbitral: el acceso a la información durante el proceso. Generalidades.....	115
II.3 De intereses privados a interés público en el arbitraje internacional. ¿Por qué abrir la participación social en el arbitraje inversionista-Estado?	119
II.3.1 El deber de confidencialidad frente al principio de privacidad en el arbitraje internacional.	132
II.3.1.1 De la confidencialidad en el arbitraje comercial internacional a la transparencia en el arbitraje de inversiones.	140
II.3.1.2 La autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje y la transparencia en el procedimiento arbitral.....	151
II.4 La participación de terceros en el arbitraje internacional. El acceso del público a las audiencias y los documentos durante el proceso arbitral: consideraciones en torno a la figura procesal del <i>amicus curiae</i> y el tercero financiador.	156
II.4.1 La financiación por terceros en el arbitraje internacional.	164
II.4.1.1 El acuerdo de financiación con terceros y su influencia en el procedimiento arbitral ¿Está sujeto el acuerdo de financiación a normas de transparencia y a obligación de divulgación?.....	171
II.4.1.1.1 La transparencia en el arbitraje y el acuerdo de financiación con terceros: el deber de revelación del acuerdo de financiación.....	171
II.4.1.1.2 El deber de divulgación del acuerdo de financiación en las reglas arbitrales y tratados internacionales. Consideraciones desde el ámbito comparado.	177
II.4.1.2 Los efectos de la financiación por terceros en el arbitraje internacional.	187
II.4.1.2.1 <i>South American Silver Limited vs. Bolivia</i>	192
II.4.1.2.2 <i>Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. vs. El Salvador</i>	196
II.4.1.2.3 <i>Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC vs. The Plurinational State of Bolivia</i>	198

II.4.1.2.4 <i>Alasdair Ross Anderson et al vs. Republic of Costa Rica</i>	200
II.4.1.2.5 <i>RSM Production Corporation vs. Saint Lucia</i>	203
II.4.1.2.6 <i>Eskosol S.p.A. in liquidazione vs. Italian Republic</i>	206
II.5 Las audiencias públicas en el arbitraje internacional: un análisis desde la práctica de los tribunales arbitrales en el arbitraje inversionista-Estado.....	211
II.6 Conclusiones Parciales.	216
CAPÍTULO III: LA TRANSPARENCIA EN LA DESIGNACIÓN DE LOS ARBITROS Y LA PREVENCIÓN DEL CONFLICTO DE INTERÉS.....	220
III.1 Introducción.....	220
III.2 El nombramiento de los árbitros, el conflicto de interés y su prevención en el arbitraje internacional.....	222
III. 2.1 ¿Cómo prevenir el conflicto de interés en el arbitraje internacional? Los mecanismos preventivos y correctivos en busca de una mayor transparencia en el arbitraje.	233
III.2.1.1 Los mecanismos de prevención del conflicto de interés: el deber de revelación y la renuncia por parte del árbitro a su nombramiento	233
III.2.1.1.1 El deber de revelar.	233
III.2.1.1.2 La renuncia o rechazo por parte del árbitro a su nombramiento.....	239
III.2.1.2 Los mecanismos de corrección del conflicto de interés: la recusación o descalificación del árbitro y la impugnación del laudo.	241
III.2.1.2.1 La recusación o descalificación del árbitro.....	241
III.2.1.2.2 La impugnación del laudo.....	244
III.3 Los principios éticos en el arbitraje internacional: La independencia y la imparcialidad del árbitro.	247
III.3.1 La independencia del árbitro.....	251
III.3.2 La imparcialidad del árbitro.....	252
III.3.3 La independencia y la imparcialidad del árbitro en los principales reglamentos de arbitraje a nivel internacional. Un análisis de las Reglas de la CCI, la CNUDMI y el CIADI.	259

III.4 La transgresión de los principios éticos en el arbitraje internacional y su repercusión en el laudo arbitral. Reflexiones desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español.	266
III.4.1 Las obligaciones éticas del árbitro y su implicación en los motivos de anulación del laudo establecidos en la Ley española de arbitraje.	270
III.4.2 La transgresión de las obligaciones éticas del árbitro en el procedimiento arbitral y su incidencia en el laudo arbitral.....	276
III.5 Conclusiones parciales.	281
CAPÍTULO IV: LA TRANSPARENCIA EN LOS LAUDOS ARBITRALES	284
IV.1 Introducción.	284
IV.2 EL acceso a los laudos arbitrales.....	286
IV.3 La transparencia en los laudos arbitrales: hacia una jurisprudencia arbitral.	288
IV. 4 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.	302
IV.4.1 La implementación de un Tribunal de Apelación en el arbitraje CIADI como garantía de creación de un sólido precedente arbitral y mayor transparencia en los laudos arbitrales.	303
IV.4.1.1 El Tribunal de Apelación del CIADI: hacia una institucionalización del mecanismo de apelaciones y del sistema arbitral.	305
IV.4.1.2 El Tribunal de Apelación del CIADI: la búsqueda de una coherencia y uniformidad interpretativa de los tratados.	306
IV.4.1.3 El Tribunal de Apelación del CIADI: la creación de un precedente arbitral y su incidencia en la transparencia de los laudos arbitrales.	308
IV.4.1.3.1 Análisis de casos.....	315
IV.4.1.3.1.1 La cláusula de nación más favorecida.	315
IV.4.1.3.1.2 La falta de expresión de los motivos en que se funda el laudo.	317
IV.4.1.3.1.3 El estado de necesidad invocado por los Estados.....	319

IV.4.1.3.1.4 La cláusula paraguas.....	328
IV.4.2 La creación de un Tribunal Internacional de arbitraje de inversión.....	340
IV. 5 Conclusiones parciales.	345
CONCLUSIONES FINALES	349
BIBLIOGRAFÍA.....	354
Libros o Monografías.	354
Capítulos de Libros.....	358
Artículos	364
Normativa, Reglamentos arbitrales y Resoluciones referenciadas.....	395
Tratados o acuerdos de inversión analizados.	397
Casos arbitrales, Sentencias y Laudos analizados.	403
Otros documentos consultados.	416

RESUMEN

La tesis aborda las principales cuestiones procesales en el ámbito del arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversiones. Se parte de un análisis del concepto de transparencia en el arbitraje internacional y su relevancia en los actuales Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), así como en las principales reglas arbitrales a nivel internacional, el CIADI; la CCI; la CNUDMI y su Reglamento sobre la Transparencia en el arbitraje inversionista-Estado, seguido de un estudio de las cuestiones más trascendentales del procedimiento arbitral relacionadas con la transparencia, como son: las audiencias públicas; la participación de terceros en el procedimiento, dígase, terceros financiadores y los *amicus curiae*; el nombramiento de árbitros y el conflicto de intereses; concluyendo con el análisis de la transparencia en las decisiones (laudos) arbitrales. En la tesis se propone y fundamenta, entre otras cuestiones, la necesidad de creación de un Tribunal de Apelación del CIADI y, en caso contrario, el mecanismo más idóneo para la implementación de un Tribunal Internacional de Inversiones.

RESUM

La tesi té com a principal objectiu l'anàlisi de la transparència en l'arbitratge internacional. D'acord amb això, es parteix d'una concepció àmplia del concepte de transparència i la seva rellevància en els actuals Tractats Bilaterals d'Inversió (TBI) i en els principals reglaments arbitrales a nivell internacional: el CIADI, la CCI, la CNUDMI i el seu Reglament sobre la Transparència en l'arbitratge inversor-Estat. Tot seguit es procedeix a un estudi de les qüestions més transcendents del procediment arbitral relacionades amb la transparència, com ara les audiències públiques, la participació de tercers en el procediment (tercers finançadors i els *amicus curiae*), el nomenament dels àrbitres i el conflicte d'interessos i, finalment, l'anàlisi de la transparència en les decisions (laudes) arbitrales. A la tesi es proposa i argumenta, entre altres aspectes, la necessitat de crear un Tribunal d'Apel·lació del CIADI i, en cas contrari, el mecanisme més idoni per a la implementació d'un Tribunal Internacional d'Inversions.

ABSTRACT

The thesis's main objective is the analysis of transparency in international arbitration. To this purpose, we start from a broad conception of the notion of transparency and its relevance in the current Bilateral Investment Treaties (BITs) and in the main international arbitration regulations: the ICSID, the ICC, UNCITRAL and its Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, followed by a study of the most important issues of the arbitration procedure related to transparency, such as public hearings, the participation of third parties in the procedure (third-party funders and *amicus curiae*), the appointment of arbitrators and the conflict of interests and, finally, the analysis of transparency in the decisions (arbitral awards). The thesis proposes and bases, among other issues, the need to create an ICSID Court of Appeal and, if not, the most suitable mechanism for the implementation of an International Investment Tribunal.

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años ha existido una gran preocupación sobre la necesidad de transparencia en el arbitraje internacional, con mayor énfasis en el arbitraje de inversiones. El motivo principal ha sido la fuerte incidencia en la esfera soberana de los Estados y en la autonomía para desarrollar sus propias políticas¹, lo que ha propiciado que la transparencia vaya ganando mayor aceptación en el procedimiento de arbitraje de inversiones, aunque enfrenta, en determinadas ocasiones, cierta resistencia para su implementación por parte de los Estados y los propios inversionistas². En efecto, teniendo en cuenta la naturaleza especial de las controversias en materia de arbitraje de inversiones, el carácter mixto³ de la propia relación y del sistema en sí, en el que confluyen intereses públicos y privados, se hace necesario un mayor conocimiento público del procedimiento arbitral, aumentar la rendición de cuentas y la buena gobernanza en este ámbito. El arbitraje del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es un híbrido de la institución del arbitraje de Derecho internacional público y del arbitraje comercial internacional, teniendo como su principal fuente un tratado internacional, pero las disputas que resuelve surgen entre particulares y Estados bajo la jurisdicción del Derecho internacional, condición ésta que ha valido para que, en el seno de las Naciones Unidas, existiese un interés particular por la regulación de la transparencia en este tipo de procedimientos. En este sentido, es que surge el Reglamento sobre la Transparencia⁴ y la Convención de Mauricio, tratado de carácter multilateral dirigido a ampliar el ámbito de aplicación del citado Reglamento⁵.

¹ CARON, D.D.: “Light and Dark in International Arbitration: The Virtues, Risks and Limits of Transparency”, *The 9th Kaplan Lecture Presented at the Hong Kong Club*, Hong Kong, 2010, p. 6.

² 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. 267.

³ RÁBAGO DORBECKER, M.: “El sistema híbrido de arbitraje en materia de inversiones: ¿más público que privado? Implicaciones de transparencia, acceso a la información, corrupción y rendición de cuentas en el arbitraje en materia de inversiones”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 2015, p. 166.

⁴ El Reglamento sobre la Transparencia (en lo adelante el Reglamento) se aplica de forma automática a la solución de controversias que se plantean entre inversionistas y Estados en relación con otros tratados celebrados después del 1 de abril de 2014, en los que se haya hecho referencia al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html, consultado el 18/02/2019.

⁵ Teniendo en cuenta el gran número de tratados de inversión o acuerdos celebrados con anterioridad al 1 de abril de 2014, y garantizando que el Reglamento sobre la Transparencia se aplique a dichos tratados o acuerdos, la CNUDMI impulsó la negociación de una Convención Multilateral que facilitara la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia a los tratados de inversiones vigentes. Después de un período extenso de negociaciones, la Convención fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2014, denominándose “Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de un Tratado”, quedando abierta a la firma el 17 de marzo de 2015 en Port Luis, Mauricio. De ahí la recomendación de las Naciones Unidas que la Convención se reconozca como la “Convención de Mauricio sobre la Transparencia”. La misma se aplica a los tratados de inversiones celebrados antes del 1 de abril

En la actualidad, el arbitraje internacional ha cobrado un auge exponencial en las últimas décadas, y se ha consolidado como el mecanismo alternativo de resolución de disputas más exitoso en el ámbito del comercio internacional y la inversión extranjera⁶, especialmente por las garantías de neutralidad que ofrece. Ello ha propiciado un aumento de su regulación, no solo en el plano interno de los Estados, sino también más allá de sus fronteras nacionales, en el ámbito internacional, formando parte del proceso de liberalización e integración económica a nivel mundial⁷.

El arbitraje comercial internacional encuentra su sostén principal en el convenio arbitral pactado entre las partes, sin olvidar la trascendencia que tiene la elección de la institución arbitral, el lugar de celebración y, con éste, la ley aplicable, entre otras cuestiones. La regulación del arbitraje de inversiones se realiza de manera preferente por medio de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), también conocidos como Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI). Este tipo de tratados se enmarca dentro de una categoría mucho más amplia que son los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII). Dentro de estos últimos también se encuentran, según UNCTAD⁸, los tratados internacionales de doble imposición, los Tratados de Libre Comercio (TLC) que incluyen un capítulo relativo a las inversiones y por último, también se incluyen aquellos Tratados Multilaterales de Inversión en sectores o áreas particulares, como la Carta de la Energía (*Energy Charter Treaty*).

A los efectos de la presente investigación, se entiende por TBI o APPRI el acuerdo entre dos países por el cual se rigen las inversiones realizadas en uno de los Estados contratantes por personas naturales o jurídicas, empresas o corporaciones nacionales del otro país o Estado contratante, permitiendo que cualquier diferencia surgida respecto de la inversión se resuelva a través del arbitraje internacional -ya que es la opción más utilizada actualmente- y no por

de 2014 y establece un mecanismo que permite a los países y a las organizaciones regionales de integración económica ponerse de acuerdo entre ellos para aplicar el Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI en las controversias contempladas en los tratados de inversiones en los que sean partes.

⁶ “[...] *El arbitraje como medio de solución de controversias entre inversionistas y Estados es hoy parte del estándar internacional comprendido en los Tratados de Libre Comercio y también en las normas de solución de controversias de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Al igual que otras instituciones jurídicas, el arbitraje en inversiones evoluciona en la medida en que avanza la producción normativa y jurisprudencial especializada en la materia*”; KUNDMULLER CAMINITI, F.: “El Arbitraje y los Tratados de Libre Comercio”. RPA, No. 1, 2005, p. 119; FEBLES POZO, N.: “El arbitraje de inversiones: algunas cuestiones de actualidad en el procedimiento arbitral”, en COBA COBIELLAS, M.E.: *Mediación, Arbitraje y Conciliación*, Tirant lo Blanch, 2019, (en prensa).

⁷ BLACKABY, N.: “El Arbitraje según los Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio en América Latina”, *RIA*, 2004, p. 17.

⁸ UNCTAD, *World Investment Report 2012*, Ginebra: UNCTAD, 2012, p. 84.

órganos judiciales nacionales⁹, teniendo en cuenta la manifiesta renuncia, principalmente, por parte de los inversionistas, a resolver las controversias ante los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión. El objetivo principal de los TBI es ofrecer protección a la inversión extranjera y, por lo tanto, promover los flujos de Inversión Extranjera Directa (IED). Sin embargo, afirmar que los TBI contribuyan a aumentar la IED es una cuestión controvertida y así lo demuestran estudios relacionados con la cuestión¹⁰. La llegada y el aumento de la IED no sólo se debe a la firma de los TBI, sino también a múltiples factores, como puede ser “la acelerada privatización de empresas y servicios públicos”¹¹, tal y como ha sucedido en el caso de Ecuador, país en el que gran parte de la IED no ha sido precisamente mediante la firma de un TBI¹².

Los TBI normalmente prevén que se otorgue a los inversores extranjeros ciertas normas sustantivas de trato, como es la de trato no discriminatorio, trato justo y equitativo, plena seguridad y protección y compensación por la expropiación de bienes extranjeros. Los actuales TBI, como hemos comentado antes, suelen incluir disposiciones sobre acuerdos de solución de controversias inversionista-Estado, permitiendo al inversionista extranjero invocar a un tribunal arbitral internacional para determinar la validez de las reclamaciones contra el Estado anfitrión basadas en la supuesta violación de dichas normas, eludiendo así el sistema jurídico interno del propio Estado, lo que permite al inversor extranjero cuestionar directamente las acciones llevadas a cabo por el Estado anfitrión que puedan afectar sus derechos sustantivos¹³.

El arbitraje internacional de inversiones es hoy una cuestión de trascendental importancia, no sólo para los Estados, sino también a nivel internacional. Tanto es así que instituciones internacionales de gran relevancia en la materia han centrado sus objetivos en una mejor regulación del mismo, perfeccionado las normas que lo regulan. Tal es el caso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹⁴, la cual ha

⁹ BOYARSKY, S.: “Transparency in Investor-State Arbitration”, *DRM*, 2015, p. 34.

¹⁰ Véase, UNCTAD “The Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment Flows: An Overview of Empirical Studies 1998-2014” IIA Issues Note – Working Draft September 2014. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/unctad-web-diae-pcb-2014-Sep%2016.pdf>, consultado el 18/02/2019.

¹¹ ARROYO PICARD, A., GHIOTTO, L.: “Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones: un análisis del Tratado con México”, *Relaciones Internacionales*, No. 52, 2017, p. 40.

¹² Ídem.

¹³ FRANCK, S.D.: “Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law”, *MGBDLJ*, Vol. 19, 2007, pp. 341-343.

¹⁴ También conocida por sus siglas en inglés como UNCITRAL.

reconocido la inquietud de los Estados y la preocupación de algunos organismos internacionales sobre la necesidad de generar mayor confianza en los arbitrajes de inversiones. La inquietud es del todo lógica, pues una controversia sobre inversiones puede convertirse en una cuestión política interna para el Estado receptor de la inversión, pero también a nivel internacional, cuando a raíz del incumplimiento de un contrato de inversiones se origina una controversia entre Estados suscriptores de un TBI, lo que pone en riesgo no sólo la normalidad de sus relaciones comerciales, sino, inclusive, las relaciones diplomáticas.

Tradicionalmente, las controversias entre inversionistas y Estados se han llevado a cabo sobre la base de normas de arbitraje comercial, carentes de medidas de transparencia. De ahí que constituya un objetivo trascendental aumentar la transparencia en la solución de este tipo de controversias, facilitando al máximo el acceso del público a los documentos, a las audiencias y permitir que terceras partes, ajenas a la controversia, puedan formular sus observaciones al respecto, cuestiones éstas de mucha importancia y relevancia para el procedimiento arbitral y el propio instituto del arbitraje, teniendo en cuenta que el sistema de solución de controversias inversionista-Estado conoce de controversias con gran incidencia en las políticas públicas y la actividad gubernativa de los Estados.

El arbitraje en materia de inversiones tiene también connotaciones de carácter político, puesto que puede tratar cuestiones de interés público de los Estados, lo que ha propiciado el surgimiento de voces que exigen una mayor publicidad y transparencia de los actos gubernamentales en todo el proceso que antecede al arbitraje, durante el arbitraje y la sucesiva fase de ejecución o implementación del laudo. En atención a las inquietudes manifestadas, dos instituciones internacionales con amplia experiencia en la práctica, la CNUDMI y el CIADI, han incorporado a sus reglamentos normas de transparencia a nivel internacional para la solución de controversias entre inversionistas y Estados, desarrollando así mecanismos para aplicar dichas normas de transparencia a los más de tres mil tratados de inversiones vigentes¹⁵. La primera de ellas -dígase la CNUDMI- adoptó en fecha 10 de julio de 2013, el Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados¹⁶, que a su vez fue aprobado¹⁷ por la Asamblea General de las Naciones Unidas, haciéndose efectivo el 1 de abril

¹⁵ Véase, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, consultado el 18/02/2019.

¹⁶ Véase, cita 4, *supra*.

¹⁷ Según Resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2013, en el sexagésimo octavo período de sesiones.

de 2014, con el fin de fomentar la transparencia en el arbitraje de inversiones, de exigir mayor publicidad en los actos gubernamentales sobre la materia y permitir, aunque muy sutilmente, la participación de la sociedad civil fiscalizando la afectación de los intereses generales del Estado. Por otro lado, el CIADI ha incorporado nuevas Reglas de Arbitraje sobre transparencia y participación de terceros en el procedimiento arbitral¹⁸, modificando el Reglamento Administrativo y Financiero, así como las Reglas de Arbitraje que regulan el Mecanismo Complementario.

Por estos motivos, hoy en día, con la proliferación de procesos de integración económica a nivel mundial, ya sean de carácter multilateral, regional o bilateral, no se justifica la ausencia de mecanismos de solución de controversias sólidos, transparentes y previsibles, que otorguen confianza y seguridad a las partes en cuanto al real cumplimiento de las normas sustantivas contenidas en el tratado o cuerpo normativo¹⁹. Pero no es suficiente el solo conocimiento público de los tratados de inversiones, que en su gran mayoría son de conocimiento público - sólo basta tener conexión a internet para poder conocerlos y consultarlos-, sino, además, hacer transparente el procedimiento, tanto aquel a través del cual se exige la ejecución de dichos tratados, como el procedimiento mediante el cual se celebran los mismos.

Uno de los mayores desafíos en la solución de controversias en el comercio internacional, específicamente en el arbitraje internacional en la última década, ha sido la demanda de mayor transparencia y la implementación de iniciativas gubernamentales, principalmente en el arbitraje inversionista-Estado para hacer más transparente el procedimiento arbitral. La necesidad de una mayor transparencia en el procedimiento arbitral es tan imprescindible que resulta sorprendente el por qué ha tardado tanto tiempo el tratamiento de la cuestión²⁰. Sin embargo, existe gran confusión en cuanto al alcance y significado del término transparencia, quizás por la ausencia general de una definición conceptual de la misma²¹, motivos que justifican la investigación.

¹⁸ Estas nuevas Reglas de Arbitraje entraron en vigor el 10 de abril de 2006, encontrándose disponibles en: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc.htm>, consultado el 18/02/2019.

¹⁹ CARBAJAL VALENZUELA, CH. A.: “Regulación del arbitraje entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión en los Tratados de Libre Comercio e Inversión en América Latina: el caso del TLC entre Perú y Estados Unidos de Norteamérica”, *RFDUSP*, Vol. 102, 2007, p. 527.

²⁰ KINNEAR, M.: “Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement”, *Symposium Co-Organised by ICSID, OECD and UNCTAD*, Paris, 2005, p.1.

²¹ BIANCHI, A., PETERS, A.: *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 2.

El punto de partida del presente trabajo es la constante preocupación que ha surgido respecto al arbitraje internacional, incluyendo el sistema de solución de controversias inversionista-Estado, como pueden ser el percibido déficit de legitimidad y transparencia en el procedimiento²², la escasa transparencia en las instituciones arbitrales, en las decisiones (Laudos) de los tribunales y la dificultad existente a la hora de corregir erróneas decisiones arbitrales, así como contradicciones entre los propios laudos, las preocupaciones relacionadas con los altos costos del arbitraje, la duración de los procedimientos y la independencia e imparcialidad de los árbitros.

A partir de las cuestiones antes mencionadas, las preguntas o **problemas de investigación** que motivan la actual tesis son: ¿Las reglas arbitrales y tratados bilaterales de inversión satisfacen la necesidad de transparencia actual en el arbitraje internacional? ¿De qué forma el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado proporciona información y conocimientos adecuados, precisos, disponibles y accesibles sobre el procedimiento, la designación de los árbitros y las decisiones arbitrales? ¿Puede el consentimiento de las partes representar una limitación para el desarrollo e implementación de la transparencia? Estos problemas son el factor motivador que ha impulsado al autor de la investigación a analizar detenidamente y conocer, con mayor exactitud, si la falta de transparencia en el arbitraje internacional y en las actuaciones de las instituciones arbitrales, los conflictos de intereses entre árbitros y la posible influencia del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado en la regulación normativa de los Estados pueden ser superados.

Como posible respuesta o **hipótesis** a las preguntas formuladas en la investigación constatamos que el marco legal que rige y norma la transparencia en el arbitraje internacional es insuficiente, carece de un amplio análisis conceptual o crítico que permita una mejor implementación de la transparencia en el arbitraje internacional. Es cierto que se han dado algunos pasos de avance en este aspecto si lo comparamos con las prácticas estatales llevadas a cabo con anterioridad, pero las actuales Reglas sobre la Transparencia y la propia Convención sobre la Transparencia -específicamente en el ámbito del arbitraje de inversiones- presentan ciertas carencias que pueden influir en la existencia de futuras prácticas arbitrales más transparentes en el futuro.

²² POLANCO LAZO, R.: “Is There a Life for Latin American Countries After Denouncing the ICSID Convention?”, *TDM*, Vol. 11, No. 1, 2014, p. 2.

En consecuencia, para un mejor estudio de la problemática planteada nos proponemos como **objetivo** realizar un análisis de la transparencia en el arbitraje internacional desde una vertiente amplia del concepto. En este sentido, iniciamos el presente estudio entendiendo por transparencia no sólo el conocimiento o la divulgación de todo lo que ocurre durante el desarrollo del procedimiento arbitral, sino también el acceso público y la participación de terceras personas en el procedimiento, teniendo en cuenta, además, que la transparencia no sólo afecta al procedimiento arbitral, a la designación de los árbitros y a las decisiones arbitrales, sino que existen otros sectores que precisan de una mayor transparencia, como son los tratados bilaterales de inversión y el mecanismo de apelación en el arbitraje de inversiones. Todo ello justifica el contenido que sustenta la presente tesis y que nos permitirá indagar sobre la finalidad que persigue dicha transparencia y evaluar si es posible conseguirla a través del marco regulatorio actual. Durante el desarrollo de la presente investigación, trataremos siempre la transparencia teniendo en cuenta los dos regímenes de arbitraje internacional (el arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversiones), los cuales serán analizados a partir de sus propias características²³ y diferencias.

Consecuentemente con los objetivos propuestos, consideramos que los métodos de investigación a utilizar son el **método jurídico doctrinal**, a través del cual analizaremos la doctrina y jurisprudencia más relevante en materia de arbitraje internacional, y el **método jurídico de Derecho comparado**, el cual nos permitirá realizar un análisis, desde la perspectiva jurídica comparada, de la transparencia en el arbitraje internacional y su correspondiente normativa, teniendo en cuenta diferentes APPRI, TLC, así como algunos casos y laudos de instituciones arbitrales. Desde la perspectiva de la transparencia en el arbitraje internacional, éste método nos permitirá realizar un mejor análisis de la regulación de la transparencia en el procedimiento arbitral, las instituciones arbitrales y en las correspondientes decisiones o laudos arbitrales, lo que nos permitirá identificar, describir y contrastar los puntos divergentes respecto a la transparencia en el arbitraje internacional.

La utilización de ambos métodos nos permitirá elaborar argumentos basados en razonamientos sólidos y bien fundados en las principales novedades del arbitraje a nivel

²³ En este sentido coincidimos con MAUPIN, quien considera que en cualquier investigación sobre la transparencia entender que son iguales ambos sistemas, el arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversiones, es un error; MAUPIN, J.A.: “Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad, and the Murky”, 2003, p. 5. Disponible en; <http://ssrn.com/abstract=2058195>, consultado, 18/02/2019.

internacional, así como llegar a conclusiones concretas en la materia objeto de investigación, lo que sin duda aportará un valor cualitativo a la investigación y los resultados a obtener.

Justificación o fundamentación del tema.

El fin de la investigación se justifica o fundamenta por su particular interés práctico. La transparencia es un término muy utilizado en nuestros días, al punto de que no solo suele ser invocada en ámbitos tan diversos como la Administración pública, el Derecho internacional, los Derechos Humanos, el Medio Ambiente, la Seguridad, la Economía, sino también en ámbitos tan específicos como el comercio internacional y el arbitraje anternacional.

En este sentido, han surgido abundantes críticas al sistema de resolución de controversias en materia de inversiones extranjeras respecto a la falta de transparencia en su funcionamiento²⁴, ya sea en relación con la existencia misma de las disputas, la identidad de los árbitros, los argumentos presentados por las partes o el laudo. Un ejemplo lo constituye las actuales negociaciones entre EEUU y la Unión Europea respecto al Tratado Transatlántico de Libre Comercio e Inversión (TTIP), en el que tanto los defensores como los detractores del arbitraje internacional han establecido un profundo y constante debate respecto al ISDS, especialmente relacionado con la posibilidad de incluir un capítulo relativo a los métodos de resolución de controversias, específicamente un sistema de tribunales de inversión para solucionar los posibles conflictos que surjan entre inversor-Estado, siendo ésta la principal discordia respecto al TTIP y que ha propiciado que la sociedad civil, Organizaciones no Gubernamentales (ONGs), ejerzan enormes presiones sobre las instituciones europeas, en especial la Comisión, para impedir el surgimiento del propio tratado, lo que se revierte, a su vez, en mayores exigencias en cuanto a la participación pública y transparencia en el actual arbitraje internacional. Motivos estos que justifican la relevancia, novedad e importancia del tema de investigación.

Actualmente, en el debate respecto a la transparencia en el arbitraje internacional se plantea la cuestión de si las controversias en materia de inversiones, siendo entre inversores privados y Estados, deben ser más transparentes que el tradicional arbitraje comercial internacional,

²⁴ JANSEN CALAMITA, N., ZELAZNA, E.: “The Changing Landscape of Transparency in Investor-State Arbitration. The UNCITRAL Transparency Rules and Mauritius Convention”, in AA.VV.: Austrian Yearbook on International, 2016, p. 276; FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Presente y futuro de la acumulacion de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras”, *REEI*, Vol. 11, 2006, p. 3.

teniendo presente que, por lo general, las reclamaciones surgidas en el ámbito del arbitraje de inversiones se basan en una supuesta violación de los derechos conferidos a un inversionista en un tratado de inversión, lo que implica una tensión entre las normas de protección del tratado y las facultades reguladoras del Estado soberano de conformidad con su derecho interno²⁵, siendo resueltas dichas tensiones a través de los tribunales arbitrales de inversión. Sin embargo, las controversias surgidas habitualmente en el arbitraje comercial internacional surgen entre partes privadas y se basan en un incumplimiento del contrato en particular. Además, en este tipo de arbitrajes la presunción de confidencialidad implícita en el mismo ha sido considerada como norma²⁶.

Tanto el arbitraje comercial internacional como el arbitraje internacional de inversiones presentan un innegable trasfondo público. Siempre que participe un Estado o ente público, suele implicar un interés distinto del privado. Los rasgos de confidencialidad y secretismo enraizados en el arbitraje comercial deben ceder a la publicidad y transparencia en el arbitraje de inversiones. Es por ello por lo que el concepto de transparencia resulta de gran interés a nivel internacional.

Aunque la transparencia ha sido siempre vinculada a conceptos de buena gobernanza y al Estado de Derecho²⁷, sigue existiendo gran dificultad sobre su conceptualización y significado exacto en el arbitraje internacional, debido a que el propio concepto puede variar teniendo en cuenta el contexto en el que sea utilizado²⁸. No es menos cierto que nos encontramos ante un principio de transparencia indeterminado, que emerge no solo de instituciones internacionales, sino también de los reclamos, las presiones y exigencias cada vez mayor de una sociedad civil

²⁵ SPEARS, S.A.: “The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements”, *JIEL*, Vol. 13, 2010, pp. 1037–1038.

²⁶ SHIRLOW, S.: “Recent Developments in Australia’s Approach to Confidentiality and Transparency in International Arbitration”, *King’s College London*, 2015, p.1.

²⁷ Véase, OLAYA, J.: “Good Governance and International Investment Law: The Challenges of Lack of Transparency and Corruption”, Second Biennial Global Conference, Barcelona, Society of International Economic Law, Online Proceedings Working Paper No. 2010/43, 2010. Disponible en; www.ssrn.com/link/SIEL-2010-Barcelona-Conference.html, consultado el 18/02/2019.

²⁸ En el ámbito del Derecho internacional, algunos autores consideran la transparencia como un principio general del Derecho, principio enumerado en el Art. 38 de los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia; BIANCHI, A.: “On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law” in BIANCHI, A., PETERS, A. (Eds.): *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, 2013, pp. 30-31. Sin embargo, en el ámbito de las inversiones, consideran que la transparencia se está convirtiendo en una norma mundial en el Derecho internacional de las inversiones, lo que para algunos viene siendo una rama especial del Derecho internacional bajo el título más amplio del Derecho económico internacional; PETERS, A.: “Towards Transparency as a Global Norm” in BIANCHI, A., PETERS, A. (Eds.): *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, 2013 pp. 534-607.

ampliamente reconocida, que exige no solo la transparencia en el procedimiento arbitral, sino también a nivel institucional, respecto al funcionamiento de las propias instituciones arbitrales que administran dichos procedimientos, la conformación del tribunal arbitral, el nombramiento de los árbitros, las reglas procesales por las que se rigen y los mecanismos de apelación existentes. En relación con éste último, se enfatiza en el precedente arbitral con el objetivo de lograr una mayor coherencia y transparencia de los laudos arbitrales.

De ahí que para un mejor desarrollo de la investigación y en estricto cumplimiento de la premisa metodológica a seguir, el presente trabajo de investigación consta de la siguiente estructura: Introducción, se trata la presentación y fundamentación del tema. Se desarrolla la metodología utilizada, resaltando los objetivos y métodos jurídicos empleados durante la investigación. Seguimiento de cuatro capítulos y las correspondientes Conclusiones y Bibliografía utilizada.

En el Capítulo I se realiza un análisis de la transparencia en las principales normas o reglas de arbitraje a nivel internacional y en los TBI, teniendo en cuenta que constituyen la base fundamental del sistema de arreglo de diferencias inversor-Estado. En este sentido, para un mejor análisis de los mismos, se profundiza, sin un marcado sentido de exclusión, en los tratados concluidos a partir del 2001 y que consideramos más significativos en función de la investigación, teniendo en cuenta las Notas de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN del 2001 y 2004, los TBI modelo de Canadá y Estados Unidos de 2004 y el CAFTA-DR, debido a que con anterioridad al año 2001 tenía menor connotación la preocupación por la transparencia en el arbitraje inversionista-Estado, y tendremos en cuenta, además, la influencia de la transparencia en tres regiones o continentes distintos, dígase: América, a partir del surgimiento del TLCAN y su influencia a nivel internacional, los modelos de TBI de Canadá y Estados Unidos como referentes a nivel mundial y la región Latinoamericana. Esta última debido a las particularidades, muy específicas, que presenta respecto a la regulación de la transparencia en varios de los tratados de los países que la integran; Europa, por ser una de las regiones de mayor flujo de inversión extranjera a nivel internacional y tener un gran número de tratados de gran envergadura en temas de inversión, los cuales han sido también muy criticados desde el punto de vista de la transparencia; y, por último, la región de Asia y el Pacífico, ya que si bien se encuentra muy distante de los países precursores de la transparencia en el arbitraje inversionista-Estado, cuestión que favorece el análisis desde el punto de vista del impacto que

puede ocasionar las regulaciones de la transparencia en dichos países, un gran número de los Estados en la región son reacios a regular la transparencia en el sistema inversionista-Estado.

En el Capítulo II, le dedicaremos especial atención a la transparencia en el procedimiento arbitral, realizando un análisis crítico de la confidencialidad como elemento esencial del arbitraje y diametralmente opuesto a la muy reclamada internacionalmente transparencia del procedimiento arbitral. La confidencialidad siempre ha sido considerada como una característica natural del arbitraje. El desarrollo en materia de confidencialidad que se recoge en este capítulo resulta imprescindible para comprender el avance de la transparencia en el arbitraje internacional y el análisis del innegable interés público presente en el arbitraje, con mayor énfasis en el arbitraje de inversiones.

Se trata también el alcance y los detalles de la regulación de la transparencia procesal en las controversias inversionista-Estado basadas en un tratado, teniendo en cuenta el enfoque que han seguido los propios Estados respecto al diseño o esquema de los tratados y la regulación de la transparencia en los mismos. Además, resulta necesario el análisis de las decisiones de los tribunales arbitrales respecto a la transparencia procesal, lo que nos permitirá conocer cómo han sido interpretadas las normas procesales respecto a la transparencia por los tribunales arbitrales, el conocimiento público de los procedimientos y la intervención de terceros -*amicus curiae* y la financiación por terceros-, así como el grado de relación existente entre los tratados, las propias normas y las facultades de los tribunales arbitrales para determinar cuestiones de transparencia procesal, teniendo en cuenta, a su vez, el consentimiento, la autonomía de la voluntad de las partes y su importancia para la consecución de una mayor transparencia procesal. Todo el análisis realizado en el presente capítulo, tiene como punto de partida el alcance y las características de la regulación de la transparencia, su influencia en el procedimiento y el enfoque de los tribunales arbitrales respecto a la discrecionalidad procesal.

A partir del análisis de la transparencia procesal en el arbitraje internacional, nos percatamos que en la búsqueda de una mayor transparencia y fiabilidad del mismo, resulta necesario que los árbitros desarrollen su labor bajo el estricto cumplimiento del principio de independencia e imparcialidad, es decir, que los árbitros permanezcan totalmente independientes e imparciales²⁹, lo que justifica la existencia del Capítulo III. En dicho capítulo, una vez

²⁹ PARK, W.W.: “Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent”, *San Diego L. REV.*, Vol. 46, 2009, p. 637.

analizada la transparencia en el conflicto de interés y los mecanismos de prevención del mismo, nos adentramos en el estudio del principio de independencia e imparcialidad de los árbitros, teniendo en cuenta que la vulneración del mencionado principio puede traer como consecuencia la existencia de posibles conflictos de intereses. Todo el análisis realizado se fundamentará legalmente teniendo en cuenta las reglas arbitrales de las instituciones objeto de estudio y las normas internacionales que la regulan, así como desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español.

Por último, desarrollamos un cuarto Capítulo, relacionado con la transparencia en los laudos arbitrales. En los últimos años, ha resurgido con fuerza el interés por desarrollar un sistema de solución de controversias más transparente y accesible al público, e incluso una mayor institucionalización del mismo, principalmente en relación con los mecanismos de apelación, el acceso y la transparencia de los laudos arbitrales, teniendo en cuenta la necesidad de una mayor coherencia y consistencia de los laudos y la creación de un precedente sólido que permita desarrollar una jurisprudencia armonizada. En este sentido, en el Capítulo IV realizamos un análisis de la transparencia en los laudos arbitrales, su accesibilidad y publicidad. También se analizan las decisiones de los Comités *ad hoc* en el procedimiento de anulación de los laudos en el arbitraje de inversiones, principalmente en el ámbito del CIADI, concluyendo el presente capítulo con una propuesta de creación de un Tribunal de Apelación en el CIADI y de un Tribunal Internacional de Inversiones, que contribuyan a una mayor coherencia y consistencia de la jurisprudencia arbitral, así como una mayor transparencia de las decisiones arbitrales.

CAPÍTULO I: LA TRANSPARENCIA EN LAS REGLAS DE ARBITRAJE Y TRATADOS DE INVERSIÓN

I.1 Introducción.

La discusión actual sobre la transparencia en el Derecho internacional, según algunos autores, puede agruparse en tres contextos diferentes: como concepto subyacente a las obligaciones que el Derecho internacional impone a los regímenes y procedimientos legales internos del Estado³⁰; como concepto que rige las relaciones entre las instituciones y los regímenes del Derecho internacional y los Estados miembros³¹; y como un concepto que denotaría la apertura de las instituciones y los procedimientos del Derecho internacional, especialmente con respecto a la sociedad civil internacional³². Es en este último aspecto donde consideramos tiene mayor encaje la noción de transparencia en el ámbito del arbitraje internacional, específicamente el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado.

Sin embargo, resulta muy difícil poder establecer un concepto general de transparencia que pueda ser fácilmente entendible desde la perspectiva jurídica, es decir, desde el punto de vista normativo. Ni siquiera las principales ONGs, como puede ser Transparencia Internacional (*Transparency International*), expertos en el tema, han sido capaces de conceptualizar de forma general la transparencia. Siempre la han relacionado o asociado con los temas de corrupción³³.

No obstante, el conocimiento sobre la transparencia y de los principales elementos que propician la búsqueda de una mayor transparencia en el ámbito del arbitraje internacional, con mayor predominio en el Derecho internacional de las inversiones, tiene sus inicios en los propios AII o TBI, teniendo como principal objetivo la reducción de los costos de información del procedimiento y los riesgos a los que se ven enfrentados los inversores, riesgos que pueden ser reducidos regulando la transparencia en las reglas y normas aplicables al procedimiento arbitral y en la propia creación y aplicación de las políticas de inversión de los Estados. El

³⁰ HILF, M.: "Power, Rules and Principles-Which Orientation for WTO/GATT Law?", *JIEL*, Vol. 4, No. 111, 2001, p. 119.

³¹ ABBOTT, K.: "Trust But Verify: The Production of Information in Arms Control Treaties and Other International Agreements", *CILJ*, Vol. 26, No. 1, 1993, pp. 40-45.

³² STEIN E.: "International Integration and Democracy: No Love at First Sight", *AJIL*, Vol. 95, No. 489, 2001, p. 493.

³³ BIANCHI, A.: On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law.... *op.cit.*, p. 8.

conocimiento público de dichas normas no solo beneficia a la población del Estado anfitrión, sino también a los inversores, los cuales podrán valorar cuán restrictivo o liberal en materia de inversiones es el Estado receptor. La transparencia es también parte de la protección de los derechos e intereses de los inversores, es un elemento valioso para lograr el verdadero equilibrio entre los derechos y obligaciones de los Estados y los inversores.

La transparencia se ha ido adentrando en muchos de los sectores y actividades de la sociedad, cuya importancia ha ido creciendo paulatinamente en nuestros días. Tanto es así, que más que una palabra de “moda”, se ha extendido a límites impensables en cuanto a su aplicación, al punto de que puede convertirse en una norma global³⁴. La sociedad no se conforma con que solo el Estado actúe de forma transparente, sino también el resto de las instituciones, los mercados, los procesos gubernamentales y de tomas de decisiones, e incluso, las propias relaciones existentes en la sociedad civil³⁵. Por los motivos anteriores, en el presente capítulo se realiza un análisis de la transparencia teniendo en cuenta la percepción que se tiene de la misma por parte de la propia sociedad, así como los pronunciamientos de la doctrina al respecto, lo que nos permitirá proponer nuestra propia definición, que nos sirva como hilo conductor durante la investigación y siempre desde el punto de vista de su aplicación en el arbitraje internacional y hasta del propio análisis normativo o reglas arbitrales.

I.2 La transparencia en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales a nivel internacional.

En las últimas décadas ha sido muy significativa la atención que se le ha prestado a los procedimientos internacionales de solución de controversias. Tanto es así que muchas de las decisiones de tribunales y hasta de las propias cortes internacionales de arbitraje han allanado el camino respecto a la implementación de nuevas modificaciones en los procedimientos arbitrales en el ámbito internacional.

Hoy en día, las decisiones judiciales y reformas legislativas adoptadas en diferentes Estados demuestran que la confidencialidad se ha ido debilitando cada día más en cuanto principio del

³⁴ PETERS, A.: *Towards Transparency...op.cit.*, p. 535-607.

³⁵ KOIVISTO, I.: *The Anatomy of Transparency: The Concept and its Multifarious Implications*, European University Institute, 2016, p. 1.

arbitraje³⁶. No obstante, aunque muchos Estados en sus legislaciones y también reglamentos de algunas instituciones arbitrales siguen apostando por la confidencialidad, actualmente se constata un considerable debilitamiento al respecto. Tanto es así que muchos Estados con gran tradición en el arbitraje ya no la consideran como un factor esencial del mismo³⁷. No podemos negar que la confidencialidad aún conserva un peso importante en el arbitraje comercial, pero muy distante de la solidez que le caracterizaba como elemento esencial del arbitraje comercial³⁸.

Desde el punto de vista práctico, la ausencia de confidencialidad y privacidad en el arbitraje comercial condiciona la existencia de transparencia en el mismo; o sea, la transparencia no es más que la negación de la confidencialidad en el arbitraje internacional, logrando que el mismo sea más accesible a terceros y al público en general³⁹. Hay que plantearse, pues, hasta qué punto son transparentes las reglas que rigen el arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversiones. En busca de respuesta a dicha interrogante, nos adentramos en el análisis de los reglamentos de arbitraje de la instituciones que consideramos más importante y de mayor repercusión a nivel internacional, dígame las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), las reglas del CIADI y el Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI, estas dos últimas en relación con el arbitraje de inversiones, teniendo en cuenta que la mayoría de las controversias entre inversores y Estados son resueltas en el marco de dichas instituciones. Además, consideramos necesario que antes de adentrarse al estudio de las normas sobre transparencia en el arbitraje de inversiones, se hace imprescindible el estudio de las reglas contempladas en el Reglamento y de la propia Convención de Mauricio, lo que nos ayudará a comprender el alcance de las mismas.

I.2.1 La transparencia en las reglas de arbitraje de la CCI.

En el Reglamento de Arbitraje de la CCI del 2012, modificado y vigente a partir del 1 de marzo de 2017, la transparencia tiene escasa acogida. El propio Prefacio del Reglamento afirma que los arbitrajes de la CCI, con la implementación de las nuevas modificaciones, serán más

³⁶ Véase el Report on Confidentiality in International Commercial Arbitration, adoptado por el Committee on International Commercial Arbitration de la International Law Association, 2010. Disponible en: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>, consultado 18/02/2019.

³⁷ GAILLARD, E., DE LAPASSE, P.: “Le nouveau droit français de l’arbitrage interne et international”, *Recueil Dalloz*, 2011, p.84.

³⁸ FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.: El auge del arbitraje frente al debate...*op.cit.*..., p. 268.

³⁹ Ídem.

transparentes, fundamentando dicha afirmación en que la Corte podrá informar un número más amplio de decisiones, siempre que una de las partes así lo solicite⁴⁰. Sin embargo, creemos que dicha afirmación no es del todo efectiva, ya que la Corte procura hacer más transparente sus arbitrajes siempre que no se vean comprometidas las expectativas de confidencialidad, teniendo en cuenta la importancia que reviste para las partes durante todo el procedimiento. Por lo que, bajo la protección de la confidencialidad, pueden existir procedimientos arbitrales con una fuerte presencia de interés público carentes de transparencia.

En consonancia, con esta política (y salvo que las partes acuerden lo contrario), la Corte publicará en el sitio web de la CCI, en relación con los arbitrajes registrados desde el 1 de enero de 2016, la siguiente información: (i) los nombres de los árbitros, (ii) su nacionalidad, (iii) su posición dentro del tribunal, (iv) la forma de su designación y (v) si el arbitraje está pendiente de resolución o cerrado. El número de referencia del arbitraje y los nombres de las partes no serán publicados⁴¹. Sin embargo, consideramos que dicha información sólo en apariencia supone un incremento efectivo de la transparencia. En efecto, poco nos puede ilustrar dicha información en los casos en los que el Estado o un ente público sean parte en el arbitraje, siendo éstos procedimientos a los que se le exige una mayor transparencia, tanto por terceros, como por la propia sociedad civil respecto a sus actuaciones. De poco vale conocer únicamente la información acerca de los árbitros que actuarán como miembros del tribunal, cuando ni siquiera se conocen las causas u objeto de la litis, cuantía reclamada, daños ocasionados, en caso de modificación o cambio en el tribunal arbitral, las causas que lo haya motivado, entre otros. Esta es en realidad la información que le interesa conocer, tanto a terceros como al público en general, al menos, insistimos, cuando una de las partes es un ente público.

Desde el punto de vista de las audiencias, el propio Reglamento establece que, salvo autorización del tribunal y de las partes, serán privadas, no serán abiertas al público⁴². No existe

⁴⁰ En este sentido, el párrafo 6, del Prefacio del Reglamento de Arbitraje de la CCI del 2017, reconoce que: *“Con el Reglamento de 2017, los arbitrajes de la CCI serán aún más transparentes, ya que ahora la Corte podrá comunicar los motivos de un número amplio de decisiones importantes, si así lo solicita una de las partes. El artículo 11(4) se ha modificado en este sentido”*.

⁴¹ Tal y como lo refleja la “Nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI”, emitida por la CCI, en fecha 1 de marzo de 2017. Disponible en: <http://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2017/03/Nota-a-las-partes-y-al-Tribunal-Arbitral-sobre-la-conducci%C3%B3n-del-arbitraje-de-conformidad-con-el-Reglamento-de-Arbitraje-CCI-1-marzo-2.pdf>, consultado el 18/02/2019.

⁴² Al respecto, el Artículo 26.3 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, establece: *“El tribunal arbitral tendrá la plena dirección de las audiencias, en las cuales todas las partes tienen derecho a estar presente. Salvo*

en las reglas de la CCI disposición alguna que permita la presentación de terceros, la publicación de documentos o el propio laudo, dejando dicha determinación en poder de las partes o del tribunal arbitral en ausencia de acuerdo entre las partes, siempre en relación o de conformidad con las leyes aplicables al caso, lo que reafirma una vez más la fuerza enraizada de la confidencialidad y privacidad en este tipo de procedimientos.

Sin embargo, consideramos que, ante el innegable carácter privado que tiene el arbitraje comercial internacional, éste debe ceder siempre y cuando una de las partes sea un Estado o un ente público, teniendo en cuenta el interés público presente en la cuestión, lo que amerita un cambio de mentalidad en este sentido respecto al arbitraje comercial. La CCI, como principal institución arbitral, debe reconocer que sus procedimientos no están al margen, en determinados momentos, de un interés público, el cual debe ser tenido en cuenta y que posibilita una mayor transparencia de los mismos, permitiendo que sean conocidos por terceros ajenos al procedimiento y hasta por la propia sociedad civil, máxima exigente de la transparencia en este tipo de arbitrajes con presencia de una parte estatal o pública.

I.2.2 La transparencia en las reglas de arbitraje del CIADI.

A diferencia del arbitraje comercial internacional, que tradicionalmente se basa en el principio de confidencialidad⁴³ -aunque debemos destacar la existencia de jurisdicciones que no lo aceptan como modalidad por defecto, por lo que las partes deben incorporar específicamente la confidencialidad en su acuerdo de arbitraje⁴⁴-, el sistema de solución de conflictos inversionista-Estado tiene una fuerte implicación en el interés público, estando presente en litigios relacionados con los recursos naturales, cuestiones ambientales o de salud pública de los Estados. Como el Estado anfitrión es normalmente el demandado, los poderes reguladores, los objetivos de las políticas públicas y la recaudación económica de los contribuyentes pueden estar involucrados en los casos de arbitraje de inversiones, motivos estos

autorización del tribunal arbitral y de las partes, las audiencias no estarán abiertas a personas ajenas al proceso”.

⁴³ FELICIANO, F.: “The 'Ordre Public' Dimensions of Confidentiality and Transparency in International Arbitration: Examining Confidentiality in the Light of Governance Requirements in International Investment and Trade Arbitration” in NAKAGAWA, J. (Ed): *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement*, Routledge, London, 2013, pp. 15-29.

⁴⁴ DE LY, F., FRIEDMAN, M., RADICATI DI BROZOLO, L. (Eds.): “International Law Association International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on 'Confidentiality in International Commercial Arbitration’”, *ILA*, 2012. Disponible en: <http://arbitration.oxfordjournals.org/content/28/3/355>, consultado el 18/02/ 2019.

que ha propiciado un aumento de las exigencias respecto a la transparencia en el arbitraje inversionista-Estado a nivel internacional.

En el ámbito más restringido del Derecho internacional de las inversiones, la transparencia puede tener varias dimensiones. Por un lado, puede remitirse a la obligación del Estado anfitrión de proporcionar información adecuada al inversor extranjero sobre su legislación pertinente y los procesos administrativos de toma de decisiones, en la medida en que pueda afectar a la inversión extranjera. Dichas obligaciones en materia de transparencia pueden exigir que los Estados publiquen sin demora o pongan de manera pública a disposición del público sus leyes, reglamentos, procedimientos y decisiones judiciales de alcance general a fin de proporcionar seguridad jurídica y suficiente claridad en términos del Estado de Derecho, lo que suele llamarse transparencia reglamentaria.

De hecho, algunos tribunales de arbitraje de inversiones han considerado la transparencia reglamentaria de parte del criterio sustantivo de “trato justo y equitativo”⁴⁵, e incluso el principio de transparencia es considerado importante en el Derecho internacional de las inversiones, particularmente como un elemento de la propia norma de trato justo y equitativo⁴⁶. Lo que podemos apreciar en el caso *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos México*, administrado bajo las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI. Controversia que surge de las actividades de Metalclad Corporation (Demandante) en el municipio mexicano de Guadalcázar en el Estado mexicano de San Luis Potosí. Metalclad Corporation alega que los Estados Unidos Mexicanos (Demandado), a través de sus Gobiernos tanto regionales como estatales, interfirieron en el desarrollo y operación de su confinamiento de residuos peligrosos. Metalclad Corporation fundamenta que esa interferencia es una violación de las disposiciones del Capítulo Once sobre inversión del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

En particular, el Demando alega violaciones al artículo 1105 del TLCAN que dispone que cada Parte en el TLCAN “otorgue a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”, y al artículo 1110 del propio tratado que establece que “ninguna de las Partes podrá

⁴⁵ PAPANINSKIS, M.: *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 39-83.

⁴⁶ YANNACA-SMALL, K.: “Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments”, in REINISCH, A. (Ed): *Standards of Investment Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 121-122.

nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública, (b) sobre bases no discriminatorias, (c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105(1) y (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6”. México niega los alegatos presentados por el Demandando, y el Tribunal, en su análisis sobre el trato justo y equitativo, expresó que la transparencia es pertinente cuando se aplica el estándar de protección de un trato justo y equitativo, afirmando: “*En la declaración de principios y reglas que introduce el Tratado, la referencia a la “transparencia” es de importancia mayor. (Artículo 102(1) del TLCAN). El Tribunal entiende que esto incluye la idea de que todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar al amparo del Tratado, deberían de ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados de la otra Parte*”⁴⁷. El tribunal resuelve el caso dictando un laudo a favor del Demandante. Pero México solicitó la nulidad del laudo ante una corte canadiense que sostuvo parcialmente la validez del mismo⁴⁸.

Como se puede observar en el citado caso, el tribunal le atribuye un papel muy significativo al principio de transparencia y en el que cabe interpretaciones mucho más amplias del alcance del estándar de trato justo y equitativo. Si el Estado no garantiza un marco reglamentario transparente, comete una infracción grave del acuerdo original de inversión al que están vinculadas las partes⁴⁹. En otro sentido, la transparencia también puede referirse a las obligaciones del inversionista extranjero de proporcionar información sobre la inversión -sin que afecte los secretos comerciales o el *know how*- y su impacto en el sistema interno de los Estados.

La iniciativa más significativa hasta la fecha ha sido el movimiento hacia audiencias abiertas en el arbitraje de inversiones, estableciendo requisitos de apertura y publicidad para asegurar el acceso público a los procedimientos arbitrales entre un inversionista extranjero y un Estado, tal y como ha ocurrido en el TLCAN y que analizamos más adelante. Sin embargo, mucho más

⁴⁷ Véase, el caso *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos México*, Caso No. ARB (AF)/97/1, 2000, Laudo, paragraph. 75-76.

⁴⁸ BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, L. (Eds.): *International Investment Law and Sustainable Development Key Cases from 2000-2010*, Winnepeg: International Institute for Sustainable Development, 2011, p. 75.

⁴⁹ DUSSAN LAVERDE, S.: “Analysis of the Principle of Transparency with Special Reference to Its Implications for the Procedure of International Investment Arbitration”, *Criterio Jurídico*, Vol. 11, No. 1, 2011, p. 118.

restringida se encuentra la celebración de audiencias públicas en el ámbito de la CNUDMI y el CIADI. En este sentido, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI obliga a las partes contendientes a dar su consentimiento a la apertura de las audiencias, al reconocer: *“Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada a menos que las partes acuerden lo contrario. El tribunal arbitral podrá requerir a todo testigo o perito que se retire durante la declaración de otros testigos, salvo que, en principio, no deberá requerirse, a un testigo o perito que sea parte en el arbitraje, que se retire”*⁵⁰, siendo más matizado al respecto el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, al establecer: *“Salvo objeción de alguna de las partes, el Tribunal, tras consultar con el Secretario General, podrá permitir, sujeto a los arreglos logísticos pertinentes, que otras personas además de las partes, sus apoderados, consejeros jurídicos y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal asistan a la totalidad o a parte de las audiencias, o las observen. En dichos casos el Tribunal deberá establecer procedimientos para la protección de la información privilegiada o protegida”*⁵¹. Sin embargo, el propio reglamento faculta al tribunal a establecer procedimientos -sin establecer qué tipo de procedimientos, por ejemplo, una contraprestación o indemnización-, para proteger la información confidencial.

El desarrollo de la transparencia en las normas del CIADI, aunque con elementos menos estrictos, predominando más la discreción de las partes que en el TLCAN, se alcanzó con la reforma del Reglamento CIADI y su Reglamento Complementario del año 2006. Que junto a la Regla 39(2) sobre la apertura de las audiencias al público, se une la Regla 37(2) sobre la opción de las presentaciones de “partes no contendientes”, permitiendo que los tribunales puedan considerar la admisión de presentaciones de escritos por terceras partes -por ejemplo, *amicus curiae*-, siempre que consideren que; *“(…) la presentación de las partes no contendientes ayudaría en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particular distinta a aquellos de las partes en la diferencia; que la presentación de las partes no contendiente abarque una cuestión dentro del ámbito de la diferencia y que la parte no contendiente tenga un interés significativo en el procedimiento. El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no*

⁵⁰ Artículo 28(3) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI del año 2013.

⁵¹ Regla 39(2) del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

*contendiente*⁵², y la Regla 48(4) sobre la comunicación de los laudos, la cual establece que; “(...) el Centro deberá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento del Tribunal”⁵³. El mayor cambio respecto a la transparencia en las reglas del CIADI ha sido la participación de terceros, ya que previo a las modificaciones introducidas en el año 2006 no se preveía la presentación de comunicaciones por parte de terceros.

En este sentido, las disposiciones sobre transparencia del CIADI son más débiles que las negociadas por los Estados Unidos en sus AII, e incluso las pactadas en el propio TLCAN. Estas modificaciones han propiciado que el CIADI pueda publicar en su sitio web algunos detalles de los procedimientos relativos a las controversias registradas por la secretaría, incluyendo la composición del tribunal arbitral, el estado del procedimiento, las órdenes emitidas por el tribunal. Pero el propio Reglamento prohíbe, como hemos comentado antes, la publicación del fallo, dígase, los laudos, sin el consentimiento de las partes.

El CIADI está obligado a proporcionar al público, únicamente, extractos del razonamiento jurídico del Tribunal, tal y como lo establece su Reglamento. Pero los alegatos presentados por las partes, así como los testimonios de expertos y de testigos, en la gran mayoría de las veces siguen siendo confidenciales⁵⁴. De hecho, la mayoría de los laudos del CIADI no se publican. Por ello, si bien podemos apreciar un paso de avance del CIADI respecto a la transparencia, creemos que las modificaciones introducidas en sus respectivas Reglas no son suficientes. Aún persisten rasgos de debilidad de la institución respecto a las normas de transparencia en el procedimiento arbitral, encontrándose muy distante de las normas establecidas en el propio TLCAN respecto a la transparencia.

Por otra parte, la reforma del CIADI del año 2006 permitió expresamente la presentación de escritos de *amicus curiae*. La Regla 37(2) del Reglamento de Arbitraje del CIADI ha sido interpretada por los tribunales para indicar que un tercero, por ejemplo, una ONG interesada, debe solicitar autorización al tribunal para presentar declaraciones escritas para que éste las considere. El tribunal decide después de consultar a las partes, pero tiene el poder de admitir

⁵² Véase, Regla 37(2) del Reglamento de Arbitraje del CIADI.

⁵³ La Regla 48(4) del Reglamento de Arbitraje del CIADI establece; “El Centro no publicará el laudo sin el consentimiento de las partes. Sin embargo, el Centro deberá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del Tribunal”. Véase, <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc-spa/partF-chap06.htm#r48>; también, University of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1151. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1739174>, consultados ambos sitios web el 18/02/2019.

⁵⁴ MAUPIN, J.A.: “Transparency in International Investment Law”. Disponible en: <http://scholarship.law.duke.edu/do/search/?q=Maupin%20Transparency&start=0&context=1022222>, consultado el 18/02/2019.

presentaciones de terceros, incluso si una parte en la controversia objeta. Sin embargo, según la Regla 32(2) del propio Reglamento, el permiso para presentar un escrito de *amicus* no implica que el tercero tenga derecho a asistir a audiencias privadas o acceder a documentos que no son de dominio público⁵⁵, siendo ésta una dificultad en el enfoque adoptado por el CIADI, ya que los beneficios en la presentación de *amicus* hubiesen sido mayores si éstos, dígame los terceros, pudieran tener acceso a toda la documentación de la disputa.

En consecuencia, los tribunales arbitrales hoy en día, careciendo de un marco regulador de la transparencia, sólido, consistente, que les permita una mayor transparencia del procedimiento deben, en el actuar de sus facultades, establecer el límite preciso entre la transparencia y la confidencialidad -cuestión de extrema complejidad-, teniendo en cuenta las reglas de arbitraje aplicables y, especialmente, el APPRI en el que se basa el litigio.

Eso es precisamente lo que ocurrió en el caso *Telefonica S.A. vs. United Mexican States*⁵⁶, en el cual el tribunal tuvo que enfrentarse a un desacuerdo entre las partes respecto a la confidencialidad y la transparencia. Telefonica S.A (Demandante) somete a consideración del Tribunal la cláusula de confidencialidad pactada entre las partes, alegando que la información que se ha presentado y que se seguirá presentando durante el procedimiento es información confidencial, resultando muy difícil disociar la información de carácter público de la información confidencial, ya que incluye “(...) información relativa a los costos, ingresos y rentabilidad de la inversión de Telefónica en México, su topología de red y uso de tecnologías y espectro, así como estimaciones de Telefónica y/o terceros respecto de esos y/u otros rubros similares de los competidores de las concesionarias mexicanas de Telefónica, estados

⁵⁵ Véase el caso, *Biwater Gauff Ltd. vs. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 5, párrafs. 46 y 68-72, 2007. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0091_0.pdf, consultado 18/02/2019. En este caso el Tribunal tuvo que determinar si las reglas recién enmendadas del CIADI no solo permitían la presentación de *amicus curiae*, sino también si permitían a los *amicus* presentar argumentos orales ante el tribunal. Finalmente, el tribunal aceptó las presentaciones de *amicus curiae*, pero les negó el acceso a las audiencias porque el demandante (*Biwater Gauff*) se opuso a ellos. El tribunal no reveló los documentos presentados en el proceso, pero especificó que le corresponde al tribunal lograr un equilibrio entre transparencia y confidencialidad. El caso referenciado es un fiel ejemplo de la relación existente entre la divulgación, la apertura de audiencias y la participación de *amicus curiae* en el proceso de resolución de disputas inversionista-Estado. En este sentido, véase también; GRISEL, F., VINUALES, J.: “L’Amicus Curiae dans l’arbitrage d’investissement”, *ICSID Rev.*, Vol. 23, 2007, pp. 380, 396-407. ISHIKAWA T.: “Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration”, *ICLQ*, Vol. 59, No. 2, 2010, pp. 373-412. TRIANTAFILOU E.E.: “Amicus Submissions in Investor-State Arbitration After Suez v. Argentina”, *AIL*, Vol 24, 2008, p. 571. VINUALES J.: “Amicus Intervention in Investment Arbitration”, *DRJ*, Vol 61, No. 4, 2007, p. 72.

⁵⁶ Véase el caso, *Telefonica S.A. vs. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/4, Procedural Order No. 1, 2013, pp. 16-23. Disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1597.pdf>, consultado el 18/02/2019.

*contables, estados financieros, participación del mercado, proyecciones de mercado, entre mucha otra de similar naturaleza*⁵⁷, por lo que la utilización de dicha información fuera del procedimiento y utilizada de forma ventajosa por terceros ajenos a la controversia, podría causar daños y perjuicios tanto a Telefónica como a la Demandada, motivo por el cual exige la confidencialidad de la información.

La Demandada señala, entre otras cosas, que ni el APPRI ni el Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) imponen una obligación de confidencialidad a las Partes, excepto en lo relativo a la audiencia. Según la Demandada, *“el hecho de que el APPRI únicamente se refiera a la publicidad del laudo no significa que el resto de la información del procedimiento deba ser confidencial. Por el contrario, la ausencia de disposición al respecto en el APPRI lleva a entender que la Demandada nunca asumió una obligación de confidencialidad como la propuesta por la Demandante”*⁵⁸.

Analizado los argumentos presentados por las Partes, el tribunal consideró que no prosperaba ninguna de las cláusulas de confidencialidad presentadas a su valoración por las Partes, por la razón que *“ni el APPRI, ni el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el Convenio CIADI), ni el Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) contienen reglas generales de publicidad o confidencialidad que deban ser observadas por las Partes en el presente procedimiento”*⁵⁹. En este sentido, teniendo en cuenta que las Partes no han llegado a acuerdo alguno sobre la confidencialidad y ante la ausencia de una norma específica sobre confidencialidad en el APPRI y en el Reglamento del Mecanismo Complementario, y al no ser aplicable las disposiciones invocadas por la Demandada, el Tribunal considera que debe aplicar al artículo 35 del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) que establece que *“cualquier cuestión de procedimiento no contemplada en este Reglamento o en cualesquiera normas acordadas por las partes será decidida por el Tribunal”*⁶⁰. De esta manera, el Tribunal considera que se preserva la integridad del procedimiento y se protege la información que esté sujeta a confidencialidad, al concluir que; *“Las Partes deben abstenerse de revelar a terceros: las actas o minutas de las audiencias; los Documentos aportados por*

⁵⁷ *Ibíd*em, p. 18.

⁵⁸ *Ibíd*em, p. 21.

⁵⁹ *Ídem*.

⁶⁰ *Ibíd*em, p. 25.

*las Partes en el procedimiento; la correspondencia relativa al procedimiento (intercambiada entre las Partes o entre éstas y el tribunal)*⁶¹. No podrá modificarse o levantar dichas restricciones sin autorización del tribunal.

En suma, consideramos imprescindible la existencia de un marco legal coherente sobre la transparencia. De esta forma, los resultados o decisiones de los tribunales arbitrales y el propio procedimiento arbitral tendrán una mejor fundamentación, partiendo de un justo equilibrio entre la transparencia y la confidencialidad, en total cumplimiento de los derechos de las partes en litigio, cuestión que puede influir en la posterior ejecución del laudo y su aceptación por el Estado receptor de la inversión. La importancia y trascendencia de las cuestiones antes referidas, así como la presión de los Estados y la propia sociedad respecto a la transparencia en el arbitraje de inversiones, han sido motivo, entre otros, para que el CIADI tomara un mayor interés en el asunto y comenzara a preocuparse por una posible modificación de sus actuales Reglas.

Así pues, el 3 de agosto de 2018, el CIADI publica amplias propuestas de modernización de sus actuales reglas, invitando a los Estados y al público en general a presentar sus comentarios sobre las propuestas de enmiendas presentadas, concluyendo el proceso de consulta el 28 de diciembre del mismo año⁶². Las actuales enmiendas propuestas a las Reglas de Arbitraje del CIADI⁶³ y al Mecanismo Complementario⁶⁴ prevén una mayor publicación de la documentación. Sin embargo, en cuanto a la publicación del laudo, será posible siempre que exista el consentimiento de las partes, por lo que no existe variación alguna al respecto, debido, fundamentalmente, a la propia limitación existente en el Convenio del CIADI que no será modificado. Aun y cuando continúa predominando el consentimiento de las partes para la publicación del laudo⁶⁵, se pretende introducir como novedad una disposición, la Regla 44 del Reglamento, que considera que dicho consentimiento existe después de transcurridos 60 días

⁶¹ *Ibíd.*, p. 27.

⁶² Puede consultarse el “Proceso de Enmienda de las Reglas y el Reglamento del CIADI” disponible en <https://icsid.worldbank.org/sp/Amendments>, consultado el 18/02/2019.

⁶³ Propuesta de Regla 46 del Reglamento de Arbitraje CIADI; “*A solicitud de una de las partes, el Centro publicará cualquier escrito, observación u otro documento que esa parte haya presentado en el marco del procedimiento, con las supresiones de texto acordadas por las partes*”.

⁶⁴ Propuesta de Regla 55 del Reglamento del Mecanismo Complementario CIADI; “*A solicitud de una de las partes, el Centro publicará cualquier escrito, observación u otro documento que esa parte haya presentado en el marco del procedimiento, con las supresiones de texto acordadas por las partes*”.

⁶⁵ Propuesta de Regla 44(1) del Reglamento de Arbitraje CIADI; “*El Centro publicará todo laudo, decisión suplementaria sobre un laudo, rectificación, aclaración, y revisión de un laudo y decisión sobre anulación, con el consentimiento de las partes*”.

si una parte no se opone por escrito⁶⁶. Si una parte se opone, el Centro publicará extractos jurídicos⁶⁷, como ocurre en la actualidad.

La mayor novedad introducida en materia de transparencia en las propuestas de enmiendas presentadas por el CIADI se encuentra en el Reglamento del Mecanismo Complementario. Estas no se encuentran limitadas por el consentimiento exigido en cuanto a la publicación de los laudos en el Convenio y, por lo tanto, las disposiciones propuestas en el Reglamento de Arbitraje difieren de las recomendadas en el Reglamento del Mecanismo Complementario. La regla propuesta en éste último propone que; *“El Centro publicará laudos, resoluciones y decisiones dentro de los 60 días siguientes a su emisión, con cualquier supresión de texto que haya sido acordada por las partes y notificada conjuntamente al Centro dentro del plazo de 60 días”*⁶⁸. La actual propuesta al Mecanismo Complementario del CIADI prevé un umbral mucho más amplio en cuanto a la publicación de los laudos que el propuesto al propio Reglamento de arbitraje, con la única excepción de la supresión de parte del texto del propio laudo que se considere no necesario su publicación. En caso de no existir un acuerdo entre las partes en relación con la supresión de texto, la decisión final recae en el Tribunal.

I.2.3 La transparencia en las reglas de arbitraje de la CNUDMI: análisis del Reglamento sobre la Transparencia de dicha institución.

Anterior a la adopción de las Reglas sobre la transparencia en el arbitraje de inversiones, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI contenía en sus disposiciones muy pocas referencias a la transparencia en el procedimiento arbitral en comparación con las enmiendas del CIADI del 2006. Con una lectura de las actuales reglas de la CNUDMI del 2010, podemos constatar la laguna existente en cuanto a la regulación de la transparencia, solo se hace mención a la publicación del laudo en el Art. 34(5) al establecer: *“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*

⁶⁶ Propuesta de Regla 44(2) del Reglamento de Arbitraje CIADI reconoce que; *“Si ninguna de las partes objeta por escrito a la publicación de los documentos a los que se hace referencia en el párrafo (1) dentro de los 60 días siguientes a la fecha de envío del documento, se considerará que esta ha otorgado su consentimiento para publicarlos”*.

⁶⁷ Propuesta de Regla 44(3) del Reglamento de Arbitraje CIADI; *“En ausencia del consentimiento de las partes al que se hace referencia en los párrafos (1) o (2), el Centro publicará extractos del razonamiento jurídico de dichos documentos (...)”*.

⁶⁸ Propuesta de Regla 54 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

procedimiento legal ante un tribunal u otra autoridad competente”⁶⁹. Generalmente, las audiencias eran cerradas al público, no se permitía la divulgación de la documentación o el laudo, ni se admitía en su totalidad la participación de terceros Estados en el procedimiento. Es con la adopción del Reglamento sobre la Transparencia que las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, con la incorporación del nuevo artículo 4 que hace una incorporación por referencia del Reglamento sobre la Transparencia en los arbitraje entre inversionista y Estados entablados de conformidad con un tratado⁷⁰, que permiten una mayor transparencia en el proceso arbitral.

El nuevo Reglamento sobre la Transparencia, con el fin de garantizar una mayor transparencia en el arbitraje inversionista-Estado durante todo el proceso, prevé una apertura del procedimiento arbitral y reemplaza a la anterior norma sancionadora de la CNUDMI que permitía, escasamente, la no publicidad de los procedimientos arbitrales, el no conocimiento público de éstos⁷¹. El mismo constituye el primer ejemplo de regulación integral de la transparencia obligatoria como parte de las normas *ad hoc* o institucionales aplicables al arbitraje sobre tratados de inversión.

En comparación con las enmiendas realizadas a las reglas del CIADI en 2006, que permiten sustancialmente cierta transparencia a las partes en los procedimientos arbitrales, las Reglas sobre la Transparencia de la CNUDMI distan mucho de las reglas del CIADI, y dan un paso más allá en la búsqueda de una mayor transparencia en el procedimiento arbitral. Tanto es así que proporcionan a las partes el acceso público a los documentos durante el proceso, incluyendo las presentaciones de las partes, con excepción de aquellos casos en los que el acceso debe ser restringido, teniendo en cuenta la existencia de información confidencial o por preservar la integridad del proceso arbitral. Las Reglas sobre la Transparencia de la CNUDMI, en relación con la ya mencionada Regla 37(2) del CIADI, resultan ser un poco más detalladas y establecen la distinción entre terceras personas o Partes y Partes no Contendientes en el

⁶⁹ Art. 34(5) del Reglamento de la CNUDMI del 2010.

⁷⁰ En este sentido, el Art. 4 del Reglamento de la CNUDMI, aprobado en 2013 establece: “*En el caso de los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados de conformidad con un tratado que prevea la protección de las inversiones o los inversionistas, el presente Reglamento incluye el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado, a reserva de lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento sobre la Transparencia*”.

⁷¹ En las versiones anteriores del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, las controversias inversionista-Estado escasamente se hacían públicas, aunque estuvieran en juego políticas públicas importantes o se descubrieran prácticas comerciales corruptas o ilegales. Véase, JOHNSON, L., BERNASCONI-OSTERWALDER, N.: *New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps*, Columbia University, 2013, p. 4.

tratado⁷², aunque hemos de reconocer que los efectos en ambos reglamentos son prácticamente los mismos, no existe una gran diferenciación al respecto. Sin duda alguna, el desarrollo de la transparencia en el arbitraje inversionista-Estado, demuestra que se ha ido asumiendo a nivel internacional mayor conciencia en cuanto a la presencia del interés público en este tipo de arbitraje, teniendo como objetivo principal promover la responsabilidad de los Estados frente a las actividades públicas que desarrollan y que pueden acarrear en futuros arbitrajes de inversiones.

Las reglas de transparencia del Reglamento que nos ocupa tratan cuatro aspectos de trascendental relevancia para el arbitraje inversionista-Estado: notificación de nuevos arbitrajes, acceso a documentos, presentaciones de terceros y audiencias abiertas. Por la relevancia que tiene el Reglamento sobre la Transparencia en este tipo de arbitraje, en el presente epígrafe realizamos un análisis del mismo, iniciando por las reglas sobre el alcance y el método de aplicación, para adentrarnos posteriormente a las disposiciones de apertura, divulgación, excepciones y repositorio o archivo de la información, respetando la estructura formal del mismo, lo que nos permitirá una mejor comprensión de sus preceptos.

I.2.3.1 Ámbito de aplicación del Reglamento sobre la Transparencia.

Respecto al ámbito de aplicación del Reglamento sobre la Transparencia (Art. 1), en el que se establece, la aplicabilidad, aplicación, discrecionalidad y autoridad del tribunal arbitral, el instrumento aplicable en caso de conflicto y la aplicación de las propias reglas a los arbitrajes no sujetos al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Parece claro que el mismo, desde sus propios inicios, vaticina el comienzo de una nueva etapa a nivel internacional sin precedente en el arbitraje de inversiones: la de un marco jurídico armonizado sobre la transparencia en el arbitraje de inversiones, o, coincidiendo con SILVA ROMERO y FELIPE MERIZALDE, la de una inexorable transparencia en el arbitraje de inversiones⁷³.

I.2.3.1.1 Aplicabilidad del Reglamento.

⁷² BOISSON DE CHAZOURNES, L., BARUTI, R.: “Transparency in Investor-State Arbitration: An Incremental Approach”. *Bahrain Chamber for Dispute Resolution International Arbitration Review*, Vol. 2, No. 1, 2015, p. 74.

⁷³ SILVA ROMERO, E., FELIPE MERIZALDE, J.: ¿Cumple su finalidad el nuevo Reglamento de Transparencia de la CNUDMI?, *Arbitraje PUCP*, 2014, p. 191.

Como hemos comentado antes, en abril del 2014 entró en vigor el Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI. De conformidad con el artículo 1.1, es aplicable por defecto a los arbitrajes inversionista-Estado bajo las reglas de la CNUDMI entablados en virtud un tratado de inversión celebrado en la fecha de entrada en vigor del Reglamento o posterior⁷⁴. No obstante, los Estados Partes del tratado pueden modificar la regla de aplicación por defecto, optando por no incorporarlas en futuros tratados e incorporando expresamente una exclusión del Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI, o especificando que solo se aplicará el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI tal como fue adoptado en 1976, excluyendo así el artículo 1.4 del actual Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI⁷⁵.

El Artículo 1.1 del Reglamento sobre la Transparencia regula la aplicabilidad del Reglamento en el arbitraje inversionista-Estado. En este sentido, desde sus inicios el propio Reglamento establece cuatro condiciones o requisitos que fundamentan la aplicabilidad del mismo y que analizamos a continuación:

- i) La controversia debe ser *entre un inversionista y un Estado*. Al respecto, debe reconocerse que el propio Reglamento no especifica qué condiciones, requisitos, o el tipo de persona respecto al inversionista, por lo que se presume un concepto amplio del mismo, pudiendo ser persona natural o persona jurídica;
- ii) la controversia debe *surgir en virtud de un Tratado de inversión* que establezca la protección de las inversiones o los inversionistas. Esta segunda cuestión merece ser analizada desde dos perspectivas fundamentales. La primera es la relacionada con la existencia previa de un Tratado. El propio Reglamento condiciona su aplicabilidad a la existencia de un tratado, condición sin la cual no surtiría efectos. En segundo lugar, el tratado debe proteger las “inversiones o los inversionistas”, no así a los Estados. Estamos ante una demostración más de la protección unilateral establecida

⁷⁴ El Artículo 1.1 del Reglamento sobre Transparencia establece que: “*El Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia en los Arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un Tratado (Reglamento sobre la Transparencia) se aplicará a los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados, en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, de conformidad con un tratado que establezca la protección de las inversiones o los inversionistas (el Tratado) celebrado el 1 de abril de 2014 o después de esa fecha, a menos que las partes en el tratado hayan acordado otra cosa*”.

⁷⁵ El Artículo 1.4 del Reglamento de la CNUDMI en su modificación del año 2013, establece que: “*En el caso de los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados de conformidad con un tratado que prevea la protección de las inversiones o los inversionistas, el presente Reglamento incluye el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia, a reserva de lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento sobre la Transparencia*”.

en la inmensa mayoría de los tratados de inversión y que enfatizan, perpetúa, la desigualdad entre las Partes contendientes, persistiendo su postergabilidad en el futuro, siendo la misma *contrarius sensus* a la existencia de una verdadera transparencia en el arbitraje de inversiones;

- iii) el arbitraje debe entablarse *en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI*. Al respecto, basta con que exista una referencia al Reglamento de la CNUDMI en el tratado para que pueda aplicarse el Reglamento sobre la Transparencia y;
- iv) el tratado debe celebrarse *posterior a la entrada en vigor del Reglamento*. Como es lógico, el tratado entre el inversionista y el Estado debe ser posterior a la entrada en vigor del Reglamento para que surta efectos. No obstante, el Reglamento, en busca de una mayor protección, establece ciertas excepciones que limitan o restringen la aplicabilidad del mismo, siendo posible su aplicación a arbitrajes de inversiones entablados en virtud de tratados celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento sobre la Transparencia⁷⁶, siempre que las partes litigantes así lo hayan convenido respecto de un arbitraje específico⁷⁷ o que las partes en el tratado lo hayan convenido con posterioridad al 1 de abril de 2014⁷⁸.

Con respecto a la primera opción, el tratado debe proporcionar a las partes en litigio la libertad suficiente para poder adoptar las Reglas sobre la Transparencia, cuestión ésta que puede suceder a través de un reconocimiento explícito, en el propio texto del tratado, de la

⁷⁶ En este sentido el Artículo 1.2 del Reglamento establece: “*Con respecto a los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, de conformidad con un tratado celebrado antes del 1 de abril de 2014, este Reglamento solamente se aplicará si: a) las partes en un arbitraje (las partes litigantes) convienen en su aplicación respecto de ese arbitraje; o, b) las partes en el tratado o, en el caso de un tratado multilateral, el Estado del demandante y el Estado demandado han convenido en su aplicación después del 1 de abril de 2014*”; coincidiendo así, con lo expresado en la segunda de las recomendaciones de la Resolución 68/109 de las Naciones Unidas, cuando reconoce que: “*a reserva de toda disposición del tratado pertinente que pueda requerir un grado de transparencia mayor que el previsto en el presente Reglamento sobre la Transparencia, este último se aplique mediante mecanismos apropiados a los arbitrajes entre inversionista y Estados entablados de conformidad con un tratado que prevea la protección de los inversores y las inversiones celebrado antes de la fecha de entrada en vigor del Reglamento, en la medida que dicha aplicación sea compatible con esos tratados*”.

⁷⁷ Véase, Artículo 1.2 a) del Reglamento sobre la Transparencia. En el ámbito práctico, referenciamos el caso, *Iberdrola, S.A. (España), Iberdrola Energía, S.A.U. vs. Bolivia*, Caso CPA No. 2015-05, administrado por la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), 2015. En el cual las Reglas de transparencia se aplican al caso por acuerdo de las partes contendientes (artículo 1.2 a) y no como consecuencia de un tratado. Al igual que en el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22, 2014.

⁷⁸ Véase, Artículo 1.2 b) del Reglamento sobre la Transparencia.

posibilidad que tienen las partes de poder llevar a cabo cualquiera de las acciones comentadas antes.

En el caso específico de los AII, hay que tener en cuenta que las cláusulas de solución de controversias Estado-Inversor plantean un uso gradual de diferentes mecanismos, de modo que el Reglamento de Transparencia sólo resultaría aplicable en el supuesto de que las partes, de mutuo acuerdo⁷⁹, acudiesen al arbitraje, dejando de lado el resto de las opciones que suelen ofrecer los tratados, a saber, la negociación y el recurso a los tribunales competentes del Estado receptor de la inversión. Una vez descartadas dichas opciones se acudiría al arbitraje internacional bajo la modalidad acordada por las partes, teniendo en cuenta los distintos reglamentos arbitrales que el propio acuerdo les ofrece⁸⁰. Éste último es, precisamente, el

⁷⁹ Según artículo 1.2 a) del Reglamento sobre la Transparencia.

⁸⁰ En este sentido, podemos citar varios ejemplos, como pueden ser: el acuerdo APPRI entre Argentina y Argelia, 2000 (en vigor 2002), en su artículo 8.3, establece: “*En caso de recurrir al arbitraje internacional la controversia puede ser llevada ante uno de estos órganos de arbitraje que a continuación se mencionan a elección del inversor: a) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por la "Convención sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados" abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo haya adherido a aquélla. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI. b) a un Tribunal de arbitraje ad-hoc, establecido según las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI.)*”, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/40>; el APPRI entre Costa Rica y Argentina, 1997 (en vigor 2001), en su artículo 12.5, establece que: “*En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada: a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creado por el "Convenio sobre el Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente Acuerdo se haya adherido a aquel. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI para la administración de procedimientos de conciliación, de arbitraje o de investigación; b) a un tribunal de arbitraje "ad hoc" establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)*”, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/80>; el APPRI, entre España y Bahrein, 2008 (en vigor 2014), en cuyo artículo 11.2, establece que: “*Si estas controversias no pudieran resolverse de forma amistosa en un plazo de seis meses a partir de la fecha de la notificación escrita mencionada en el apartado 1, podrán someterse, a elección del inversor: - al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya efectuado la inversión; o, - a un tribunal de arbitraje «ad hoc» establecido según el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); o, - al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) establecido en virtud del «Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados», abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, en el caso de que ambas Partes Contratantes lleguen a ser miembros de dicho Convenio. Si una Parte Contratante que sea parte en la controversia no ha llegado a ser Estado Contratante del Convenio antes mencionado, la controversia se resolverá de conformidad con las normas del Mecanismo Complementario para la Administración de los Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y de Determinación de Hechos del CIADI*”, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4846>; el APPRI entre España y Mauritania, 2008 (en vigor 2016), cuyo artículo 11.2 establece que: “*Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a partir de la fecha de la notificación escrita mencionada en el apartado 1, la controversia se someterá, a elección del inversor: - a un tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión; o, - a un tribunal de arbitraje ad hoc constituido de acuerdo con el Reglamento de*

mecanismo más utilizado en los AII para la solución de controversias entre las Partes contendientes.

Con respecto a la segunda de las opciones planteadas anteriormente, y que tiene estrecha relación con el apartado b) del artículo 1.2 del Reglamento sobre la Transparencia, los Estados Partes tendrán que manifestar su consentimiento, posterior a la fecha de entrada en vigor del Reglamento, para poder adoptar el Reglamento sobre la Transparencia a los arbitrajes celebrados con anterioridad a dicha fecha. Al respecto, el propio artículo 1.2 b), no especifica el tipo de acuerdo a través del cual los propios Estados pueden manifestar su consentimiento, lo que permite cierta flexibilidad, permitiéndolo a los Estados acordar dicho consentimiento a través de tratados, declaraciones conjuntas, manifestaciones unilaterales de consentimiento u otros métodos para establecer un acuerdo⁸¹.

I.2.3.1.2 Aplicación del Reglamento.

La aplicación del Reglamento es posible previa existencia de un tratado de inversión⁸². Una vez las partes litigantes en el arbitraje de inversiones han acordado aplicar el Reglamento sobre la Transparencia, no podrán apartarse del mismo a menos que el propio tratado se lo permita⁸³, lo que reafirma el carácter irrenunciable del Reglamento. En este sentido, se limita la capacidad de las partes litigantes, o sea, el propio Reglamento sobre la Transparencia restringe la actuación de las partes contendientes para establecer una excepción a las Reglas de Transparencia.

Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; o, - al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI.) creado por el «Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados», abierto a la firma en Washington el 18 de Marzo de 1965, cuando cada uno de los Estados Partes en el presente Acuerdo se haya adherido a aquél. En caso de que una de las Partes Contratantes no fuera Estado Contratante del citado Convenio, la controversia se resolverá conforme al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría del CIADI”, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4847>. Todos los sitios web fueron consultados el 18/02/2019.

⁸¹ En este sentido, podemos citar como ejemplo El Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra Mercosur, de fecha 07/04/2017.

⁸² Tal y como reconoce el Artículo 1.3 del Reglamento sobre la Transparencia, el cual establece: “*En todo arbitraje en que sea aplicable el Reglamento sobre la Transparencia de conformidad con un tratado o con un acuerdo por las partes en ese tratado*”.

⁸³ En este sentido, el Artículo 1.3 a) establece que: “*las partes litigantes no podrán apartarse de este Reglamento, ni mediante acuerdo ni de ningún otro modo, a menos que el tratado se lo permita*”.

En este sentido, consideramos muy acertado el precepto del artículo 1.3 a), el cual constituye una garantía tanto para los Estados como para el propio público en general respecto al mantenimiento de la transparencia durante todo el proceso arbitral. O sea, al impedir que las partes en un momento determinado del proceso se aparten de la aplicación del presente Reglamento sobre la Transparencia, obliga que las mismas tengan que cumplir con todos los requisitos de transparencia exigidos en el Reglamento durante todo el proceso arbitral, evitando así, que la transparencia sea socavada por las Partes contendientes en un momento dado del proceso. El presente artículo tiene un carácter impositivo, toda vez que impone a las partes la obligatoriedad de su aplicación⁸⁴. Ahora bien, ante la restricción en la actuación de las Partes litigantes, esto no significa que no pueda tenerse en cuenta eventuales situaciones que surjan. Así pues, el artículo 1.3 b) permite cierta flexibilidad al tribunal arbitral para aplicar las Reglas de Transparencia⁸⁵. En este sentido, le concede un campo de actuación más amplio y le permite poder adaptar sus requerimientos a las especificidades de cada caso concreto, siempre previa consulta con las Partes litigantes y en la medida en que sea necesario para favorecer el desarrollo práctico del arbitraje.

No obstante, aunque el precepto defiera al tribunal arbitral un margen mayor de movilidad y actuación para la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia una vez haya consultado a las Partes contendientes, éstas no tienen poder decisorio al respecto, siendo facultad única y exclusiva del tribunal, el cual puede, en busca de una mayor transparencia en el procedimiento, ampliar el alcance de las normas de transparencia, estableciendo los mecanismos específicos para su aplicación⁸⁶, siempre que promueva el mantenimiento de la transparencia durante el proceso. Condición ésta que consideramos acertada, ya que permite que el tribunal pueda actuar sin restricción siempre que lo considere oportuno, siendo coherente, como es lógico, con los objetivos del propio Reglamento. Lo que favorece no solo el incremento de la transparencia en

⁸⁴ SCHLEE, P.: “Transparência em arbitragens internacionais investidor-Estado”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. Año 3, No. 5, 2015, p. 106.

⁸⁵ El Artículo 1.3 b) del Reglamento sobre la Transparencia establece: “El tribunal, al margen de las facultades discrecionales que le confieren algunas disposiciones de este Reglamento, estará facultado para adoptar los requisitos de cualquiera de sus disposiciones concretas a las circunstancias del caso, tras celebrar consultas con las partes litigantes, si esa adaptación resulta necesaria para que el arbitraje se lleve a cabo de una forma práctica y si es coherente con el objetivo de transparencia de este Reglamento”.

⁸⁶ Véase, al respecto, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 2, “Transparency”, 2015, párrafo 10; en el cual, el propio tribunal, una vez las Partes han acordado la aplicación del Reglamento sobre Transparencia, reconoce que llevará a cabo la ampliación de los algunos aspectos del Reglamento, estableciendo normas específicas para su aplicación; una vez aceptado por el CIADI, institución que administra dicho arbitraje.

el arbitraje de inversiones, sino también la eficacia del procedimiento⁸⁷. Toda actuación del tribunal debe ser con el único propósito de aumentar o asegurar la transparencia en un caso concreto y no disminuirla.

I.2.3.1.3 Discrecionalidad y autoridad del tribunal arbitral.

El Reglamento sobre Transparencia, siguiendo una secuencia lógica para su aplicación, después de brindarle un amplio margen de movilidad al tribunal arbitral en el precepto anterior, en el artículo 1.4 insta a los tribunales a ejercer discrecionalidad en sus actuaciones⁸⁸. En este sentido, el propio Reglamento establece los criterios a través de los cuales el tribunal arbitral debe ejercer esa facultad de apreciación, teniendo en cuenta, en primer lugar el interés público en la transparencia tanto en el arbitraje inversionista-Estado como en el procedimiento arbitral en particular⁸⁹ y, en segundo lugar, el interés de las partes litigantes para obtener una resolución justa y eficiente de la controversia⁹⁰. Cuestión ésta muy interesante, ya que si bien estos elementos son parte de los logros obtenidos en el TLCAN, hemos de reconocer que el propio Reglamento, en su afán de enfatizar dichos criterios en el propio cuerpo dispositivo, los acoge como principios generales de la transparencia en el arbitraje inversionista-Estado, lo que puede ser considerado como un salto cualitativamente superior en lo que a la transparencia concierne dentro del marco legal del sistema de resolución de disputas inversionista-Estado.

⁸⁷ Al respecto, en el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. El tribunal respondiendo una petición de una de las partes para que se tuvieran en cuenta las Reglas de la IBA, expresó: *Finally, the Tribunal observes that the IBA Rules on the Taking of Evidence (the "IBA Rules") are unhelpful in the present context. Indeed, they address a distinct issue, i.e. whether certain documents may become part of the record, while the Transparency Rules and PO2 address whether documents already in the record can be made public. Admittedly, some of the relevant considerations for the purposes of exceptions to transparency under the Transparency Rules may overlap with aspects pertinent to exemptions from production under the IBA Rules (e.g. in respect of Art. 7(2)(a) and (c)). One should, however, not lose sight of the fact that the goal of the exercise carried out here is a different one;* continuando en el párrafo siguiente respecto a la determinación: *Applying the legal framework set out above, the Tribunal makes the following determinations. For the sake of procedural economy and efficiency, it provides its decision and its main reason(s) for it in bullet point format. It does so after having reviewed the Parties' arguments and the relevant tests arising from the applicable legal framework.* Procedural Order No. 4, "Respondent's Objection to Publication", 2015, párrafo 5 y 6.

⁸⁸ Al respecto el Artículo 1.4 del Reglamento sobre la Transparencia establece: "Cuando el Reglamento sobre la Transparencia establezca que el tribunal arbitral tendrá facultades discrecionales, en el ejercicio de tales facultades el tribunal arbitral tendrá en cuenta...".

⁸⁹ El artículo 1.4 a) del Reglamento sobre la Transparencia establece: "El interés público en la transparencia de los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados en el marco de un tratado y del procedimiento arbitral en particular".

⁹⁰ En ese sentido, el Artículo 1.4 b) reconoce: "El interés de las partes litigantes en que la controversia se resuelva de manera justa y eficiente".

Resulta significativo que el propio Reglamento establezca una relación *numerus clausus* de las formas a través de las cuales el tribunal arbitral puede ejercer discrecionalidad durante el procedimiento, reconociendo como primera de ellas y sobreponiéndose al interés particular de las partes el interés público en la transparencia del arbitraje inversionista-Estado⁹¹ y la del procedimiento arbitral en particular.

Como se ve, el precepto establece la prevalencia del interés público presente en el arbitraje inversionista-Estado sobre el interés particular de las partes litigantes en la controversia. Sin embargo, inmediatamente surge el interrogante de hasta qué punto el propio interés de las partes en lograr una resolución justa y eficiente en el arbitraje de inversiones no forma parte también del interés público. En este sentido, coincido con parte de la doctrina⁹² en que, en efecto, la protección y la tutela de los inversionistas no puede dissociarse de dicho interés público, entre otros motivos y sobre todo, porque la afluencia de la inversión extranjera y la generación de confianza entre los inversionistas constituyen un interés primordial para la economía de los Estados.

El Reglamento, más allá de regular la discrecionalidad con que debe actuar el tribunal arbitral, también establece la autoridad del tribunal para permitir o exigir la transparencia en los arbitrajes de la CNUDMI que no utilicen las reglas de transparencia del presente Reglamento⁹³. En este sentido, se pretende que el Reglamento pueda ser asumido por el mayor número de arbitrajes y de esta forma contrarrestar cualquier posible presunción contra la transparencia⁹⁴. Tanto es así que faculta al tribunal para admitir escritos presentados por terceros interesados ajenos a la controversia.

Me parece positivo que el Reglamento reconozca la facultad del tribunal arbitral para promover la transparencia en los arbitrajes bajo las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI y la

⁹¹ Al respecto, véase, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 4, “Respondent’s Objection to Publication”, páragrahp 4, 2015.

⁹² FERNÁNEZ ARROYO, D.: “La Transparencia como paradigma del arbitraje de inversiones”, en TANZI, A., ASTERITI, A., POLANCO LAZO, R., TURRINI, P.: *Derecho internacional de las inversiones en América Latina: problemas y perspectivas*, Brill Nijhoff, Netherlands, 2016, p. 268.

⁹³ En este sentido, el Artículo 1.5 del Reglamento sobre la Transparencia, establece: “Este Reglamento no afectará a la autoridad que pueda tener el tribunal arbitral en virtud del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI para dirigir el arbitraje de tal forma que se promueva la transparencia, por ejemplo, aceptando escritos presentados por terceros”.

⁹⁴ JOHNSON, L., BERNASCONI-OSTERWALDER, N.: *New UNCITRAL Arbitration Rules...op.cit...p. 12.*

posibilidad que tiene el propio tribunal de aceptar escritos de terceros que faciliten o posibiliten una mayor transparencia del procedimiento, pues de este modo cabe mitigar los factores que puedan menoscabar los objetivos de transparencia establecidos en el Reglamento⁹⁵. Así lo puso de manifiesto el tribunal arbitral del caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*⁹⁶. El presente litigio tuvo como causa la alegación por parte de *BSG Resources Limited* (Demandante) de la violación de una serie de derechos mineros por parte de la República de Guinea (Demandada) que fueron previamente otorgados a dos de sus subsidiarias por el Gobierno guineano. Derechos que fueron retirados por Guinea, una vez revisados el expediente de concesión mediante un procedimiento administrativo llevado a cabo por el Gobierno guineano y tras detectar la existencia de corrupción en el proceso de concesión.

Durante el transcurso del procedimiento, el Tribunal recibe una solicitud realizada por las Partes para proteger la información confidencial contenida en cinco categorías de documentos presentados en el caso, en base a lo establecido en el Art. 7 del Reglamento sobre la Transparencia y las propias reglas que las Partes adoptaron por Orden Procesal No. 2. En este sentido, el Tribunal, una vez analizado el marco legal aplicable al caso, reconoce que *“cuando existe una disputa sobre si un determinado documento o categoría de documento es confidencial, el Tribunal actuará siempre en base al Art. 7 del Reglamento sobre la Transparencia, teniendo en cuenta el ejercicio de su discrecionalidad, el interés público en la transparencia y el interés de las Partes en una resolución justa y eficiente de la controversia. Para garantizar, de esta manera, que los objetivos de transparencia prevalezcan ante cualquier conducta que tenga el efecto de socavar dicho objetivo”*⁹⁷.

⁹⁵ A estos efectos, el Artículo 1.6 establece: *“Ante cualquier conducta, medida u otra acción que tenga el efecto de menoscabar por completo los objetivos de transparencia del presente Reglamento, el tribunal arbitral se asegurará de que prevalezcan dichos objetivos”*.

⁹⁶ Véase, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22.

⁹⁷ *Ibidem*. Procedural Order No. 4, “Respondent’s Objection to Publication”, párrafo 4, 2015. *“Where there is a dispute on whether a certain document or category of documents is confidential or otherwise protected, the Tribunal will make its determination in application of the standards set out in Article 7 of the Transparency Rules. In this context, Article 1(4) of the Transparency Rules specifies that, in the exercise of its discretion, the Tribunal must take into account the public interest in transparency as well as the Parties’ interest in a fair and efficient resolution of their dispute. Further, according to Article 1(6) of the Transparency Rules, the Tribunal must ensure that the transparency objectives prevail in the face of any conduct having the effect of undermining such objectives”*.

Merece la pena llamar la atención sobre el hecho de que las facultades otorgadas al tribunal arbitral consagradas en el artículo 1.6 del Reglamento, que persiguen hacer prevalecer la transparencia en el procedimiento, constituyen una fuerte limitación a la capacidad de los Estados para eludir la aplicación del Reglamento sobre Transparencia. Opinamos que dicha limitación ha sido introducida de propósito con el objeto de reestablecer la proporcionalidad o el equilibrio en relación con algunas de las excepciones establecidas en el artículo 7 del Reglamento sobre la Transparencia, que autorizan a los Estados a soslayar su aplicación. De lo contrario, los propios Estados como Partes contendientes podrían invocar su propia ley para evitar, por ejemplo, la publicación o divulgación de ciertas informaciones relativas al procedimiento.

I.2.3.1.4 Instrumento aplicable en caso de conflicto.

El Reglamento, en busca de una mayor transparencia en el arbitraje de inversiones, tiene un efecto de complementariedad respecto al resto de reglas aplicables⁹⁸. Establece también algunas cláusulas de conflicto. Su aplicación en los arbitrajes entablados en virtud de otras reglas de arbitraje no está exenta de colisionar o entrar en conflicto con aquellas. En este sentido, queda claro que el Reglamento sobre la Transparencia es jerárquicamente superior al resto de las disposiciones conflictuales de los reglamentos de arbitraje aplicables, donde en caso de conflicto siempre prevalecerá el Reglamento sobre la Transparencia⁹⁹.

En otro sentido, cuando el Reglamento sobre la Transparencia entra en conflicto con el tratado, la cuestión es distinta. Entonces prevalecerán siempre las disposiciones del tratado¹⁰⁰ y, en caso de que el Reglamento entre en conflicto con el derecho aplicable al arbitraje, prevalecerán las disposiciones del derecho aplicable¹⁰¹. De esta forma, el propio Reglamento sobre la Transparencia reconoce el principio de que las reglas de arbitraje no pueden prevalecer sobre leyes obligatorias para las partes. Sin embargo, el Reglamento omite toda referencia al

⁹⁸ El Artículo 1.7 reconoce que: “*Siempre que el Reglamento sobre la Transparencia sea aplicable, complementará cualquier otro reglamento de arbitraje aplicable (...)*”.

⁹⁹ A tenor de lo establecido en el Artículo 1.7 del Reglamento sobre la Transparencia: “*(...) cuando exista un conflicto entre el Reglamento sobre la Transparencia y el reglamento de arbitraje aplicable, prevalecerá el Reglamento sobre la Transparencia (...)*”.

¹⁰⁰ En este sentido, el propio Artículo 1.7, continúa estableciendo que: “*(...) Independientemente de lo dispuesto en este Reglamento, cuando exista un conflicto entre el Reglamento sobre la Transparencia y el tratado prevalecerá lo dispuesto en el tratado*”.

¹⁰¹ A tenor de lo establecido en el Artículo 1.8 del Reglamento sobre la Transparencia, el cual establece que: “*Cuando una norma de este Reglamento esté en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje de la que las partes no puedan apartarse, prevalecerá esa disposición*”.

grado de transparencia que puedan establecer los futuros tratados cuando éstos entren en conflicto con el propio Reglamento. O sea, teniendo en cuenta la prevalencia absoluta de dichos tratados sobre el Reglamento, puede darse el caso de que futuros TBI proporcionen un grado mayor o menor de transparencia respecto al Reglamento.

Sin embargo, la propia CNUDMI en busca de una mayor garantía y seguridad respecto a la aplicación de las normas de transparencia en todos los arbitrajes de inversiones, ha instado a la creación de una Convención con el objetivo de que la misma sea asumida obligatoriamente por cada uno de los Estados firmantes como norma interna en sus ordenamientos jurídicos. De este modo surgió la Convención sobre la Transparencia, la cual fue creada y aprobada por las Naciones Unidas. Cuestión ésta que favorece la aplicación de las normas de transparencia, evita el conflicto de leyes que pudiera surgir respecto a la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia y el Derecho aplicable, encontrándose dentro de éste último las propias normas de transparencia asumidas en la Convención sobre la Transparencia, o Convención de Mauricio sobre la Transparencia, como internacionalmente se le reconoce.

I.2.3.1.5 Aplicación en arbitrajes que no estén sujetos al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

El Reglamento sobre la Transparencia, en busca de una mayor expansión y reconocimiento del mismo a nivel internacional en el arbitraje inversionista-Estado, así como la existencia de un marco jurídico armonizado¹⁰² respecto a la transparencia en este tipo de arbitraje, es también aplicable a los arbitrajes inversionista-Estado entablados de conformidad con otros reglamentos distintos a la CNUDMI, como pueden ser los arbitrajes de inversiones celebrados bajo las Reglas de Arbitraje del CIADI, ya que el propio marco jurídico del CIADI permite a las partes acordar un grado de transparencia mayor que el requerido por el convenio del CIADI

¹⁰² Así queda reflejado en uno de los considerando de la Resolución que aprobó el Reglamento sobre la Transparencia, aprobada por la Asamblea General en fecha 16 de diciembre de 2013, sobre la base del informe de la Sexta comisión (A/68/462), cuyo tenor reconoce: “*Creyendo que un reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado contribuiría considerablemente al establecimiento de un marco jurídico armonizado para resolver de forma equitativa y eficiente las controversias internacionales en materia de inversiones, aumentar la transparencia y la rendición de cuentas y promover la buena gobernanza*”.

y su Reglamento de Arbitraje¹⁰³; también se incluyen los procedimientos *ad hoc*¹⁰⁴. En consecuencia, los Estados pueden acordar la aplicación de las normas de transparencia en todos los mecanismos de solución de controversias disponibles en virtud de un tratado determinado. Finalmente, una vez analizado el artículo 1 del Reglamento sobre Transparencia, sin duda alguna, tal y como reconocen SILVA ROMERO y FELIPE MERIZALDE, “el mismo tiene un innegable potencial de gozar de amplia aplicación en el arbitraje de inversiones”¹⁰⁵.

I.2.3.2 Publicación de información al inicio del procedimiento arbitral.

El Reglamento sobre la Transparencia prevé la divulgación rápida y obligatoria de los hechos que han originado el inicio del arbitraje. Al inicio del procedimiento, cuando un reclamante envía una notificación de arbitraje a un Estado demandado, ambas Partes contendientes deben enviar una copia “sin demora” al repositorio. Una vez que el repositorio tenga evidencia de que el demandado ha sido notificado o tras haber recibido la notificación de arbitraje, debe “sin demora” publicarlo. O sea, poner a disposición pública los hechos básicos específicos sobre la disputa, como son: el nombre de las partes contendientes, el sector económico pertinente y el tratado en virtud del cual se formula la demanda¹⁰⁶.

Con una simple lectura del artículo 2 del Reglamento sobre la Transparencia, respecto a la publicación de la información al inicio del procedimiento, saltan a la vista de modo inmediato algunas cuestiones de gran envergadura. La primera cuestión está relacionada con la expresión “sin demora” utilizada en el tenor literal del precepto. Consideramos que se trata de una expresión indeterminada e imprecisa, que puede traer como consecuencia interpretaciones distintas por cada una de las Partes contendientes. Hubiese resultado más acertado establecer un plazo para la publicación de la información, sobre todo si tenemos en cuenta que no existe un tribunal arbitral previamente constituido que pueda concretar dicho plazo, especificando

¹⁰³ Al respecto, véase el caso, *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 2, “Transparency”, párrafo 9, 2015.

¹⁰⁴ Tal y como lo reconoce el Artículo 1.9 del Reglamento sobre la Transparencia: “*El presente Reglamento podrá aplicarse en arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados de conformidad con otros reglamentos que no sean el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o en procedimientos ad hoc*”.

¹⁰⁵ SILVA ROMERO, E., FELIPE MERIZALDE, J.: Cumple su finalidad, ...*op.cit.*, p. 191.

¹⁰⁶ En este sentido, el propio Artículo 2 del Reglamento sobre la Transparencia establece: “*Una vez que el demandado haya recibido la notificación del arbitraje, cada una de las partes litigantes transmitirá sin demora una copia de esta al archivo mencionado en el artículo 8. Tras haber recibido la notificación del arbitraje del demandado, o tras haber recibido la notificación del arbitraje y el registro de su transmisión al demandado, el archivo procederá sin demora a poner a disposición del público la información relativa al nombre de las partes litigantes, el sector económico afectado y el tratado en virtud del cual se formula la demanda*”.

con exactitud un término a cumplir por las partes litigantes para depositar la notificación de arbitraje o el registro de la misma en el archivo correspondiente.

En este sentido, consideramos que el Reglamento, respecto a la cuestión objeto de análisis, y en función de los objetivos que se propone en cuanto a la transparencia en el arbitraje de inversiones, es muy abstracto. El literal del precepto es la reafirmación de que la no publicación de la notificación de arbitraje, documento que inicia la andadura de un procedimiento arbitral, así como la información básica, específica del procedimiento, va en contra de los fines del propio Reglamento sobre la Transparencia y en ocasiones hasta del propio tratado entre las partes¹⁰⁷ cuando éste guarde silencio al respecto. El presente artículo no es más que el reflejo que evidencia el interés de la CNUDMI por potenciar la publicidad, la divulgación, el conocimiento público del arbitraje de inversiones como elementos caracterizadores de la transparencia en este tipo de arbitrajes. En este sentido, consideramos que la norma analizada carece de precisión, debe establecer un término razonablemente prudencial a través del cual las partes puedan hacer llegar la notificación del arbitraje al archivo y que éste pueda hacer pública la información requerida. Así pues, una propuesta de redacción de la norma puede ser la siguiente; *una vez que el demandado reciba la notificación del arbitraje, cada una de las partes litigantes transmitirá en el plazo de 10 días naturales una copia de esta al archivo mencionado en el artículo 8. El archivo, tras recibir la notificación de arbitraje del demandado, o la notificación del arbitraje y el registro de su transmisión al demandado, hará público en un plazo de 10 días naturales la información relativa al nombre de las partes litigantes, el sector económico afectado y el tratado en virtud del cual se formula la demanda.*

La segunda cuestión, es la relacionada con la publicación de la información básica del arbitraje, dígame el nombre de las partes litigantes, el sector económico afectado y el tratado en virtud del cual se formula la demanda. En este sentido, creemos que la información es muy escueta, demasiada pobre. Consideramos que si la transparencia reconoce como fundamento esencial el acceso público a dicha información, ésta debe ser lo más amplia posible, no puede circunscribirse a la simple información básica, debe ir mucho más allá, pudiendo incluir también la normativa que rige dicho arbitraje, los hechos o actos que sirven de base a la demanda, o la propia demanda en sí. La información básica, por el propio carácter originaria

¹⁰⁷ BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, L.: *Transparency in the dispute settlement process: Country best practices* (IISD & CIEL). Disponible en: <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?id=1529>, 2011, p. 3-4, consultado 18/02/2019.

de la misma, establecerá aquellos elementos que sustentarán la aplicación de la transparencia en el momento inicial y puede servir como hilo conductor respecto a su aplicación durante todo el procedimiento¹⁰⁸.

Por otra parte, la ampliación de la información básica, desde el propio inicio del procedimiento arbitral, puede favorecer también la participación de terceros, *amicus curiae*, en el arbitraje de inversiones. De lo contrario, sería difícil -aunque no imposible- su participación, pues carecerían de información suficiente para fundamentar sus escritos, cosa que, por el contrario, podría resultar perfectamente viable si, desde los albores del propio arbitraje, se les hubiese suministrado dicha información¹⁰⁹.

Respecto al archivo o repositorio, el cual debe poner a disposición pública la información que se detallada en el artículo 2, en relación con el artículo 8 del propio Reglamento sobre Transparencia¹¹⁰, parece que el mismo recaerá en la Secretaria General o alguna institución nombrada por la CNUDMI. En aquellos arbitrajes de inversiones entablados bajo reglas arbitrales distintas a la CNUDMI y que se acojan al Reglamento sobre la Transparencia previa manifestación del consentimiento de las partes, como puede suceder, por ejemplo, ante el CIADI, resulta aceptable que la propia institución lleve a cabo el registro y comunicación durante el arbitraje, teniéndose en cuenta, también, lo dispuesto en las propias reglas que rigen el procedimiento arbitral, pero siempre que no menoscabe los objetivos de transparencia del Reglamento, cumpliendo así con la finalidad establecida en el artículo 2 (llevar a cabo la divulgación de la información inicial del procedimiento). Tal y como sucedió en el ya citado caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, en el que una vez las partes acordaron la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia, ampliando el alcance en algunos aspectos y estableciendo reglas específicas para su implementación, el CIADI manifestó su aceptación para administrar el arbitraje y actuar como repositorio según lo establecido en las Reglas sobre Transparencia¹¹¹.

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ ARROYO, D. P.: La Transparencia como paradigma...*op.cit.*... p. 257.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 256.

¹¹⁰ El cual establece que: “El archivo de la información publicada conforme al Reglamento sobre la Transparencia será el Secretario General de las Naciones Unidas o una Institución nombrada por la CNUDMI”. En este sentido, consideramos que, teniendo en cuenta la relación que tiene el Artículo 8, con el Artículo 2 del Reglamento sobre la Transparencia, ambos serán analizados conjuntamente en el presente epígrafe.

¹¹¹ Al respecto, el tribunal del caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22, Procedural Order No. 2, “Transparency”, párrafh 10, 2015, estableció: “In the present case, the Parties have agreed on the application of the Transparency Rules, expanded their scope in some respects, and provided for specific rules for their implementation. ICSID has confirmed its willingness to administer this arbitration in accordance with the rules

I.2.3.3 Publicación de documentos.

El artículo 3 del Reglamento, desde sus inicios, establece tres clases o categorías de documentos emitidos por el tribunal para su divulgación, las cuales podemos denominar como:

i) documentos que deben ser obligatoriamente divulgados; “(...) *la notificación del arbitraje; la respuesta a la notificación del arbitraje; el escrito de demanda; el escrito de contestación y toda otra declaración o comunicación escritas de cualquiera de las partes litigantes; una lista de todas las pruebas correspondientes a dichos documentos y a los informes de peritos y las declaraciones de los testigos, si esa lista ha sido preparada para las actuaciones, pero no las pruebas en sí; todo escrito presentado por partes en el tratado que no son litigantes y por terceros; las transcripciones de las audiencias, cuando se disponga de ellas; y las órdenes procesales, decisiones y laudos del tribunal arbitral*”¹¹². El ya mencionado caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, es un ejemplo de como el tribunal reconoce la obligación de publicar “*la solicitud de arbitraje del Demandante, el memorial de la Demandante, la contestación a la Demanda, las pruebas documentales, las declaraciones de testigos*”¹¹³, entre otros; ii) documentos que se deben divulgar una vez que cualquier persona solicite dicha divulgación al tribunal: “*a reserva de lo dispuesto en el artículo 7, los informes de los peritos y las declaraciones de los testigos, excluidas las pruebas correspondientes, se pondrán a disposición del público si así lo pide cualquier persona al tribunal arbitral*”¹¹⁴ y iii) documentos sobre los cuales el tribunal tiene plenas facultades discrecionales respecto a su publicación: “(...) *el tribunal arbitral podrá decidir, por iniciativa propia o a solicitud de cualquier otra persona, y previa consulta con las partes litigantes, si las pruebas y demás documentos que emita o reciba el tribunal arbitral no incluidos en el párrafo 1 o 2 supra se publicarán, y de qué forma. Por ejemplo, cabe la posibilidad de que se pongan esos documentos a disposición del público en un sitio determinado*”¹¹⁵.

set forth in this Order and to act as repository as defined in the Transparency Rules and in this Order the “Repository”. En relación, a su vez, con los párrafos, 5 y 17 de la propia Orden.

¹¹² El Artículo 3.1 del Reglamento sobre la Transparencia.

¹¹³ Véase, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 2, “Transparency”, párrafo 12(iii).1, 2015; “*Subject to Article 7, the following documents shall be made available to the public: the Claimant’s request for arbitration, the Claimant’s memorial, the Respondent’s counter-memorial and any further written statements or written submissions by any Party, the exhibits, legal authorities, witness statements, expert reports (including any appended exhibits), transcripts of hearings, orders, decisions, and award of the arbitral tribunal*”.

¹¹⁴ Artículo 3.2 del Reglamento sobre la Transparencia.

¹¹⁵ Artículo 3.3 del Reglamento sobre la Transparencia.

Sin embargo, resulta curioso que, dentro del amplio margen de publicidad otorgado a la documentación durante el procedimiento, se establezca en el artículo 3.3 del Reglamento¹¹⁶, cierta restricción a la misma, lo que pudiéramos considerar, como el precepto o artículo filtro respecto a la publicidad en el Reglamento, ya que establece una limitación a la divulgación y el conocimiento público de los documentos producidos durante el procedimiento y que difieren de los especificados en los artículos 3.1 y 3.2 del Reglamento, como son las pruebas o documentos que emita o reciba el tribunal arbitral, los cuales, podrán ser divulgados, bien a iniciativa del tribunal o a solicitud de terceros previa consulta de las partes. O sea, se faculta al tribunal arbitral para decidir, a iniciativa propia o a solicitud de cualquier otra persona, respecto a la publicación de dichos documentos. Pero dicha facultad no es amplia, sino limitada desde el propio momento en que debe consultarlo con las Partes contendientes. Sin embargo, hemos de considerar que dejar al ejercicio de la facultad de apreciación del tribunal arbitral la publicación de las pruebas puede contrarrestar, en el ámbito más específico, el interés público que puede estar contenido en dicha información, y en el arbitraje de inversiones en general. Sin duda alguna, el presente apartado nos presenta un escalón oscuro en la búsqueda de una mayor transparencia en el arbitraje de inversiones. Entendemos que toda la documentación generada en el procedimiento, con excepción de aquella que obligatoriamente debe ser confidencial - cuestión que analizaremos más adelante- debería, *lege ferenda*, ser pública desde el inicio, y no dejarla a la simple determinación del tribunal, si es que en realidad deseamos que el arbitraje de inversiones sea transparente.

En efecto, el presente artículo 3 del Reglamento sobre la Transparencia, ofrece un marco en el que gran parte de la información -ya que existen algunas excepciones- relativa al procedimiento arbitral iniciado sobre la base de un tratado es puesta a disposición del público a través de un registro que será operado por la CNUDMI o por quien ésta decida. El propio artículo responsabiliza al tribunal arbitral de comunicar la documentación objeto de publicación al archivo o repositorio¹¹⁷, el cual le otorga cierta flexibilidad al tribunal para la

¹¹⁶ Ídem.

¹¹⁷ Tal y como establece el Artículo 3.4 del Reglamento sobre la Transparencia: “*Los documentos que se vayan a poner a disposición del público con arreglo a lo establecido en los párrafos 1 y 2 serán comunicados por el tribunal arbitral al archivo mencionado en el artículo 8 lo antes posible, de conformidad con las disposiciones o plazos para la protección de la confidencialidad o de información protegida establecidos en el artículo 7. Los documentos que se vayan a poner a disposición del público con arreglo a lo establecido en el párrafo 3 podrán ser comunicados por el tribunal arbitral al archivo mencionado en el artículo 8 a medida que se disponga de ellos y, cuando proceda, en su forma expurgada de conformidad con el artículo 7. El archivo hará públicos oportunamente todos los documentos en la forma y el idioma en que los haya recibido*”. Véase, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 2, “Transparency”, párrafo 12(iii).3, 2015.

divulgación de la documentación teniendo en cuenta el tipo de documento ante el cual se encuentra.

Por último, el apartado 5 del propio artículo¹¹⁸, establece una excepción respecto al costo que genera la divulgación de la información. En su virtud, la persona que solicite el acceso a los documentos contenidos en el apartado 3 tendrá que sufragar los costos administrativos generados una vez se pongan dichos documentos a disposición de la persona interesada¹¹⁹. Sin embargo, el Reglamento en el presente apartado, así como en el resto del precepto objeto de análisis, es omiso respecto de los costos generados en la traducción de documentos que sean solicitados divulgar. El literal de la norma únicamente se refiere al costo que genera el acceso a la información, teniendo en cuenta que los documentos se encuentran en el archivo que las Partes litigantes han escogido como repositorio de la documentación del procedimiento. Pero no se pronuncia cuando algunos de dichos documentos, por ejemplo, los dictámenes periciales, las declaraciones testimoniales que se solicitan sean divulgados necesitan de una traducción.

I.2.3.4 Escritos presentados por terceros.

El Reglamento le dedica especial atención a las comunicaciones de terceros que no son partes de la controversia ni del propio tratado: “*una vez consultado a las Partes litigantes, el Tribunal arbitral podrá permitir que una persona que no sea parte litigante ni sea una parte en el tratado no litigante (terceros) presente al tribunal un escrito relativo a cuestiones que sean objeto del litigio*”¹²⁰, estando en consonancia con las facultades otorgadas al tribunal arbitral en los preceptos que anteceden. El precepto que nos ocupa faculta al tribunal para aceptar o no las comunicaciones de terceros, en específico de *amicus curiae*. Resulta de gran interés que el propio Reglamento sobre la Transparencia reconozca una única forma de presentación de las comunicaciones presentadas por terceros, o sea, solo deben efectuarse por escrito, sin permitir otra forma de presentación. De ahí el carácter restrictivo del precepto. Ahora bien, aunque no se especifica qué tipo de terceros podrán presentar dichos escritos,

¹¹⁸ Según establece el Artículo 3.5 del Reglamento sobre la Transparencia: “*Las personas que reciban acceso a documentos con arreglo a lo establecido en el párrafo 3 sufragarán los gastos administrativos que conlleve facilitar el acceso de esas personas a los documentos, como los gastos de fotocopiado o envío de los documentos a esas personas, pero no los gastos que conlleve facilitar el acceso del público a esos documentos por medio de archivo*”.

¹¹⁹ Véase, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 2, “Transparency”, párrafo 12(iii).4, 2015.

¹²⁰ Art. 4.1 del Reglamento sobre Transparencia.

pensándose que el Reglamento le deja las puertas abiertas del procedimiento a todos los interesados, el propio precepto establece una limitación al reconocer que los escritos presentados deben tener relación con la cuestión objeto de la litis, por lo que se presume que solo pueden presentar los escritos aquellos interesados que tengan un interés manifiesto en la controversia o quizás posibles afectados por las consecuencias del litigio.

Como consecuencia, terceros ajenos a las Partes litigantes y al propio tratado, no pueden presentar otras formas de comunicación o participación durante el procedimiento arbitral, como pueden ser la presentación oral y la participación en audiencias. ¿Acaso esta prohibición no reduce los objetivos de transparencia del presente Reglamento incidiendo en el procedimiento arbitral? Resulta evidente que el no reconocimiento de otras formas de participación de los *amicus curiae*, contrarresta en gran medida, tanto el contenido como los objetivos propuesto por el Reglamento para la consecución de la transparencia en el arbitraje de inversiones.

Creemos que el Reglamento, a diferencia de otras normas o reglas arbitrales, pudo haber sido la norma idónea para reconocer la obligatoriedad de otras formas de participación de los *amicus curiae* en el procedimiento arbitral y que favoreciera, de esta forma -estando en consonancia con la propia Resolución que aprueba el Reglamento sobre la Transparencia y la Convención de Mauricio¹²¹-, a la armonización del marco legal internacional para la resolución del arbitraje de inversiones y, añadiríamos, de la participación de terceros no partes en el procedimiento arbitral.

Pese a todo, consideramos que los efectos prácticos que tendría el no reconocimiento de otras formas de participación de los *amicus* en el procedimiento son más bien escasos, o incluso prácticamente nulos, dependiendo, en gran medida, de las reglas que rigen el arbitraje. Es decir, mientras que el Reglamento sobre la Transparencia restringe la forma de participar de terceros en el procedimiento arbitral, las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI permiten a los tribunales, discrecionalmente aceptar otras formas de participación¹²². No obstante, el propio artículo

¹²¹ Al respecto, el párrafo tercero del Preámbulo de la Convención de Mauricio y el sexto de la Resolución que aprueba el Reglamento sobre la Transparencia establecen: “*Creyendo que el Reglamento sobre la Transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el amrc de un tratado contribuiría considerablemente al establecimiento de un marco jurídico armonizado para resolver de forma equitativa y eficiente las controversias internacionales en materia de inversiones, aumentar la transparencia y la rendición de cuentas y promover la buena gobernanza*”.

¹²² Véase, al respecto, el Artículo 17.5 del Reglamento de la CNUDMI del 2013, el cual establece que: “*El tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquier parte, permitir que uno o más terceros intervengan como partes en el arbitraje, siempre que el tercero invitado sea parte en el acuerdo de arbitraje, salvo que el tribunal arbitral entienda, tras oír a las partes y al tercero invitado a sumarse a las actuaciones, que esa intervención no debe ser*

regula los procedimientos, los criterios que deben orientar la decisión del tribunal sobre si autorizar o no la presentación de *amicus curiae* y cómo gestionar el procedimiento en relación con esa comunicación.

A diferencia de algunos tratados o reglas de arbitraje sobre las normas y procedimientos para la presentación y aceptación de comunicaciones, el Reglamento presenta también una notable diferencia. Más allá de exigir al tercero que revele cierta información sobre su persona¹²³, su interés en el caso y las cuestiones específicas sobre las que desea pronunciarse¹²⁴; establece la revelación de información sobre las fuentes de financiación o ayudas de otra índole que haya recibido el solicitante¹²⁵, datos que serán evaluados por el tribunal a los efectos de ser admitida o no su intervención en el caso. No obstante, el Reglamento, una vez reconocidas las obligaciones de todo tercero que desee presentar una comunicación al procedimiento, y las facultades del tribunal para admitir o no dicha comunicación, no se pronuncia en relación a si el tercero interesado puede presentar algún recurso ante el tribunal en caso de que éste le deniegue su solicitud de comunicación. En este sentido, deberá remitirse las reglas arbitrales en las que se basa el arbitraje, siempre y cuando éstas establezcan la participación de terceros en el procedimiento.

Sin embargo, si bien el precepto anterior se diferencia de otras normas respecto al objeto de regulación, el apartado 4.3 del Reglamento¹²⁶ no se aleja de lo ya regulado en otras reglas

permitida por poder resultar perjudicial para alguna de ellas. El tribunal arbitral podrá dictar uno o más laudos respecto de todas las partes que intervengan en el arbitraje”.

¹²³ A tales efectos, el tercero que desee presentar un escrito al tribunal, deberá indicar, a tenor de lo establecido en el Artículo 4.2 a) “*Descripción del tercero, indicando, si procede, la organización de que sea miembro y su condición jurídica (por ejemplo, asociación profesional u otra entidad no gubernamental), sus objetivos generales, la índole de sus actividades, y toda entidad matriz (incluida toda entidad que controle directa o indirectamente al tercero)*”.

¹²⁴ El propio Artículo 4.2 d) y e) del Reglamento sobre la Transparencia establecen que el tercero debe especificar en su escrito; “*Descripción de la índole del interés del tercero en el arbitraje; y e) Indicación de las cuestiones concretas de hecho y de derecho suscitadas en el arbitraje que el tercero desee tratar en su escrito*”.

¹²⁵ Al respecto, el Artículo 4.2 c) del Reglamento sobre la Transparencia establece que el tercero que desee presentar un escrito al tribunal indicará: “*Información sobre todo gobierno, persona u organización que haya prestado al tercero, i) ayuda financiera o de otra índole para la presentación del escrito; o ii) ayuda considerable en cualquiera de los dos años anteriores a la solicitud presentada por el tercero con arreglo al presente artículo (por ejemplo, la financiación de aproximadamente el 20% del total de sus operaciones)*”.

¹²⁶ El cual establece que: “*Para determinar si permite la presentación de un escrito, el tribunal arbitral tomará en consideración, entre otros factores que considere pertinentes: a) si el tercero tiene un interés considerable en el procedimiento arbitral; y b) la medida en que el escrito pueda ayudar al tribunal arbitral a determinar alguna cuestión de hecho o de derecho relativa al procedimiento arbitral, al aportar enfoques, conocimientos particulares o puntos de vista distintos a los de las partes litigantes*”.

arbitrales, como las Reglas de Arbitraje del CIADI y su Mecanismo Complementario¹²⁷ referente a los requisitos que debe de cumplir el escrito presentado por el tercero al tribunal arbitral para su aceptación. En este sentido, si bien el Reglamento no se aparta de los requisitos exigidos en otras reglas arbitrales, permite al tribunal en el ejercicio de sus facultades de apreciación poder admitir o no el escrito de presentación de un tercero. De admitirse la intervención del tercero, el mismo deberá cumplir con las condiciones formales y de fondo establecidas para que su escrito sea tomado en consideración¹²⁸, para lo cual, el tribunal deberá tener en cuenta, además, los elementos establecidos en el artículo 1.4 del Reglamento sobre la Transparencia, dígase, el interés público y la justa y eficiente resolución de la controversia.

Consecuentemente con lo anterior, el escrito presentado por terceros comporta la imposición de cargas adicionales a las partes litigantes en el proceso, razón por la cual el precepto 4.5 del Reglamento¹²⁹ exige al tribunal velar por el correcto cumplimiento del procedimiento arbitral, teniendo en cuenta el impacto que se produce con la sumisión de terceros al procedimiento, en el que las partes no están libres de perjuicios indebidos, de ahí la obligación del tribunal de velar porque no se produzcan tales perjuicios a las Partes contendientes. Del mismo modo, el propio Reglamento permite que las partes litigantes puedan tener la oportunidad de formular observaciones acerca de los escritos¹³⁰, preservando así el éxito del procedimiento arbitral, garantizando que no existan perjuicios injustos para las partes y la igualdad entre ellas, ya que las Partes contendientes tienen la oportunidad de presentar sus alegaciones en contra o a favor de los escritos presentados por terceros.

¹²⁷ Al respecto, hemos de señalar que tanto las Reglas del Mecanismo Complementario, como las Reglas de Arbitraje del CIADI, coinciden literalmente con lo establecido en los artículos 41(2) y 37(2) respectivamente.

¹²⁸ Al respecto, el Artículo 4.4 del Reglamento sobre la Transparencia establece que: “*El escrito presentado por el tercero deberá: a) estar fechado y firmado por la persona que lo presente en nombre del tercero; b) ser conciso y no exceder en ningún caso la extensión autorizada por el tribunal arbitral; c) enunciar, en términos precisos, la posición del tercero respecto de las cuestiones en litigio; y d) referirse únicamente a cuestiones en litigio*”.

¹²⁹ El cual reconoce que: “*El tribunal arbitral deberá asegurar que los escritos no perturben ni dificulten innecesariamente el procedimiento arbitral y que no causen ningún perjuicio indebido a ninguna de las partes litigantes*”.

¹³⁰ En este sentido, el Artículo 4.6 del Reglamento sobre la Transparencia establece: “*El tribunal arbitral deberá asegurar que se dé a las partes litigantes una oportunidad razonable de formular observaciones acerca de los escritos presentados por terceros*”.

I.2.3.5 Escritos presentados por partes en el tratado que no sean litigantes.

Una de las cuestiones trascendentales respecto a la participación de terceros en el arbitraje de inversiones, es la referente a la participación o intervención de los Estados firmantes del tratado que no tienen la condición de Partes contendientes en la controversia. El apartado que nos ocupa reconoce la posibilidad de que los Estados Partes del tratado, pero no de la controversia, puedan presentar comunicaciones escritas al tribunal arbitral. De tal forma, el propio tribunal puede invitar a aquellas partes del tratado que no sean partes de la controversia a presentar escritos relativos a la interpretación del tratado¹³¹.

En tal sentido, el Estado no Parte en la controversia tiene debidamente un papel importante en el caso. Una justificada razón para que los Estados no contendientes participen es que son partes en el tratado que se está interpretando, y, como tal, poseen la experiencia de haber negociado el tratado, tienen una perspectiva única sobre cómo debe interpretarse el mismo, logrando también una mejor previsibilidad de las normas en el procedimiento¹³². Lo que le permite al tribunal arbitral tener mayor conocimiento respecto a la interpretación del tratado y “lograr una mayor coherencia interpretativa del mismo”¹³³. La norma del Reglamento que analizamos está inspirada en el procedimiento establecido en el artículo 1128 del TLCAN. Sin embargo, mientras que la participación de los Estados Partes no contendientes está concebida como un derecho en el TLCAN, el precepto del Reglamento que nos ocupa establece un límite a la participación de dichos Estados Partes no contendientes, reconociendo únicamente las presentaciones sobre cuestiones de interpretación del tratado concerniente bajo el cual el tribunal ha sido designado, dejando un amplio margen de discreción al tribunal para controlar la participación de los Estados Partes no litigantes.

La legitimidad de la participación de los Estados no Partes en la controversia, pero sí del tratado, deriva del hecho de que estos Estados son los únicos en disputa con obligaciones en virtud de tratados de inversión, en el cual los Estados Partes se comprometen a cumplir dichos

¹³¹ Tal y como lo establece el Artículo 5.1 del Reglamento sobre la Transparencia: “*El tribunal arbitral permitirá, con arreglo al párrafo 4, que partes en el tratado que no sean litigantes presenten escritos o, tras consultar con las partes litigantes, podrá invitar a partes en el tratado que no sean litigantes a que presenten escritos sobre cuestiones relativas a la interpretación del tratado*”.

¹³² KAUFMANN-KOHLER, G.: *Interpretive Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law*, 2011, disponible en: http://www.arbitrationicca.org/media/1/13571335953400/interpretive_powers_of_the_free_trade_commission_and_the_rule_of_law_kaufmann-kohler.pdf, consultado el 18/02/2019.

¹³³ FERNÁNDEZ ARROYO, D. P.: *La Transparencia como paradigma...op.cit...* p. 253.

tratados y deben garantizar continuamente que sus medidas cumplan con las obligaciones contempladas en los mismos, siendo responsables en daños y perjuicios si sus decisiones no se cumplen. Los Estados pueden estar sujetos a numerosos desafíos y estarán viviendo e interpretando las obligaciones del tratado en cuestión en numerosos contextos y durante muchos años, mientras que los demandantes inversionistas no tienen obligaciones contractuales para con el Estado, y no podrán ser demandados bajo el tratado, por lo que no tienen estricta obligación de cumplir con el mismo. Un inversionista demandante en una disputa está implicado en un suceso “único”, el litigio por el cual ha demandado, mientras que los Estados Partes del tratado presentan una vinculación permanente con el mismo.

Por todo lo dicho, resulta positivo que el Reglamento autorice al tribunal arbitral a permitir que Estados no Partes del litigio, pero sí del tratado, puedan presentar escritos sobre otras cuestiones que sean objeto de la Litis, o sea, que puedan presentar comunicaciones sobre otros asuntos dentro del alcance de la disputa. Sin embargo, para poder admitir tal presentación, el tribunal debe tener en cuenta si la Parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento arbitral y que dichas presentaciones o comunicaciones contribuyan a la solución de la disputa por el tribunal, siempre que la presentación de dichos escritos, tal y como reconoce el Reglamento, no signifique acudir a la protección diplomática¹³⁴.

Cuestión ésta última con la que estamos plenamente de acuerdo, ya que la vía diplomática es, generalmente, la primera opción regulada por la gran mayoría de los Estados en sus tratados para la resolución de controversias en materia de inversión. Por lo que resulta inútil que, en una etapa avanzada del procedimiento arbitral, y en el que las partes ya han incurrido en altos costos económicos del proceso, pueda admitirse que una de las partes firmantes del tratado, pero no litigante, presente escritos con el objetivo de acudir a la protección diplomática. En este sentido, el Reglamento sobre la Transparencia tiene un carácter proteccionista del arbitraje de inversiones respecto a la vía diplomática, quizás con el objetivo de mantener alejado de una posible politización el procedimiento arbitral y la disputa en sí, que pudiera surgir a través de la intervención de las autoridades diplomáticas de los Estados.

¹³⁴ Teniendo en cuenta el Artículo 5.2 del Reglamento sobre la Transparencia, el cual establece: “*El tribunal arbitral, tras celebrar consultas con las partes litigantes, podrá permitir que partes en el tratado que no sean litigantes presenten escritos sobre otras cuestiones que sean objeto del litigio. Para determinar si permite la presentación de tales escritos, el tribunal arbitral tendrá en cuenta, entre otros factores que considere pertinentes, los factores mencionados en el artículo 4, párrafo 3, y, a fin de aportar una mayor certeza, la necesidad de evitar la presentación de escritos en que se apoye la reclamación de un inversionista de modo tal que equivalga a protección diplomática*”.

El interés de los Estados Partes de un tratado en las controversias en las que no son Partes contendientes no es sólo defensivo, sino que más bien los Estados tienen un interés imperativo de garantizar que un tratado de inversión proporcione realmente protección a los inversores y promueva la inversión extranjera en el Estado anfitrión. La protección y promoción de las inversiones es una de las razones de ser de la entrada de los Estados en esos tratados y, por consiguiente, los Estados tienen interés en que los TLC o los APPRI se interpreten de manera coherente, lógica. La consistencia en la interpretación del tratado es especialmente importante porque no existe un sistema formal de *stare decisis* o precedente dentro de este régimen de tratados. La credibilidad de todo el sistema de solución de controversias inversionista-Estado se socava cuando se emiten decisiones inconciliables. Estos incidentes siguen produciéndose en la práctica¹³⁵ y aunque le dedicaremos especial atención en el Capítulo IV *infra*, este tipo de conflicto afecta la credibilidad general del sistema y los Estados tienen interés en evitarlo siempre que sea posible. La participación de los Estados Partes del tratado no contendientes, es una de las formas en que los Estados pueden garantizar la existencia de una jurisprudencia coherente y la integridad continua del sistema arbitral.

Independientemente de la facultad de los Estados Parte no contendientes para presentar escritos ante el tribunal arbitral, el artículo 5.1 del Reglamento permite que el tribunal pueda invitar a dichos Estados a que presenten escritos sobre cuestiones relativas a la interpretación del tratado. Sin embargo, ante la ausencia de respuesta a tal invitación, el tribunal no está facultado para extraer conclusiones de dicha actitud silente o reacia a pronunciarse¹³⁶. El Reglamento adopta así una actitud permisiva, cuando, a nuestro juicio, debería haber establecido la obligación de los Estados Parte no contendientes de seguir el requerimiento del tribunal, con el objeto de clarificar los puntos controvertidos y propiciar, de este modo, una mayor seguridad jurídica, teniendo en cuenta la repercusión que tienen dichos escritos o comunicaciones en la uniformidad interpretativa del tratado en el que se basa el proceso arbitral y hasta en el propio laudo final.

En otro orden de cosas, es preciso recordar que, ante la existencia de escritos presentados por las partes, el Reglamento establece que el tribunal arbitral debe velar porque los mismos

¹³⁵ FRANCK, S.D.: “The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties have a Bright Future”, *University of California*, Vol. 12:47, 2005, pp. 60-63.

¹³⁶ En este sentido, el Artículo 5.3 del Reglamento sobre la Transparencia establece que: “*El tribunal arbitral no sacará conclusión alguna de la falta de escritos o de respuesta ante una invitación formulada con arreglo a lo establecido en los párrafos 1 o 2*”.

no perturben el procedimiento ni cause perjuicios indebidos a las partes¹³⁷, dándole la posibilidad a las Partes contendientes de presentar sus alegaciones¹³⁸.

En consecuencia, y desde el punto de vista práctico, creemos que reconocer legalmente en uno de los preceptos del Reglamento, la obligación del tribunal arbitral para pronunciarse en caso de ausencia de escritos o respuesta ante una invitación formulada por éste a las Partes del tratado no contendientes, incentivaría la participación de estos en el procedimiento arbitral y, en cierta medida, podría estimular a los Estados para establecer dicha obligación respecto a las partes en futuros tratados, o renegociar los existentes en ausencia de dicha obligación. En este sentido, debe reconocerse la relevancia del TLCAN, el cual en su Capítulo Once, y en virtud del artículo 1128¹³⁹, establece que los Estados tienen derecho a presentar observaciones sobre una cuestión de interpretación del TLCAN, existiendo disposiciones complementarias en los artículos 1127¹⁴⁰ y 1129¹⁴¹ que estipulan que un Estado que no contesta puede recibir notificación de reclamaciones y copias de alegatos, siendo ésta la vía fundamental e innovadora para dar voz al Estado no contendiente en los procedimientos bajo este capítulo. De esta forma,

¹³⁷ Tal y como lo establece el Artículo 5.4 del Reglamento sobre la Transparencia: “*El tribunal arbitral asegurará que los escritos presentados no perturben ni dificulten innecesariamente el procedimiento arbitral y no causen ningún perjuicio indebido a ninguna de las partes litigantes*”.

¹³⁸ AL respecto, el Artículo 5.5 del Reglamento sobre la Transparencia reconoce que: “*El tribunal arbitral asegurará que se dé a las partes litigantes una oportunidad razonable de hacer observaciones acerca de los escritos presentados por partes en el tratado que no sean litigantes*”.

¹³⁹ En el contexto del Capítulo Once del TLCAN, el derecho de presentar comunicaciones sobre la interpretación de tratados, Artículo 1128, ha sido invocado por al menos un Estado Parte no contendiente en la mayoría de los casos del TLCAN concluidos hasta el momento. Desde los inicios, los Estados Partes no contendientes a menudo hicieron varias presentaciones conforme al Artículo 1128, por ejemplo: en el caso *Pope & Talbot Inc. vs. Canadá (1999)*; en el cual México y Estados Unidos presentaron cada uno ocho comunicaciones; el caso *Methanex Corp. vs. Estados Unidos (1999)*, en el cual Canadá y México presentaron cada uno tres escritos y; en *United Parcel Service of America, Inc. (UPS) vs. Canadá*, ICSID Case No. UNCT/02/1, 2000, en el cual México y Estados Unidos, presentaron tres comunicaciones según el Artículo 1128. Las comunicaciones del Artículo 1128 del TLCAN se han centrado en una amplia variedad de cuestiones respecto a la interpretación, alcance y cobertura del tratado, el trato nacional, el nivel mínimo de trato, los requisitos de desempeño y la expropiación. En ocasiones, los tribunales han solicitado la opinión de los Estados Partes no contendientes del TLCAN sobre cuestiones de interpretación de tratados. Véase, por ejemplo: *Mobil Investments Canadá Inc. and Murphy Oil Corporation vs. Canadá*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, 2007, segunda presentación de escritos de los Estados Unidos y México en relación con el Artículo 1128, de fecha 21 de enero de 2011.

¹⁴⁰ El Artículo 1127 del TLCAN establece que: “*La Parte contendiente entregará a las otras Partes: a) notificación escrita de una reclamación que se haya sometido a arbitraje a más tardar 30 días después de la fecha de sometimiento de la reclamación a arbitraje; y b) copias de todas las comunicaciones presentadas en el procedimiento arbitral*”.

¹⁴¹ A tales efectos, el Artículo 1129 del TLCAN establece que: 1. “*Una Parte tendrá a su costa derecho a recibir de la Parte contendiente una copia de: (a) las pruebas ofrecidas al tribunal; y (b) argumentos escritos presentados por las partes contendientes. 2. Una Parte que reciba información conforme a lo dispuesto en el párrafo 1, dará tratamiento a la información como si fuera una Parte contendiente*”.

el artículo 1128 del TLCAN es considerado como una “disposición innovadora”, permitiendo reconocer el interés sistémico de cada Estado Parte en la interpretación del tratado¹⁴².

La presentación de escritos o comunicaciones de terceros Partes del tratado no contendientes puede, en ocasiones, ejercer una cierta presión sobre el tribunal arbitral cuando dichas presentaciones son coincidentes con la posición que asume el Estado demandado. En tal sentido, el principal problema que puede surgir es si dicha coincidencia puede dificultar la aplicación de ciertas garantías de inversión y, por lo tanto, ser determinantes en la resolución de la disputa¹⁴³.

En correspondencia con el Capítulo Once del TLCAN, el Capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, específicamente el Artículo 10.20.2¹⁴⁴, permite también que los Estados Partes no contendientes puedan presentar al tribunal arbitral comunicaciones orales o escritas relacionadas con la interpretación del tratado, permitiendo que en caso de un arbitraje inversionista-Estado, cualquiera de los Estados Partes puedan pronunciarse respecto a las cuestiones relacionadas con los tratados de inversión en los que se basa el caso, estando en relación, a su vez, con el artículo 10.21.1 del propio tratado que regula la transparencia en los procedimientos arbitrales, el cual obliga al Estado Parte contendiente -o sea, al Demandado- a entregar al resto de Estados Partes no contendientes los documentos¹⁴⁵ relacionados con el caso y la publicación de los mismos, es decir, ponerlos a disposición del público, permitiendo que el tribunal arbitral se pronuncie y pueda extraer conclusiones al respecto. De esta forma, el tratado permite que todos los Estados Partes puedan

¹⁴² KINNEAR, M.N.: “Artículo 1128 - Participación de una Parte en las disputas de inversión en virtud del TLCAN”, en Guía comentada del TLCAN Capítulo 11, Suplemento No. 1, *Kluwer Law International*, 2006, p. 1128-1.

¹⁴³ FRY, J.D., REPOUSIS O.G.: “Intertemporality and International Investment Arbitration: Protecting the Jurisdiction of Established Tribunals”, *AIL*, Vol 31, 2015, pp. 223-259.

¹⁴⁴ En lo adelante, CAFTA-DR. El CAFTA-DR entró en vigor para los Estados Unidos, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua en el año 2006, para la República Dominicana en el año 2007 y para Costa Rica en el año 2009. El Capítulo 10 del CAFTA-DR se refiere a la inversión e incluye disposiciones respecto a las obligaciones de las Partes con respecto a “inversionistas de otra Parte” e “inversiones cubiertas” (Sección A), así como a la solución de controversias entre inversionista y Estado (Sección B). En su artículo 10.20.2 establece que: “Una Parte no contendiente podrá presentar comunicaciones orales o escritas ante el tribunal con respecto a la interpretación de este Tratado”.

¹⁴⁵ En este sentido el artículo 10.21.1 reconoce que: “Sujeto a los párrafos 2 y 4, el demandado, después de recibir los siguientes documentos, los entregará con prontitud a las Partes no contendientes y los pondrá a disposición del público: (a) la notificación de intención; (b) la notificación de arbitraje; (c) los alegatos, escritos de demanda y notas explicativas presentados al tribunal por una parte contendiente y cualquier comunicación escrita presentada de conformidad con el Artículo 10.20.2 y 10.20.3 y el Artículo 10.25; (d) las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, cuando estén disponibles y; (e) las órdenes, laudos y decisiones del tribunal”.

revisar los documentos pertinentes y tener conocimiento de las cuestiones de interpretación de los tratados relacionados con el caso. En este sentido, el cumplimiento de ambos artículos, no solo garantiza el conocimiento público de la información o documentación relacionada con el litigio, sino también que los Estados Partes no contendientes puedan ejercer sus derechos para realizar presentaciones orales y escritas sobre cuestiones relacionadas con la interpretación del CAFTA -DR¹⁴⁶, lo que favorece el pronunciamiento del tribunal y que el mismo pueda elaborar mejores conclusiones en los litigios amparado bajo el propio tratado.

Los dos tratados comentados antes pueden constituir un punto de referencia de los Estados a nivel internacional como elemento referencial para establecer en futuros tratados a negociar la obligación de participar, mediante la presentación de escritos o comunicaciones en el procedimiento arbitral como Estados Partes no contendientes. Elementos estos que debían haberse tenido en cuenta en el Reglamento sobre la Transparencia, como garante de la transparencia en el arbitraje de inversiones, máxime cuando tiene carácter universal a través de la propia Convención de Mauricio, la cual es de obligatorio cumplimiento para los Estados Partes.

I.2.3.6 Audiencias.

La celebración de las audiencias es uno de los temas más controvertido del Reglamento sobre la Transparencia en el arbitraje inversionista-Estado en el marco de un tratado, se distancia del resto de otras reglas arbitrales¹⁴⁷, debido a la exigencia de celebrar las audiencias

¹⁴⁶ En el contexto del CAFTA-DR, podemos citar, entre otros, los siguientes casos: *Commerce Group Corp. y San Sebastián Gold Mines, Inc. vs. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17, 2009, en el que El Salvador presentó objeciones preliminares de conformidad con el proceso acelerado conforme al Artículo 10.20.5, y se presentaron en el caso dos comunicaciones de Estados Partes no contendientes de conformidad con el Artículo 10.20.2, relativo a la interpretación de la disposición de exención, Artículo 10.18.2: por parte de Costa Rica y de Nicaragua en fecha 1 de noviembre de 2010. Las comunicaciones presentadas por ambos Estados fueron tenidas en cuenta por el tribunal arbitral en el laudo final, el cual se cita las cuestiones más relevantes de las comunicaciones presentadas por ambos Estados Partes no contendientes y que resultaron de gran utilidad en la elaboración de las conclusiones finales, tal y como reconoce el propio tribunal; el caso, *Railroad Development Corporation vs. Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, 2007, en el cual los Estados de El Salvador y Honduras presentaron en enero de 2012, comunicación relacionada con el Capítulo 10 del CAFTA-DR, específicamente, respecto a si es posible o no la aplicación del Artículo 10.20.2 y 10.5 a los litigios surgidos con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado y a la interpretación del concepto de trato justo y equitativo, respectivamente.

¹⁴⁷ Como puede ser el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el cual en su Artículo 28.3 establece: “*Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada a menos que las partes acuerden lo contrario. El tribunal arbitral podrá requerir a todo testigo o perito que se retire durante la declaración de otros testigos, salvo que, en principio, no deberá requerirse, a un testigo o perito que sea parte en el arbitraje, que se retire*”.

públicas¹⁴⁸, siendo ésta la regla básica del Reglamento. Sólo estarán sujetas a las siguientes limitaciones: a) la información confidencial¹⁴⁹; b) la protección de la integridad del proceso; y c) por razones logísticas, es decir que exista el aprovisionamiento material necesario que se especifica a continuación¹⁵⁰.

El Reglamento, faculta al tribunal arbitral para que decida cómo celebrar las audiencias de forma tal que facilite la posibilidad de participación del público, así como que el propio tribunal arbitral adopte las medidas necesarias para, de ser necesario, el público pueda presenciarlas con la utilización de medios informáticos, ya sea a través de vídeo u otros medios en línea que estime pertinente¹⁵¹. El presente precepto ilustra una parte de la práctica arbitral llevada a cabo en algunos casos administrados bajos las reglas del CAFTA-DR y en el que parte de las audiencias se han transmitido en directo por internet. El primer caso en el que una audiencia del CIADI fue transmitida públicamente por Internet fue el caso *Pac Rim Cayman LLC vs. República de El Salvador*¹⁵², litigio en el que Pac Rim Cayman LLC (Demandante) alegó que el Gobierno de El Salvador (Demandado) lo privó de un “derecho perfeccionado” a una concesión de explotación minera en el proyecto de El Dorado, así como otros reclamos secundarios realizados bajo el CAFTA-DR. Durante el desarrollo del procedimiento, El Salvador presenta objeciones a la jurisdicción, competencia y admisibilidad del tribunal arbitral a tenor de lo establecido en las Reglas del CIADI, objeciones en virtud de las cuales el Tribunal decide inadmitir la demanda. Las audiencias sobre jurisdicción fueron transmitidas públicamente sobre la base de las disposiciones en materia de transparencia del CAFTA-DR, Art. 10.21.

¹⁴⁸ Al respecto, el Artículo 6.1 del Reglamento sobre la Transparencia establece: “A reserva de lo dispuesto en el artículo 6, párrafo 2 y 3, las audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales (audiencias) serán públicas”.

¹⁴⁹ Tal como establece el Artículo 6.2 del Reglamento sobre la Transparencia: “Cuando sea necesario proteger la información confidencial o la integridad del proceso arbitral con arreglo a lo establecido en el artículo 7, el tribunal arbitral adoptará disposiciones para celebrar en privado la parte de la audiencia que deba ser protegida”.

¹⁵⁰ En este sentido, el Artículo 6.3 del Reglamento sobre la Transparencia establece: “El tribunal arbitral adoptará disposiciones logísticas para facilitar el acceso del público a las audiencias (incluso, según proceda, organizando la asistencia mediante enlaces de vídeo u otros medios que estime conveniente). No obstante, el tribunal arbitral podrá, tras celebrar consultas con las partes litigantes, decidir que toda la audiencia o parte de ella se celebre en privado cuando resulte necesario por motivos logísticos, por ejemplo, cuando debido a las circunstancias no pueda adoptarse ninguna disposición logística viable para permitir el acceso del público a las audiencias”.

¹⁵¹ Ídem.

¹⁵² Véase, el caso *Pac Rim Cayman LLC vs. República de El Salvador* (Caso CIADI No. ARB/09/12), 2009. Documentación disponible en: <https://www.italaw.com/cases/783>, consultado el 18/02/2019.

No obstante, cuando no concurren las condiciones logísticas necesarias para llevar a cabo el conocimiento público de las audiencias, el tribunal arbitral está facultado, previa consulta con las partes, para decidir que parte de la audiencia o la audiencia en general, se celebre en privado¹⁵³. Así pues, en el reiterado caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, el tribunal arbitral sostiene; “una Parte puede solicitar que una parte de la audiencia sea privada y confidencial, que la transmisión de la audiencia se suspenda temporalmente o que la información protegida sea excluida de la transmisión de vídeo. En la medida de lo posible, una Parte informará al Tribunal antes de plantear temas en los que se pueda esperar que surja información confidencial o protegida. El Tribunal consultará entonces a las Partes. Dichas consultas se realizarán a puerta cerrada y la transcripción se marcará como “confidencial”. Después de consultar con las Partes, el Tribunal decidirá si se excluye la información en cuestión de la transmisión y la parte correspondiente de la transcripción se marcará como confidencial”¹⁵⁴.

El literal del precepto 6.3 del Reglamento sobre la Transparencia, establece que el tribunal antes de tomar la decisión de admitir o no el acceso público a la audiencia en general o, a parte de ella, debe adoptar las medidas necesarias que faciliten el acceso público desde mucho antes de la celebración de la audiencia¹⁵⁵, cuestión que consideramos muy positivo. De esta forma se limita la facultad de actuar del tribunal arbitral, lo que facilita que el mismo, por simples motivos no bien justificados, pueda impedir el acceso público a la audiencia. Ahora bien, resulta significativo resaltar que en caso de que no se lleve a cabo el acceso público a las

¹⁵³ De esta forma, el Reglamento sobre la Transparencia no se aleja mucho de la Regla 32(2) del Reglamento del CIADI y la Regla 39(2) del Mecanismo Complementario, las cuales coinciden en establecer: “Salvo objeción de alguna de las partes, el Tribunal, tras consultar con el Secretario General, podrá permitir, sujeto a los arreglos logísticos pertinentes, que otras personas, además de las partes, sus apoderados., consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal, asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen. En dichos casos el Tribunal deberá establecer procedimientos para la protección de la información privilegiada o protegida”.

¹⁵⁴ Véase, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 2, “Transparency”, páragrahp 14 (iii), 2015; “At any time during the hearings, a Party may request that a part of the hearing be held in private and that confidential, that the broadcast of the hearing be temporarily suspended or that protected information be excluded from the video transmission. To the extent possible, a Party shall inform the Tribunal before raising topics where confidential or protected information could reasonably be expected to arise. The Tribunal will then consult the Parties. Such consultations shall be held in camera and the transcript shall be marked “confidential”. After consultation with the Parties, the Tribunal will decide whether to exclude the information in question from the broadcast and the relevant portion of the transcript shall be marked “confidential”. The transcript made public by the Repository shall redact those portions of the hearing marked “confidential”.

¹⁵⁵ Tal y como ha sucedido en el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, Procedural Order No. 2, “Transparency”, 2015, páragrahp 14. (i), donde el tribunal argumenta; “The hearings will be broadcast and made publicly accessible by video link on the ICSID website. An audio-video recording will also be made of hearings. For logistical reasons, physical attendance by third persons at hearings shall be subject to the Tribunal’s approval”.

audiencias por cualquiera de las razones antes expuestas, eso no impedirá que los terceros pudiesen tener conocimiento de las transcripciones de las mismas. Las transcripciones se rigen por una regla diferente, establecida en el artículo 3.1 del Reglamento sobre la Transparencia. Por lo que los aspectos que no estén dentro de la confidencialidad establecida en el artículo 7 del Reglamento, podrán ser revelados públicamente.

I.2.3.7 Excepciones a la norma de la transparencia.

I.2.3.7.1 Información confidencial o protegida.

La transparencia bajo el Reglamento es limitada. Las excepciones o limitaciones a la misma están previstas en el artículo 7¹⁵⁶. Este precepto favorece el equilibrio entre las disposiciones sobre divulgación previstas en el propio Reglamento y las excepciones de confidencialidad o información protegida¹⁵⁷. Las reglas del mencionado artículo dejan a la discrecionalidad del tribunal el procedimiento a seguir en caso de existir información confidencial o protegida¹⁵⁸. En este caso el tribunal puede decidir sobre el plazo que tendrán las partes para solicitar que un determinado documento sea declarado confidencial. En este sentido, en el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, el tribunal le concedió a las partes “*un plazo de 21 días para notificar que determinado documento presentado debe ser protegido, confidencial*”¹⁵⁹. Una vez notificado por las partes al tribunal la confidencialidad del documento, éstas deben especificar qué parte del mismo debe ser protegido o si es en su totalidad. De esta forma el tribunal llevará a cabo

¹⁵⁶ En este sentido, el Artículo 7.1 del Reglamento sobre la Transparencia establece: “*La información confidencial o protegida, como se define en el párrafo 2 y se determina en cumplimiento de las disposiciones a que se hace referencia en los párrafos 3 y 4, no se pondrá a disposición del público con arreglo a los artículos 2 a 6*”.

¹⁵⁷ Al respecto, el Artículo 7.2 del Reglamento sobre la Transparencia establece: “*La información confidencial o protegida consiste en: a) Información comercial confidencial; b) Información que, conforme al tratado, no debe ponerse a disposición del público; c) Información que no debe ponerse a disposición del público, en el caso de la información del Estado demandado, con arreglo a la legalización de este, y en el caso de información de otro tipo, con arreglo a cualquier ley o normativa que el tribunal arbitral determine que es aplicable a la divulgación de esa clase de información; o, d) Información cuya divulgación impidiera hacer cumplir la ley*”.

¹⁵⁸ Tal y como lo establece el Artículo 7.3 del Reglamento sobre la Transparencia: “*El tribunal arbitral, tras celebrar consultas con las partes litigantes, adoptará disposiciones para impedir que se ponga información confidencial o protegida a disposición del público*”.

¹⁵⁹ Véase, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 2, “Transparency”, 2015, párrafo 15. “Pursuant to Article 7(3)(a), each Party or third person shall give notice within 21 days from the filing of a document that it seeks protection for confidential or protected information in that document. In the absence of such notice, the Tribunal will authorize the publication of any document mentioned in Section 12(iii) above”. El artículo 7.3 a) del Reglamento sobre la Transparencia, faculta al tribunal al disponer, “*los plazos para que una parte litigante, una parte en el tratado no litigante o un tercero indique que desea proteger dicha información en los documentos*”.

los procedimientos oportunos para seleccionar y suprimir dicha información. No obstante, la decisión final la tendrá el tribunal una vez consultado con las partes¹⁶⁰. Tal y como reconoció el Tribunal del caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, al establecer “*cualquier solicitud de protección de información confidencial o protegida realizada de conformidad con el párrafo anterior deberá identificar específicamente la parte (o partes) del documento que se pretende designar como confidencial o protegido. Después de consultar a las Partes, el Tribunal decidirá si la información identificada es confidencial o protegida*”¹⁶¹. Decisión contra la cual, el Reglamento no establece la posibilidad de que las partes puedan presentar recurso alguno.

En este sentido, resulta interesante que el propio Reglamento no establezca la ley aplicable por la que se regirá el tribunal para determinar la confidencialidad de la información proporcionada, otorgándole al tribunal arbitral la facultad de decidir sobre cuál será el Derecho sustantivo que regirá tal cuestión. Con excepción en el caso de la información del Estado demandado, que especifica que dicha información será confidencial si así lo establece la legislación del mismo¹⁶², y con respecto a la información de los Estados demandados, los cuales no estarán obligados a divulgar información que consideren contrarias a sus intereses de seguridad esenciales¹⁶³. Tal y como lo reconoce la Ley española sobre secretos oficiales cuando reconoce que tendrán carácter de secreto toda materia clasificada, considerando así “*los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado*”¹⁶⁴. Se trata, sin duda, de una regla excepcionalísima del Reglamento sobre la Transparencia, o, si se

¹⁶⁰ Tal como lo establecen los Artículos 7.3 b) y c), los cuales establecen que el tribunal procederá con los “*procedimientos para la seleccionar y suprimir rápidamente de esos documentos la información confidencial o protegida; y los procedimientos para celebrar audiencias en privado, en la medida en que ello se prevea en el artículo 6, párrafo 2. El tribunal arbitral decidirá, previa consulta con las partes litigantes, si determinada información es confidencial o protegida*”.

¹⁶¹ Véase también, el caso, *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Véase, Procedural Order No. 2, “*Transparency*”, 2015, párrafo 16; “*Pursuant to Article 7(3)(b), any request to protect confidential or protected information made in accordance with the preceding paragraph shall specifically identify the part (or parts) of the document sought to be designated as confidential or protected. After consulting the Parties, the Tribunal will decide whether the identified information is confidential or protected. If the information is found to be confidential or protected, the Party or third person will provide the Tribunal with a redacted version of the document in question. The Tribunal will thereafter transmit that document to the Repository for publication*”.

¹⁶² Véase, Artículo 7.2 c) del Reglamento.

¹⁶³ Tal y como lo establece el Artículo 7.5 del Reglamento sobre la Transparencia: “*Nada de lo dispuesto en este Reglamento obligará al Estado demandado a poner a disposición del público información cuya divulgación considere contraria a sus intereses de seguridad esenciales*”.

¹⁶⁴ Artículo 2 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales. Publicada en el BOE, No. 84, de 6 de abril de 1968.

prefiere, una cláusula de autoejecución, dirigida a salvaguardar los intereses esenciales de seguridad de los Estados¹⁶⁵.

Sin embargo, estas excepciones también tienen sus límites. Si un Estado mantiene la confidencialidad de la información, o considera que la misma no debe divulgarse para proteger sus intereses esenciales de seguridad, dicha información gozará de protección conforme a su propia legislación, por lo que consideramos que ni siquiera debe ser presentada al tribunal. Sólo sería posible aplicar dicha excepción de confidencialidad de la información si fuese solicitado por el Estado demandado al tribunal arbitral, encontrándose la misma en poder del inversionista, o cuando estando en poder del inversionista éste la ha presentado posteriormente al tribunal. Cabe la posibilidad también de que dicha información se haya presentado voluntariamente al tribunal por el Estado demandado¹⁶⁶. Al respecto, ¿puede el tribunal arbitral rechazar la determinación que respecto a la confidencialidad de la información pueda hacer el Estado demandado? Consideramos que si la información se presenta al tribunal, éste podría rechazar dicha petición, siempre que el Derecho aplicable al arbitraje así lo permita¹⁶⁷, siendo responsabilidad del Estado demandado haber tomado las medidas necesarias para proteger de la publicidad la información. De este modo se impide que los Estados demandados hagan un uso indebido de la protección que les brinda el Reglamento respecto a la protección de la información.

I.2.3.7.2 Integridad del proceso arbitral.

Con una simple lectura de los preceptos que nos ocupan, resulta sencillo poder comprender la escueta noción que respecto al concepto de integridad del procedimiento arbitral establece el Reglamento sobre la Transparencia, ceñido a la publicación de la información. Sin embargo, una de las obligaciones básicas que asiste al tribunal arbitral es dictar un laudo que sea ejecutable, para lo cual, entre otras cosas, resulta imprescindible que el proceso arbitral se celebre cumpliéndose las normas del debido proceso¹⁶⁸ o *due process* en todos los aspectos del

¹⁶⁵ YANNACA-SMALL, K.: “Essential Security Interests under International Investment Law” in *OECD International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World*, Paris, 2007.

¹⁶⁶ JOHNSON, L., BERNASCONI-OSTERWALDER, N.: *New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency...op.cit...p. 22.*

¹⁶⁷ A tenor de lo establecido en el Artículo 1.8 del Reglamento sobre la Transparencia.

¹⁶⁸ El incumplimiento de las normas del debido proceso puede dar lugar a la inejecutabilidad del laudo, teniendo en cuenta el Artículo V, 1b) de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales de 1958 (Convención de Nueva York), el cual establece: b) *Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de*

procedimiento, cualesquiera sean las reglas que deban aplicarse. En este sentido, en ausencia de un concepto preciso de integridad del proceso arbitral, consideramos que, en un sentido amplio, dicha noción se refiere al conjunto de principios que sustentan dicho proceso y su normal cumplimiento, encontrándose, entre otros, el principio de igualdad de trato y audiencia y contradicción, teniendo en cuenta, a su vez, la responsabilidad que asume el propio tribunal, no sólo para con el proceso arbitral, sino también hacia las partes sobre cuyos derechos deciden, hacía el público y terceras personas que participen en el proceso¹⁶⁹, observando siempre los altos estándares de conductas.

El deber del tribunal arbitral de preservar la integridad del proceso arbitral no puede estar exento de cumplir los requerimientos de transparencia. Es importante que desde el comienzo se clarifiquen las reglas que regirán el proceso, así como el tratamiento que se le debe dar a la información protegida o confidencial, estando en consonancia con lo establecido en el artículo 7.6 del Reglamento sobre la Transparencia¹⁷⁰. Pero una inadecuada interpretación del precepto podría llevarnos a pensar que la integridad del procedimiento entrañaría, precisamente, el peligro de socavar todo el propósito del Reglamento, es decir, la transparencia en el procedimiento arbitral.

Sin embargo, el propio Reglamento faculta al tribunal arbitral para que, por iniciativa propia, o a solicitud de una de las partes, pueda tomar las medidas que considere oportunas respecto a la publicación de la información, cuando ésta pudiera ser utilizada por terceras personas u otras circunstancias excepcionales que pongan en peligro el normal desarrollo del procedimiento¹⁷¹, es decir, cuando al poner la información a disposición del público, tal publicación pueda

arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; estando en relación, a su vez, con lo establecido en el Artículo 18 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, que reconoce: “Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”.

¹⁶⁹ GUAIA, C.I.: “Facultades implícitas del tribunal arbitral en cuestiones éticas”. *Arbitrajes PUCP*, No. 6, 2016, p. 87.

¹⁷⁰ En este sentido, el Artículo 7.6 del Reglamento sobre la Transparencia establece: “No se pondrá información a disposición del público con arreglo a los artículos 2 a 6 cuando esa información, si se pusiera a disposición del público, pudiera poner en peligro la integridad del proceso arbitral conforme a lo dispuesto en el párrafo 7”.

¹⁷¹ Tal y como lo establece el Artículo 7.7 del Reglamento sobre la Transparencia: “El tribunal podrá, por iniciativa propia o a solicitud de una parte litigante, previa consulta con las partes litigantes cuando sea viable, adoptar las medidas adecuadas para impedir o demorar la publicación de información cuando tal publicación pueda poner en peligro la integridad del proceso arbitral porque pueda dificultar la reunión o presentación de pruebas, dar lugar a la intimidación de testigos, abogados de las partes litigantes o miembros del tribunal arbitral, o en circunstancias excepcionales comparables”.

obstaculizar la recopilación de pruebas o resultar en la intimidación de las partes, abogados o miembros del Tribunal.

Está por ver si el oscuro y vago concepto de integridad procesal expresado en las disposiciones, tendrá alguna utilidad para resolver las dudas que se plantean los tribunales arbitrales respecto a ciertos problemas relativos a la compatibilidad de la transparencia en las actuaciones arbitrales con la salvaguarda de ciertas garantías procedimentales, por ejemplo, en materia de prueba, salvaguarda del derecho de defensa, etc. No creemos que haya razones para ser demasiado optimista a este respecto.

I.2.3.8 Archivo de la información publicada.

El Reglamento sobre la Transparencia, si realmente pretende que los arbitrajes de inversiones sean transparentes, no puede concluir de otra manera que no sea con el establecimiento de un repositorio o archivo para divulgar o publicar dicha información. De esta forma, la información se encontrará pública en el sitio web de la CNUDMI¹⁷², lo que resulta de gran importancia ya que permite tener concentrado, aunque existen sus excepciones, en un único sitio toda la información relacionada con el arbitraje de inversiones en los que se apliquen las normas de transparencia establecidas en el Reglamento para su publicación. Nos referíamos antes a ciertas excepciones, debido a que, en determinados casos, no siempre el repositorio de la CNUDMI será el elegido para la publicación de la información. Hay que tener en cuenta que el propio artículo 8 faculta a la CNUDMI a nombrar otra institución que pueda llevar a cabo de dicha función, como puede suceder en ciertos casos de arbitraje ante el CIADI, que aunque se apliquen las reglas de transparencia de la CNUDMI, en la mayoría de ellos el repositorio queda en manos de la propia institución CIADI¹⁷³.

El archivo ya ha comenzado a funcionar y hasta la fecha solo existe un número de ocho casos registrados, seis pertenecientes a Canadá -de los cuales dos están pendientes de solución

¹⁷² Tal como lo establece el Artículo 8 del Reglamento sobre la Transparencia: “*El archivo de la información pública conforme al Reglamento sobre la Transparencia será el Secretario General de las Naciones Unidas o una institución nombrada por la CNUDMI*”.

¹⁷³ Véase, al respecto, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Véase, Procedural Order No.2, “Transparency”, páragrahp 17, 2015.

y cuatro ya se han concluido-, un caso de Bolivia y un caso de Guinea; éstos dos últimos aún están pendientes de solución¹⁷⁴.

I.3 La convencionalización de las Reglas sobre la Transparencia de la CNUDMI: la Convención de Mauricio.

En epígrafes anteriores nos hemos referido a la posibilidad de ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento sobre la Transparencia -ya sea por un acuerdo entre las partes litigantes o por un acuerdo de las partes del tratado- a los arbitrajes celebrados bajo un tratado con fecha anterior al 1 de abril de 2014, siendo posible con la aprobación de la Convención sobre la Transparencia o Convención de Mauricio¹⁷⁵. El objetivo general es promover la transparencia en los arbitrajes de inversiones y facilitar el proceso de participación de los Estados en la aplicación de las reglas contenidas en el Reglamento sobre la Transparencia a los tratados existentes.

La Convención tiene como principales objetivos: primero, que la gran mayoría de los Estados que estén interesados en adoptar la transparencia como criterio general en los tratados que reglan los arbitrajes de inversiones de los que son partes y que las organizaciones internacionales de integración económica puedan contar con un instrumento práctico y eficiente que les permita ampliar su aplicación a los más de 3.000 tratados bilaterales individuales de inversión, independientemente de la fecha del tratado subyacente a la disputa y las reglas aplicables al mismo, evitando así las renegociaciones de sus tratados¹⁷⁶. En segundo lugar, permitir que el Reglamento sobre la Transparencia no sólo fuese aplicable a arbitrajes de inversiones bajo las reglas arbitrales de la CNUDMI, sino también a todos los arbitrajes inversionista-Estado bajo tratados de inversión.

De esta forma consideramos que, teniendo en cuenta el carácter ambicioso de la Convención, si logra tener éxito, siendo asumida por un gran número de Estados, las reglas establecidas en el Reglamento sobre la Transparencia implicarán una modificación al régimen procedimental de arbitraje de inversiones. Mientras que las Reglas de Transparencia tienen

¹⁷⁴ Véase; el Registro de Transparencia de la CNUDMI, disponible en: <http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jsp>, consultado el 18/02/2019.

¹⁷⁵El texto de la Convención sobre la Transparencia de la CNUDMI se encuentra disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-s.pdf>, consultado el 18/02/2019.

¹⁷⁶ FERNÁNDEZ ARROYO, D. P.: La Transparencia como paradigma...*op.cit.*... p. 269.

como última finalidad influir en la redacción de futuros TBI, haciendo que los mismos puedan adecuarse a los estándares de transparencia establecidos por las propias Reglas, la Convención lo que pretende es la homogenización de las normas de transparencia en los actuales tratados de inversión.

La Convención hace una incorporación por referencia del Reglamento sobre la Transparencia, y establece dos mecanismos para la aplicación del Reglamento, el “acuerdo bilateral o multilateral” y la “oferta unilateral”. Se entiende por “acuerdo bilateral” la situación en la que el Estado demandado y el Estado del inversor son partes en el Convenio, o sea, cuando ambas o más partes de un TBI ratifican la Convención¹⁷⁷. En este sentido, presumiendo que ninguno de los Estados haya formulado la reserva pertinente, las Reglas sobre la Transparencia de la CNUDMI se aplicarán a cualquier arbitraje inversor-Estado entablado en virtud del tratado de inversión pertinente, ya sea de conformidad con las normas de la CNUDMI o algunas otras normas arbitrales. En relación a la “oferta unilateral”, se refiere a la situación en la que el Estado Demandado es parte en la Convención, pero el Demandante (Estado del inversor) no. Al respecto, suponiendo que no exista la consabida reserva, el Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI se aplicará solo si el inversionista reclamante está de acuerdo¹⁷⁸. Estos mecanismos de aplicación pueden verse restringidos en su radio de acción o completamente fracasados, teniendo en cuenta el amplio margen de reservas que establece la propia Convención.

En el conjunto de preceptos que conforman la Convención se establecen tres reservas que los Estados pueden formular respecto de su aceptación: i) un Estado puede indicar tratados de inversión específicos a los que no se aplicará la Convención¹⁷⁹; ii) un Estado puede declarar que las Reglas de Transparencia no se aplicarán a arbitrajes conducidos bajo reglas distintas a

¹⁷⁷ En este sentido, el Art. 2.1 de la Convención establece: “El Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia se aplicará a todo arbitraje entre inversionistas y Estados, entablado o no de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en el que el demandado sea una Parte que no haya formulado ninguna reserva pertinente en virtud del artículo 3.1 a) o 3.1 b) y el demandante sea de un Estado que sea una Parte que no haya formulado ninguna reserva pertinente en virtud del artículo 3.1 a)”.

¹⁷⁸ Al respecto, el Art. 2.2 de la Convención establece: “Cuando el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia no sea aplicable en virtud del párrafo 1, dicho Reglamento se aplicará a todo arbitraje entre inversionistas y Estados, entablado o no de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en el que el demandado sea una Parte que no haya formulado ninguna reserva relacionada con ese arbitraje en virtud del artículo 3.1 y el demandado consienta en la aplicación del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia”.

¹⁷⁹ El Art. 3.1 a) de la Convención establece: “No aplicará la presente Convención a un arbitraje entre inversionistas y un Estado en virtud de un determinado tratado de inversiones, identificado con su título y con el nombre de las partes contratantes en dicho tratado”.

las Reglas de la CNUDMI, por ejemplo las Reglas del CIADI¹⁸⁰ y iii) un Estado puede declarar que las Reglas de Transparencia de la CNUDMI no se aplicarán en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en los que es demandado¹⁸¹.

Sin embargo, con solo mirar el reducido número de Estados Partes de la Convención (Camerún, Canadá, Gambia, Mauricio y Suiza¹⁸²), y con una simple lectura del texto de la misma, nos resulta suficiente para percatarnos de que la búsqueda de su principal objetivo, a día de hoy, es más que fallida, lo que demuestra que, si bien la CNUDMI ha mostrado su empeño por una mayor transparencia en el arbitraje inversionista-Estado, existen un gran número de Estados con una actitud reticente ante las negociaciones de la Convención. Así pues, de los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas sólo 23 han firmado la Convención, aunque debemos destacar que algunos gobiernos se han interesado por el tema y se han ido pronunciando al respecto; ejemplo de ellos es el Gobierno australiano, que en sus recientes enmiendas propuestas a su régimen de arbitraje internacional de inversiones, ha estado abordando las implicaciones de la Convención de Mauricio en su Derecho interno¹⁸³.

No obstante, con solo adentrarnos en los preceptos de la Convención, podemos comprender que la misma resulta de difícil aplicación. En otras palabras, podrá ser considerada letra muerta para los Estados. Una simple lectura de los artículos que regulan las reservas que podrán formular los Estados Partes para no aplicar la Convención (art. 3 y 4), reservas que constituyen el epicentro neurálgico de la misma, nos resulta suficiente para comprender su no operatividad. Son tantas las reservas que pueden interponer los Estados que no queda opción alguna en la que al menos se motive a los Estados adherirse a dicha Convención. Su éxito dependerá tanto de la voluntad de los Estados en adherirse a la misma, de asumir las Reglas sobre la Transparencia e incorporarlas a los futuros tratados, como de refrenarse a las reservas

¹⁸⁰ En este sentido el Art. 3.1 b) de la Convención reconoce que: “*Los párrafos 1 y 2 del artículo 2 no se aplicarán a los arbitrajes entre inversionistas y Estados que se tramiten utilizando un determinado conjunto de reglamentos o procedimientos arbitrales distintos del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y en los que sea parte demandada*”.

¹⁸¹ Al respecto, el Art. 3.1 c) establece que: “*El artículo 2.2 no se aplicará a los arbitrajes entre inversionistas y Estados en los que sea parte demandada*”.

¹⁸² Véase, situación actual de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Nueva York, 2014). Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html, consultado el 18/02/2019.

¹⁸³ Las enmiendas propuestas por el Estado australiano se encuentran disponibles en: https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/bd/bd1617a/17bd120#_ftnref245, consultado, 18/02/2019.

reconocidas en el texto de la Convención y que pueden interponer los propios Estados. Tanto es así que, con excepción de Canadá que ha tenido en cuenta en sus APPRI los objetivos de transparencia propuestos en la Convención, e incluso actualizando su propia política de inversión, el resto de los Estados Partes ni siquiera han incorporado a sus ordenamientos internos la misma. Motivos por los que creemos que resulta difícil que la Convención garantice una verdadera seguridad para los Estados en el arbitraje de inversiones en busca de una mayor transparencia en el procedimiento arbitral. Tal y como reconocen algunos autores, “la Convención no es más que un complicado texto, cuya redacción e interpretación tiende más a equívocos que al logro del verdadero objetivo con el que se ha creado”¹⁸⁴.

I.4 Disposiciones sobre la transparencia en el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado: una mirada hacia el interior de los tratados y acuerdos internacionales de inversión.

Tan criticado ha sido el sistema de resolución de controversias inversionista-Estado como los propios tratados en los que se basa el ISDS, cuestionándose la propia conveniencia de mantener este sistema de resolución de conflictos¹⁸⁵. Cuestión que debemos analizar desde dos ámbitos distintos. Por un lado la incertidumbre que puedan presentar los países receptores de la inversión, respecto a si el inversionista extranjero no invierte lo suficiente por el temor de que su inversión pueda ser expropiada, desconfiando del sistema judicial nacional; y en segundo lugar, lograr una despolitización del sistema de solución de controversias inversionista-Estado, o sea, que el sistema se encuentre apartado de la intervención diplomática¹⁸⁶.

En el ámbito del arbitraje de inversiones es innegable la necesidad de transparencia. Sin embargo, aunque resultan muy favorables los pasos que se vienen dando respecto a la existencia de transparencia en este tipo de arbitrajes, un gran número de los tratados de inversión vigentes carecen de cláusulas o disposición alguna que regule la transparencia, es más, la inmensa mayoría guarda silencio al respecto¹⁸⁷, cuestión que analizamos seguidamente.

¹⁸⁴ FERNÁNDEZ ARROYO, D. P.: La Transparencia como paradigma...*op.cit.*... p. 269.

¹⁸⁵ SORNARAJAH, M.: “An International Investment Court: Panacea or Purgatory?”, *Columbia FDI Perspectives*, No. 180, 2016, p. 1.

¹⁸⁶ GERTZ, G.: “Renegotiating NAFTA: Options for Investment Protection”, *Global Economy and Development*, No.7, 2017, p. 4.

¹⁸⁷ JANSEN CALAMITA, N., ZELAZNA, E.: The Changing Landscape of Transparency in Investor-State Arbitration. The UNCITRAL Transparency Rules and Mauritius Convention....*op.cit.*., p. 278.

No obstante, debe reconocerse que en la actualidad existe una tendencia a nivel internacional para incluir disposiciones que regulen la transparencia en los tratados de inversiones, pero este interés no se ha reflejado de igual manera a nivel del orbe. Por ello, dedicaremos especial atención a los Continentes de América, Europa y Asia, teniendo en cuenta la trascendencia que tienen las políticas de inversión desarrolladas por varios de los Estados que forman parte de dichas regiones y su influencia a nivel internacional.

I.4.1 América.

Los tres Estados de Norteamérica -Canadá, Estados Unidos y México- han sido un referente a nivel internacional regulando como obligatoria la transparencia en el TLCAN. Lo que hace que dicho tratado se haya convertido en el punto de mira del sistema de solución de controversias inversionista-Estado a nivel internacional, y ha favorecido que en la región se preste una mayor atención a la transparencia en este tipo de arbitraje. Las reglas aplicables en el contexto del TLCAN fueron pioneras en este sentido. A partir de las notas de interpretación vinculantes del año 2001 de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN¹⁸⁸, el mayor avance se hizo inicialmente en el contexto del propio tratado. El público tuvo acceso a todos los documentos presentados o emitidos por un tribunal inversionista-Estado no sujeto a la redacción de información protegida relacionada, por ejemplo, con secretos comerciales o con la seguridad nacional. Las reglas del TLCAN no mencionan presentaciones de terceros *amicus curiae*, sino que permiten a las partes del TLCAN, aunque no estén involucradas en la disputa en particular, “presentar a un Tribunal una cuestión de interpretación de este Acuerdo”¹⁸⁹.

En la práctica, las partes del TLCAN han insistido en audiencias abiertas caso por caso. En octubre del año 2003, Canadá y los Estados Unidos declararon públicamente su intención de dar su consentimiento a las audiencias abiertas en todos los casos¹⁹⁰ y México se sumó a este

¹⁸⁸ North American Free Trade Agreement Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, NAFTA Free Trade Commission, Julio 2001, encontrándose disponible en: http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp, consultado el 18/02/2019.

¹⁸⁹ NAFTA Article 1128: Participation by a Party. Disponible en: <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-112.asp>, consultado 18/02/2019.

¹⁹⁰ The U.S. and Canada announced their intention to consent to open public hearings at all Chapter 11 arbitrations to which either is a party following the 2003 NAFTA Commission Meeting. See, Department of Foreign Affairs and International Trade News Release No. 152, NAFTA Commission Joint Statement, October 7, 2003. Disponible en: http://w01.international.gc.ca/minpub/Publication.asp?publication_id=380398&Language=E, consultado 18/02/2019.

consenso en julio del año 2004¹⁹¹. Como resultado, prácticamente todas las audiencias del Capítulo Once del TLCAN están ahora abiertas al público, lo que refleja una clara expresión del principio de transparencia, en el cual los Estados Partes están obligados a garantizar un marco comercial previsible para la inversión, teniendo como base el establecimiento de reglas claras y ventajosas que regulen el comercio para ambas partes. Tanto es así, que más allá del TLCAN, la transparencia ha sido un factor clave e imprescindible en los TLC y APPRI suscritos por Canadá y Estados Unidos con terceros Estados, cuestión ésta que no se puede apreciar, con excepción de muy pocos Estados, en otras regiones del mundo.

Los modelos de TBI de Estados Unidos y Canadá del 2004 respecto al reconocimiento de la transparencia en el arbitraje de inversiones son un ejemplo a nivel internacional en la materia. Ambos modelos no solo fueron capaces de establecer las presentaciones orales y escritas de Partes no contendientes respecto a la interpretación del tratado, sino que también se reconoce explícitamente la facultad del tribunal para aceptar y considerar la presentación de *amicus curiae* de una tercera Parte no contendiente, así como la celebración de audiencias públicas¹⁹² y la publicación de documentos¹⁹³. Aunque debemos reconocer que el modelo de TBI canadiense es mucho más explícito, detallado, que el modelo de TBI estadounidense; el primero reconoce cuidadosamente las características que deben presentar los escritos de *amicus curiae*, los procedimientos a seguir para presentar dicha solicitud, así como la presentación de las comunicaciones y los criterios a seguir para otorgar dicha autorización¹⁹⁴. Ambos modelos de TBI han allanado el camino respecto a la regulación de la transparencia en los futuros TBI de ambos países con terceros, como puede ser el CAFTA-DR, cuya inclusión de la transparencia marcó un hito importante en el arbitraje inversionista-Estado para los países de Centro América y Estados Unidos. En suma, dichos modelos de TBI han propiciado también

¹⁹¹ Mexico announced its support for open hearings in investor-state disputes following the 2004 NAFTA Commission Meeting. See, NAFTA Free Trade Commission Joint Statement, Decade of Achievement, July 16, 2004. Disponible en: <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/JS-SanAntonio-en.asp>, consultado 18/02/2019.

¹⁹² REQUENA CASANOVA, M.: “La solución de controversias en los modelos de appri: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, No. 24, 2012, p. 29.

¹⁹³ En este sentido, el propio Art. 29.1 del modelo de TBI de Estados Unidos establece que: “promptly transmit to the non-disputing party and make available to the public (a) the notice of intent; (b) the notice of arbitration; (c) pleadings, memorials, and briefs submitted to the tribunal by a disputing party and any written submissions submitted pursuant to Article 28(2) [Non-Disputing Party submissions] and (3) [Amicus Submissions] and Article 33 [Consolidation]; (d) minutes or transcripts of hearings of the tribunal, where available; and (e) orders, awards, and decisions of the tribunal”. Véase, *Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, Model BIT*, U.S. Dept. of State, 2004, en relación también con los Artículos. 28.3 y 29.2. Disponible en: www.state.gov/documents/organization/117601.pdf, consultado el 18/02/2019.

¹⁹⁴ Al respecto véase, *Canada and for the Promotion and Protection of Investments, Arts. 33-35, Model of 2004*. Disponible en: www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf, consultado el 18/02/2019.

una mayor consolidación de las características básicas de la transparencia establecida en el TLCAN.

A diferencia de Norteamérica, en la región Latinoamericana la regulación de la transparencia en los APPRI presenta unas características bien distintas. En efecto, existe una marcada diferencia entre los propios Estados, destacándose aquellos que sí la regulan y que coinciden principalmente con Estados que han firmado acuerdos con EEUU y Canadá¹⁹⁵. Mientras que el resto de los Estados distan mucho del reconocimiento explícito de la transparencia en sus tratados o acuerdos¹⁹⁶. En efecto, existe una carencia en la regulación de

¹⁹⁵ Entre los cuales podemos citar: TLC Canadá-República de Panamá, Art. 9.13, 2010 (en vigor 2013). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2612>; TLC Canadá-República de Colombia, Art. 830-831, 2008 (en vigor 2011). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2569>; TLC Canadá- República del Perú Art.835, 2008 (en vigor 2009). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5394>; TLC Estados Unidos-República de Panamá, Art. 10.21, 2007 (en vigor 2012). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2535>; TLC Estados Unidos-República de Colombia, Art. 10.21, 2006 (en vigor 2012). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2737>; TLC Estados Unidos-República del Perú, Art. 10.21, 2006 (en vigor 2009). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5397>; TLC Estados Unidos-Chile, Art. 10.20, 2003 (en vigor 2004). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2653>; TBI Estados Unidos-República Oriental del Uruguay, Art. 11, 2005 (en vigor 2006). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2380>. Todos los sitios web mencionados han sido consultados el 18/02/2019.

¹⁹⁶ Entre los cuales podemos citar: APPRI entre la República de Argentina y el Estado Plurinacional de Bolivia, 1994 (en vigor 1995). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/76>; APPRI entre la República de Argentina y la República de Costa Rica, 1997 (en vigor 2001). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/80>; APPRI entre la República de Argentina y la República de Guatemala, 1998 (en vigor 2002). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/94>; APPRI entre la República de Chile y la República de Costa Rica, 1996 (en vigor 2000). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/666>; APPRI entre la República de Chile y la República de Cuba, 1996 (en vigor 2000). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/668>; APPRI entre la República de Chile y la República Dominicana, 2000 (en vigor 2002). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/672>; APPRI entre la República de Chile y la República de Guatemala, 1996 (en vigor 2001). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/681>; APPRI entre la República de Chile y la República de Honduras, 1996 (en vigor 2002). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/682>; APPRI entre la República de Chile y la República de Nicaragua, 1996 (en vigor 2001). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/693>; APPRI entre la República del Perú y la República de Colombia, 2007 (en vigor 2010). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4926>; APPRI entre la República del Perú y la República de Cuba, 2000 (en vigor 2001). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/911>; APPRI entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Cuba, 1996 (en vigor 2004). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/918>; APPRI entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay, 1997 (en vigor 2002). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2382>; APPRI entre la República del Paraguay y el Estado Plurinacional de Bolivia, 2001 (en vigor 2003). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4899>; APPRI entre la República del Paraguay y la

la transparencia en los TBI entre los propios países Latinoamericanos, siendo la gran excepción el APPRI entre Chile y Uruguay que sí establece disposiciones sobre la transparencia¹⁹⁷, resultando muy significativo del presente tratado las siguientes cuestiones: En primer lugar, el tratado establece los documentos que deben ser divulgados obligatoriamente, como son la notificación de intención de someter la diferencia a arbitraje, la notificación de arbitraje y, por último, los laudos, objeciones preliminares y medidas precautorias¹⁹⁸. La publicación de los últimos documentos mencionados, específicamente la obligación de divulgación del laudo, resulta de gran trascendencia, ya que se aleja del resto de tratados existentes en la región en los que sigue predominando la no publicidad de los laudos arbitrales. De ésta manera, las decisiones de los tribunales arbitrales no sólo serán conocidas por las partes contendientes, sino también por terceros ajenos al litigio interesados en conocer el laudo dictado por el tribunal, como puede ser la propia sociedad civil.

Como segunda cuestión relevante, es que el APPRI, una vez que establece la obligación de las partes y del propio tribunal arbitral de proteger la información confidencial¹⁹⁹, admite que las partes contendientes divulguen a otras personas relacionadas con el procedimiento la información confidencial. En este sentido, el APPRI establece: “*Una parte contendiente podrá divulgar a otras personas relacionadas con el procedimiento arbitral los documentos confidenciales que considere necesarios para la preparación del caso, pero requerirá que cualquier información confidencial contenida en estos documentos sea protegida*”²⁰⁰. En este sentido, el APPRI permite que las partes litigantes divulguen a personas relacionadas con el procedimiento (entendiendo por éstas aquellos terceros que tengan una vinculación con el caso y no un simple interés en el mismo -ONGs, sociedad civil, personas jurídicas-), los documentos confidenciales, estando éstos obligados a proteger dicha información. El APPRI entre Chile y Uruguay demuestra una amplia concepción del término de transparencia en el procedimiento arbitral, el cual no solo fue capaz de adelantarse en el tiempo al Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI en relación con la cuestión, sino que los objetivos de

República de Cuba, 2000 (en vigor 2002). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4930>. Todos los sitios web mencionados han sido consultados el 18/02/2019.

¹⁹⁷ Al respecto, APPRI entre la República de Chile y la República Oriental del Uruguay, Art. 22, 2010 (en vigor 2012). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4804>, consultado el 18/02/2019.

¹⁹⁸ *Ibidem*, Art. 22.1.

¹⁹⁹ *Ibidem*, Art. 22.5.

²⁰⁰ *Ibidem*, Art. 22.6.

transparencia en él consagrados son mucho más ambiciosos que los reconocidos por el resto de los tratados de la región.

La situación antes descrita evidencia un distanciamiento de los TBI entre los propios países de la región en cuanto a la regulación de la transparencia en Latinoamérica, tema de suma preocupación, teniendo en cuenta el alto número de países Lationamericanos que han sido demandados a nivel internacional en materia de arbitraje de inversiones y la tendencia al alza de este tipo de arbitraje en la región. Según la última actualización de las Estadísticas del CIADI de 17 de agosto de 2018, la región Latinoamericana representa el 29% del total de los casos presentados a dicha institución²⁰¹.

I.4.2 Europa.

En el ámbito europeo, la Unión Europea (UE), tras la aprobación del Tratado de Lisboa²⁰², extiende el ámbito de sus competencias exclusivas en materia de política comercial al comercio de servicios, a los aspectos comerciales relacionados con la propiedad intelectual y a las inversiones extranjeras directas, adquiriendo facultades para realizar cualquier negociación con terceros Estados en el ámbito de la inversión extranjera. En este sentido, y con el afán de ofrecer una mayor transparencia en los arbitrajes de inversiones, la UE en sus negociaciones más recientes (entre las que podemos mencionar el tratado con Canadá y Singapur) ha manifestado su posición respecto a la transparencia²⁰³, teniendo siempre presente el Reglamento de la CNUDMI como objetivo de las negociaciones en este ámbito.

El Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea (AECG)²⁰⁴ es uno de los ejemplos más recientes que refleja fielmente las intenciones de transparencia a las que nos referimos antes. Con su entrada en vigor se prevé establecer una nueva forma de solución de conflictos en materia de inversiones. El AECG o CETA, marca un antes y un después en el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado, en el que la UE actuará

²⁰¹ Véase, Carga de Casos del CIADI. Estadísticas (Edición 2018-2). Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-2%20\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-2%20(Spanish).pdf), consultado el 18/02/2019.

²⁰² El Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, 2007 (en vigor 2009). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:12012E/TXT>, consultado 18/02/2019.

²⁰³ Véase, Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), Consolidated Draft, Art X.33, 2014; Singapore-European Union Draft Free Trade Agreement, Chapter 9, Art 9.25 & Annex 9-C, 2014.

²⁰⁴ También conocido como CETA (por sus siglas en inglés), 2016.

en nombre y representación de sus veintiocho Estados miembros, los cuales, en la gran mayoría de los tratados de inversiones celebrados por derecho propio, se puede presenciar una ausencia de disposiciones sobre transparencia obligatoria en los arbitrajes inversionista-Estado²⁰⁵, ni

²⁰⁵ Entre los cuales podemos citar: APPRI entre el Reino de España y República de Angola, 2007. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5499>; APPRI entre el Reino de España y el Reino de Bahrein, 2008 (en vigor 2014). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4846>; APPRI entre el Reino de España y la República de China, 2005 (en vigor 2008). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4856>; APPRI entre el Reino de España y la República de Colombia, 2005 (en vigor 2007). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/801>; APPRI entre el Reino de España y el Estado de Kuwait, 2005 (en vigor 2008). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5356>; APPRI entre el Reino de España y la Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular Socialista, 2007 (en vigor 2009). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3234>; APPRI entre el Reino de España y Estados Unidos Mexicanos, 2006 (en vigor 2008), que si bien no contiene cláusula específica sobre transparencia en el Art. XVI (4), establece que el laudo será público. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5620>; APPRI entre el Reino de España y República de Maldivas, 2006 (en vigor 2007). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2942>; APPRI entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, 1997 (en vigor 2005). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5157>; APPRI entre el Reino de España y el Reino de Arabia Saudí, 2006 (en vigor 2016). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5472>; APPRI entre el Reino de España y la República de Senegal, 2007 (en vigor 2011). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4848>; APPRI entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam, 2006 (en vigor 2011). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4971>; APPRI entre la República de Francia y la República de Etiopía, 2003 (en vigor 2004). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1163>; APPRI entre la República de Francia y la República de Uganda, 2003 (en vigor 2004). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1289>; APPRI entre la República de Francia y Estados Unidos Mexicanos, 1998 (en vigor 2000), que si bien no establece cláusula alguna sobre la transparencia, reconoce que el laudo será público si ambas parte así lo convienen, Art. 9.8. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1255>; APPRI entre la República de Italia y la República de Angola, 1997 (en vigor 2007). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/64>; APPRI entre la República de Italia y la República de Armenia, 1998 (en vigor 2003). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3204>; APPRI entre la República de Italia y la República de Bosnia y Herzegovina, 2000 (en vigor 2005). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/477>; APPRI entre la República de Italia y la República Dominicana, 2006 (en vigor 2009). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3195>; APPRI entre la República de Italia y la República de Ecuador, 2001 (en vigor 2005). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3395>; APPRI entre la República de Italia y la República de Guatemala, 2003 (en vigor 2008). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1490>; APPRI entre la República de Italia y la Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular Socialista, 2000 (en vigor 2004). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1689>; APPRI entre la República de Italia y la República de Malawi, 2003 (en vigor 2012). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3198>; APPRI entre la República de Italia y la República de Nicaragua, 2004 (en vigor 2006). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3590>; APPRI entre la República de Italia y la República de Panamá, 2009 (en vigor 2010). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3193>; APPRI entre la República de Italia y la República de Paraguay, 1999 (en vigor 2013). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3392>; APPRI entre la República de Italia y la República de Zambia, 2003 (en vigor 2014). Disponible en:

siquiera en el tratado o acuerdo vigente recientemente²⁰⁶ hay indicios de transparencia, así como en las políticas de inversión de dichos Estados, aunque no podemos negar la existencia de algunas excepciones²⁰⁷. Cuestión muy parecida a lo ya comentado con anterioridad en relación con la región Latinoamericana, con la diferencia de que el Continente europeo no cuenta con los mismos índices de recepción de inversión extranjera, sino que, bien al contrario, es la región de mayor flujo de IED a nivel internacional, teniendo en cuenta el alto desarrollo de las economías de los países que lo conforman.

El AECG propone un nuevo Sistema de Tribunales de Inversiones (STI), que se caracterizará por ser público, no se basará en tribunales temporales, incluirá un mecanismo de apelación -lo que permitirá una segunda instancia-, los miembros del tribunal en primera instancia serán jueces nombrados por los gobiernos miembros, que no podrán actuar como abogados, ni como peritos nombrados por las partes o testigos en una disputa durante sus períodos. O sea, el STI establece estrictas reglas de conflictos de intereses para los jueces. Además, el AECG establece disposiciones respecto a la transparencia, en las que se reconoce el carácter público de las audiencias, excepto que el tribunal determine que existe necesidad de proteger la información confidencial o protegida y la publicación de los documentos presentados mediante la tramitación del caso.

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5001>; APPRI entre la República de Alemania y la República de Afganistán, 2005 (en vigor 2007). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1>; APPRI entre la República de Alemania y el Reino de Bahrein, 2007 (en vigor 2010). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/251>; APPRI entre la República de Alemania y la República de Egipto, 2005 (en vigor 2009). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1072>; APPRI entre la República de Alemania y la República de Indonesia, 2003 (en vigor 2007). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3333>; APPRI entre la República de Alemania y la Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular Socialista, 2004 (en vigor 2010). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3126>. Todos los sitios web especificados fueron consultados el 18/02/2019.

²⁰⁶ Encontrándose entre otros: el APPRI entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, 2008 (en vigor 2016). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4847>, consultado el 18/02/2019.

²⁰⁷ Entre las excepciones podemos citar, los TBI celebrados entre los Estados miembros de la UE, pertenecientes a la Europa del Este y el Báltico con Canadá, que contienen disposiciones exhaustivas de transparencia, tales como: APPRI entre Canadá y Letonia, Anexo C, 2009 (en vigor 2011). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/35#iiaInnerMenu>; APPRI entre Canadá y la República Eslovaca, Anexo B, 2010 (en vigor 2012). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/634>; APPRI entre Canadá y la República Checa, Anexo B, 2009 (en vigor 2012). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/606>; APPRI entre Canadá y Rumanía, Anexo C, 2009 (en vigor 2011). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3503>. Todos los sitios web han sido consultados el 18/02/2019.

Con este nuevo enfoque propuesto en el AECG, respecto a la solución de controversias, se pretende dar un vuelco al actual sistema de solución de disputas inversionista-Estado, con el ánimo de alejarse del ya tradicional sistema y los actuales Tribunales Multilaterales de Inversión. Sin embargo, no es menos cierto que el capítulo referente al STI ha sido el más controvertido del acuerdo, tanto que aún no ha entrado en vigor, y sigue siendo tema de discusión por las partes, por lo que debemos continuar a la espera para conocer las conclusiones finales respecto a las negociaciones, conclusiones que resultarán de vital importancia para la continuidad de las negociaciones del resto de tratados que pretende llevar a cabo la UE, para los cuales se pretende que figure el STI.

No cabe la menor duda de que la UE se encuentra en un momento crucial respecto a las cuestiones relacionadas con la inversión extranjera y los TBI o TLC, no solo respecto a las políticas de inversión que pretende llevar adelante, sino en relación con la creciente preocupación de la ciudadanía respecto a las inversiones y el sistema de solución de conflictos en materia de inversión, lo que ha motivado que la propia UE tome cartas en el asunto, aunque consideramos que debe tener un rol más activo y hacer partícipe en dichas políticas a sus ciudadanos a través de una mayor participación y transparencia, en la búsqueda de mayor reconocimiento y apoyo por parte de la ciudadanía, obstáculo nada fácil de superar si tenemos en cuenta que en los momentos actuales el nivel de confianza de la sociedad hacia el actuar de la UE ha ido en decadencia²⁰⁸.

I.4.3 Asia.

En la región de Asia y el Pacífico existe un número considerable de TBI, la gran mayoría firmados por los Estados de las principales economías de la región²⁰⁹, los cuales en gran parte carecen de disposiciones o referencias a la transparencia. A partir del año 2001, la política de inversión australiana comenzó a sufrir modificaciones, se incorporaron en los TBI algunas disposiciones respecto a la transparencia y la confidencialidad en el arbitraje de inversiones. Ejemplo de ello es el APPRI con México²¹⁰ en el que se establece que para la publicación de las decisiones arbitrales se requerirá el consentimiento de las partes, acuerdo que se distancia

²⁰⁸ FACH GÓMEZ, K.: “La política de la Unión Europea en materia de inversiones internacionales y sus efectos sobre los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado”, *REDI*, Vol. 69 (1), 2017, p. 298.

²⁰⁹ Entre los cuales se encuentran: Australia; Nueva Zelanda; China; Japón; India y la República de Corea.

²¹⁰ APPRI entre Australia y Estados Unidos Mexicanos, 2005 (en vigor 2007). Disponible en: <http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/2007/20.html>, consultado el 18/02/2019.

enormemente de las regulaciones establecidas al respecto en el TLC firmado con Singapur²¹¹, en el que las partes son libres de divulgar sus propias declaraciones o posiciones al público, con claro respeto a la información confidencial.

En el ámbito del Acuerdo de Libre Comercio de la Asociación de Naciones del Sudeste de Asia (ASEAN)²¹², Australia y Nueva Zelanda, se establece una concepción de la transparencia mucho más amplia que la establecida en los tratados comentados antes. El propio Acuerdo, no por muy extenso deja de ser un referente en la regulación de la transparencia en la región. En él se introduce muy cautelosamente desde sus inicios, exactamente en el Capítulo 8, Art. 11, el reconocimiento de la importancia y la trascendencia de la transparencia en el comercio, para establecer seguidamente la obligatoriedad de los Estados Partes de promover la transparencia reglamentaria respecto a las actividades comerciales que desarrollen.

Cada uno de los Estados Parte del tratado está obligado a publicar: i) todas las medidas que lleven a cabo y que afecten al comercio de servicios, siempre en relación con el objeto principal del tratado y, ii) todos los acuerdos internacionales relacionados con, o que afectan, el comercio de servicios del que una Parte es signataria²¹³, los cuales deben encontrarse disponibles en sitios públicos al que puedan acceder los Estados Parte, como puede ser internet. No obstante, el propio tratado obliga a las partes a tomar todas las medidas oportunas respecto de la publicación cuando la misma no pueda llevarse a cabo a través de internet. Además, les concede a las partes la posibilidad de que puedan pronunciarse respecto a las medidas que pueda desarrollar un Estado signatario en cuanto al comercio de servicios.

Sin embargo, en relación con la transparencia en la resolución de disputas inversionista-Estado, el propio tratado deja a la facultad de las Partes contendientes la posibilidad de publicar el laudo y las decisiones emitidas por el tribunal, o sea, el Estado demandado puede poner a disposición del público todas las adjudicaciones y decisiones producidas por el tribunal, permitiendo, a su vez, la protección de la información confidencial. Además, una Parte

²¹¹ El TLC entre Australia y Singapur, 2003 (en vigor tercera actualización 2017). Disponible en: <http://dfat.gov.au/trade/agreements/safta/official-documents/Pages/default.aspx>, consultado el 18/02/2019.

²¹² La ASEAN se crea el 8 de agosto de 1967. Los Estados Miembros de la Asociación son Brunei Darussalam, Camboya, Indonesia, la República Democrática Popular Lao, Malasia, Myanmar, Filipinas, Singapur, Tailandia y Viet Nam. La Secretaría de la ASEAN tiene su sede en Yakarta, Indonesia.

²¹³ Véase al respecto, Agreement Establishing the ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area, Chapter 8, Art. 11, 26(1), 2010. Disponible en: <http://aanzfta.asean.org/wp-content/uploads/2016/09/AANZFTA-legal-text-PRINTED-Signed.pdf>, consultado el 18/02/2019.

contendiente puede revelar información confidencial a las partes o personas relacionadas con el procedimiento arbitral, siempre que sea necesario para la preparación del caso, pero siempre llevando a cabo la mayor protección posible de dicha información²¹⁴ y que la ley aplicable no impida la revelación de información.

El Acuerdo de Libre Comercio entre ASEAN, Australia y Nueva Zelanda, reafirma, una vez más, la asunción de la transparencia en el tratado, marcando enormemente la distancia respecto al resto de tratados analizados con anterioridad. En este sentido, el propio tratado, más allá del acervo de transparencia establecido en el TLCAN, reconoce la necesidad de lograr un equilibrio entre la transparencia y la protección de la información confidencial durante el procedimiento.

No obstante, hemos de considerar que junto con el Acuerdo de Libre Comercio entre ASEAN, Australia y Nueva Zelanda, existen otros tratados concluidos por países de la región que también han jugado un papel trascendental en la regulación de la transparencia, que en ocasiones establecen normas más amplias en temas de regulación de la transparencia. En este sentido, podemos destacar el TLC entre Australia y la República de Chile, que además de tener en cuenta los elementos de transparencia mencionados en el Acuerdo de Libre Comercio ASEAN, Australia y Nueva Zelanda permite directamente la presentación de *amicus curiae* al establecer: “*El tribunal tendrá la facultad de aceptar y considerar presentaciones escritas de amicus curiae que puedan asistir al tribunal en la evaluación de las presentaciones y argumentos de las partes contendientes que provengan de una persona o entidad que no sea parte contendiente (...)*”²¹⁵. El propio TLC establece también la obligación del Demandado de hacerle llegar a las Partes no contendientes copia de toda la documentación recibida, que incluye desde la notificación de intención de arbitraje hasta las órdenes, laudos y fallos del tribunal, así como cualquier otro documento presentado al tribunal como pueden ser las versiones redactadas de documentos confidenciales²¹⁶.

²¹⁴ Idem, Chapter 11, Art. 26.

²¹⁵ Véase, TLC entre Australia y República de Chile, 2008 (en vigor 2009), Art. 10.20 (2), en cuanto a la presentación de *amicus* y el Art. 10.22 (1), en relación con la transparencia de las actuaciones arbitrales. Disponible en: <https://www.direcon.gob.cl/wp-content/uploads/2010/01/Tratado-de-Libre-Comercio-Chile-Australia.pdf>, consultado el 18/02/2019.

²¹⁶ Idem, Art. 10.21.

En la región de Asia y el Pacífico existen tratados que establecen la transparencia como norma de obligatorio cumplimiento en el arbitraje inversionista-Estado, encontrándose, entre otros el TLC entre Nueva Zelanda y Malasia, en el que se exige la publicación de los laudos y los escritos presentados al tribunal durante el procedimiento, así como la información confidencial presentada al tribunal siempre que sea protegida²¹⁷; el TLC entre Nueva Zelanda y China, que aboga por la disponibilidad pública de todos los documentos producidos durante el procedimiento arbitral²¹⁸. Constituye una primicia mundial para los países desarrollados, siendo Nueva Zelanda el primer país desarrollado en actualizar el TLC con China. Ambos tratados han demostrado el interés de los países en regular la transparencia en sus tratados y que la misma se convierta en un factor clave en el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado.

Sin embargo, somos del criterio de que en la actualidad la situación respecto a los avances en la regulación de la transparencia en los TLC o APPRI en la región de Asia y el Pacífico no dista mucho de la situación existente en América, específicamente la región Latinoamérica, en relación a las diferencias existentes en los tratados firmados entre los propios países de la región y de éstos para con terceros. En este sentido, existe una gran diferencia entre los tratados firmados por países como Australia, China²¹⁹, Nueva Zelanda y Singapur -gran parte de ellos establecen normas de transparencia- y los tratados llevados a cabo, por ejemplo entre los propios países miembros de la ASEAN -excepto Singapur- y de estos con terceros. En dichos tratados predomina, en gran medida, un silencio absoluto respecto a normas sobre la transparencia en el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado.

Con excepción del Acuerdo de Libre Comercio entre ASEAN, Australia y Nueva Zelanda, el Acuerdo de Libre Comercio entre Nueva Zelanda y Malasia y el TLC entre Estados Unidos

²¹⁷ Véase, TLC entre Nueva Zelanda y Malasia, Art. 10.28 (1) y (2), 2009 (en vigor 2010). Disponible en: <https://www.mfat.govt.nz/assets/FTAs-agreements-in-force/Malaysia/mnzfta-text-of-agreement.pdf>, consultado el 18/02/2019.

²¹⁸ Véase, TLC entre el Gobierno de Nueva Zelanda y la República Popular China, Art. 157 (1), 2008 (renegociado en 2016-2017). Disponible en: <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/nz-china-free-trade-agreement>, consultado el 18/02/2019.

²¹⁹ Como puede ser, el TBI entre la República de China y Canadá, Art. 27 al 29, 2012 (en vigor 2014). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3476>, consultado el 18/02/2019. En este sentido, hemos de reconocer que, si bien el presente tratado regula algunas normas de transparencia, dista mucho de las establecidas en el modelo de TBI canadiense. China, no ha sido del todo un país defensor de la plena transparencia, o al menos, reconocer ampliamente el alcance de la transparencia establecido por Canadá en su actual modelo de TBI.

y Singapur²²⁰ -este último reconoce la posibilidad de que las Partes no contendientes puedan presentar comunicaciones orales o escritas al tribunal respecto a la interpretación del tratado, la presentación de informes *amicus curiae* que provengan de una persona o entidad de los territorios de las Partes y de personas y entidades interesadas no pertenecientes a los territorios de las Partes, la puesta a disposición pública de la documentación surgida durante el procedimiento, dígase, desde la notificación de intención de arbitraje hasta las órdenes, fallos y laudos del tribunal y la celebración de audiencias públicas, siempre con total protección de la información confidencial-. El resto de los tratados existentes contienen muy escasas normas de transparencia en el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado. Ejemplo de ello lo es, el ya mencionado Acuerdo de Inversión del ASEAN²²¹, el TBI entre Myanmar y Japón²²², el TBI entre la República de Indonesia y la República de Finlandia²²³ y el TBI entre la República Socialista de Viet Nam y la República de Finlandia²²⁴. En estos dos últimos tratados las partes se obligan a publicar toda normativa, resoluciones administrativas y decisiones judiciales que puedan afectar directamente la inversión, sin hacer referencia alguna a la transparencia en el sistema de resolución de disputa entre ambos Estados, específicamente en el arbitraje de inversiones.

Otros tratados ni siquiera hacen referencia a la transparencia y, en ocasiones, dejan total facultad al tribunal para determinar su propio procedimiento siempre que las partes no manifiesten lo contrario²²⁵, lo que demuestra una desigualdad en la regulación de la

²²⁰ Véase, TLC entre Estados Unidos y Singapur, Capítulo 15, Arts. 15.19 (2) y (3) y 15.20, 2003 (en vigor 2004). Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/trtdocs/es/sg-us/trt_sg_us.pdf, consultado el 18/02/2019.

²²¹ Este acuerdo es llevado a cabo entre los países miembros de ASEAN. Al respecto, véase; ASEAN Comprehensive Investment Agreement, Art. 39, 2009 (en vigor 2012). Disponible en: <http://agreement.asean.org/media/download/20140119035519.pdf>, consultado el 18/02/2019.

²²² TBI entre la República de Myanmar y Japón, Arts. 18.9 y 18.10, 2013 (en vigor 2014). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3113>, consultado el 18/02/2019.

²²³ TBI entre la República de Indonesia y la República de Finlandia, Art. 14, 2006 (en vigor 2008). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3505>, consultado el 18/02/2019.

²²⁴ TBI entre la República Socialista de Viet Nam y la República de Finlandia, Art 14, 2008 (en vigor 2009). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4794>, consultado el 18/02/2019.

²²⁵ Véase, TBI entre Japón y el Reino de Cambodia, 2007 (en vigor 2008). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3116>; TBI entre el Reino de Cambodia y la República Checa, 2008 (en vigor 2009). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/574>; TBI entre el Reino de Cambodia y el Reino de los Países Bajos (Holanda), Art. 12.6, 2003 (en vigor 2006). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/581>; TBI entre República de Indonesia y la República de Bulgaria, 2003 (en vigor 2005). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4886>; TBI entre la República de Indonesia y el Reino de Dinamarca, 2007 (en vigor 2009). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5638>; TBI entre la República de Indonesia y la República de Singapur, 2005 (en vigor 2006). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1634>; TBI entre la República de Eslovaquia y

transparencia en la inmensa mayoría de los tratados que hoy existen en la región objeto de análisis. Consideramos que, en gran medida, esto se debe a la práctica estatal de gran parte de los países de la región de asumir de manera consuetudinaria la no regulación de las normas de transparencia en los tratados de inversión y mantener una posición renuente en la inclusión de normas de transparencia en sus APPRI, aún y cuando muchos de los tratados son posteriores al propio TLCAN y a las modificaciones de las políticas de inversión de varios países precursores de la transparencia en el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado a nivel internacional, incluso, con alguno de los cuales han celebrado acuerdos de inversión. Cuestión de máxima preocupación, teniendo en cuenta el significado y la amplia implicación a nivel internacional que, en materia de inversión, tienen las economías de muchos de los países de la región. Por estos motivos, no están exentos de una actualización o modernización de sus políticas en materia de inversión, que permitan que la celebración de los procedimientos de arbitraje inversionista-Estado sea más transparente.

I.4.4 La transparencia en la nueva generación de políticas en materia de inversiones y la solución de controversias inversionista-Estado: una nueva concepción de los acuerdos sobre inversión.

Los Estados se encuentran hoy ante un gran desafío a nivel global, examinar, analizar y modificar los AII o tratados vigentes. Existe actualmente una tendencia a nivel mundial a la revisión de las políticas de inversión. Ello se debe al aumento de las preocupaciones por parte de los gobiernos y también a las críticas formuladas a los TBI y al ISDS, basadas en los argumentos de que el marco jurídico existente para el desarrollo de la inversión extranjera y la protección de los inversionistas y los Estados no han resultado del todo beneficioso, fundamentalmente, para los países receptores de la inversión, así como que las inversiones desarrolladas no siempre han tenido los efectos esperados, provocando, en ocasiones, impactos negativos en las poblaciones de los países anfitriones. Mientras que algunos Estados como Estados Unidos y Canadá han decidido mantener el actual sistema de arbitraje inversionista-Estado en sus tratados, con la introducción de ciertas mejoras o cambios como son los temas

Malasia, 2007 (en vigor 2012). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1966>; TBI entre la República Socialista de Viet Nam y la República de Grecia, 2008 (en vigor 2011). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2954>; TBI entre la República Socialista de Viet Nam y el Reino de España, 2006 (en vigor 2011). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4971>; TBI entre la República Socialista de Viet Nam y la República Bolivariana de Venezuela, 2008 (en vigor 2009). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2384>. Todos los sitios web fueron consultados el 18/02/2019.

relacionados con la transparencia, otros países como Brasil, la India, Australia y Nueva Zelanda han reconsiderado significativamente su enfoque de protección de la inversión, lo que ha incidido en la creación o modificación de políticas de inversión de algunos Estados, incluso en el caso de Brasil, se ha decidido abandonar los TBI y el propio arbitraje de inversiones.

1.4.4.1 La nueva política de inversión de Brasil. La transparencia en los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversión brasileños: el tradicional rechazo al ISDS.

Si nos adentramos en la política de inversión de los países mencionados, nos encontramos que en el caso de Brasil, uno de los países receptores de mayor inversión extranjera a nivel mundial y el primero en la región Latinoamericana, y uno de los pocos países del mundo que nunca ratificó un TBI²²⁶, por lo que careció de un modelo específico de acuerdo de inversión. En la actualidad, ha adoptado un modelo de Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversión (ACFI)²²⁷ que no menciona la protección de las inversiones ni el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado. Pero sí incluyen cláusulas que garantizan la no discriminación hacia el inversor, como pueden ser los principios de trato nacional y de nación más favorecida, así como cláusulas que regulan la transparencia. Este modelo propuesto por Brasil constituye una alternativa a los actuales TBI y se inserta en la nueva generación de acuerdos de inversión que ha proliferado en los últimos años, ya que se diferencia de los tradicionales TBI²²⁸. Además, permite de forma concreta la satisfacción de las necesidades de los inversionistas con total respeto a la implementación de las iniciativas de políticas públicas y el desarrollo normativo de los Estados receptores de la inversión.

En el ámbito sustantivo, esta modalidad de acuerdo elegido por Brasil, no tiene una orientación directa a la protección de la inversión, aún y cuando establecen algunas cláusulas

²²⁶ Los principales inconvenientes para la aprobación de los TBI por parte del Congreso brasileño, según AZEVEDO, pueden resumirse de la siguiente manera; comprometen al Estado por períodos muy extensos, privilegian más al inversor extranjero en detrimento del nacional, existen problemas de constitucionalidad, por ejemplo en relación a la solución de controversias en instancias internacionales de arbitraje y que y la libre transferencia de capitales puede presentar riesgos en la balanza de pagos; AZEVEDO, D. B. “Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil”, 2001. Disponible en: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/102080.pdf>, Véase también, LEMOS, L. B., CAMPELLO, D. “The Nonratification of bilateral investment treaties in Brazil: A story of conflict in a land of cooperation”, 2013. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2243120>, ambos trabajos fueron consultados el 18/02/2019.

²²⁷ Véase, el escrito de presentación general del acuerdo, en el cual se detallan los aspectos más importantes del mismo. Disponible en: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/Presentacion-General-ACFI-ES.pdf>, consultado el 18/02/2019.

²²⁸ ARROYO PICARD, A., GHIOTTO, L.: Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación...*op.cit.*..., p. 41.

en beneficio del inversionista. Los ACFI, tienen como principal objetivo, la prevención de disputas y el fortalecimiento de las relaciones intergubernamentales, Estado-Estado. En este sentido, el modelo brasileño de ACFI se centra en la facilitación y negociación de las inversiones y las controversias surgidas entre los Estados. Pero se distancia de los TBI en cuanto a la protección de los derechos del inversor²²⁹.

En lo particular, en relación con la transparencia en los acuerdos brasileños, las cláusulas de transparencia establecidas en los ACFI con México²³⁰, Angola²³¹, Malawi, Mozambique y Colombia²³² son prácticamente iguales, coincidiendo también en su estructura. Por lo que, desde una perspectiva crítica, consideramos que dichos acuerdos pueden correr el riesgo de convertirse en el futuro en un corte y pega para con cada Estado que decida firmarlo, tal y como ha sucedido con los actuales TBI y que ha generado muchas críticas al respecto. Además, de esta manera, resulta muy improbable que los ACFI puedan regular cuestiones relacionadas con la transparencia específica de cada país firmante, teniendo en cuenta que no todos los países tienen una amplia regulación de la transparencia, y ni siquiera ésta es obligatoria en todas las actuaciones gubernativas.

Así pues, si nos adentramos en el ACFI entre Brasil y México, el mismo establece en su artículo 8 respecto a la transparencia que; *“Las partes acuerdan garantizar que las medidas que afecten a las inversiones sean administradas de manera razonable, objetiva e imparcial. También garantizan que las leyes y regulaciones relativas a las inversiones sean publicadas con prontitud y, cuando sea posible, en formato electrónico. Además, aceptan asumir el compromiso de hacer su mejor esfuerzo para dar una oportunidad razonable a los actores involucrados de ser escuchados sobre medidas propuestas en relación con la inversión. Por último, se comprometen a hacer público el ACFI”*. Llama la atención que, si bien los ACFI han tenido como principal objetivo potenciar el papel de los Estados en las políticas de inversión brasileña, la norma sobre la transparencia en de dichos acuerdos es muy escueta, carece de un

²²⁹ BERNASCONI-OSTERWALDER, N.: “Repensando la Solución de Controversias Relativas a Inversión”, *Investment Treaty News*, No. 2, Tomo 6, 2015, p. 7.

²³⁰ Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Federativa del Brasil, Art. 8, 2015. Disponible en: <http://www.cofemersimir.gob.mx/expedientes/17150>, consultado el 18/02/2019.

²³¹ Véase, ACFI entre Brasil y Angola, de fecha 1 de abril de 2015. Disponible en: <http://www.itamaraty.gov.br/es/notas-a-la-prensa/16914-acuerdo-brasil-angola-de-cooperacion-y-facilitacion-de-inversiones-acfi-luanda-1-de-abril-de-2015>, consultado el 18/02/2019.

²³² Presidencia de la República Federativa del Brasil. (enero de 2015). Mensaje del congreso 2015, p. 44. Disponible en: <http://www.casacivil.gov.br/aceso-ainformacao/mensagem-presidencial/mensagem-ao-congresso-015.pdf>, consultado el 18/02/2019.

profundo contenido jurídico sobre la transparencia. Se desconoce también la existencia de normas de transparencia por las que se rige el procedimiento de arbitraje Estado-Estado. En ellas sólo puede apreciarse una obligación de publicidad legislativa de los Estados, cuestión nada novedosa. Por nuestra parte, los actuales ACFI brasileños sólo pueden recordarnos el relegado papel que ostentaba el inversionista en tiempos atrás, que sólo podía acudir a la protección diplomática para hacer valer sus derechos.

Sin ánimo de dudar las iniciativas de Brasil para evitar su participación en procedimientos de arbitraje inversionista-Estado tienen su mérito, sobre todo desde el punto de vista de la protección de los Estados, pero deja al inversionista en una posición incómoda cuando tiene como única opción la protección diplomática. Opción ésta que consideramos no neutral ni eficaz para resolver este tipo de disputas como lo sería el ISDS mejorado, en el que la transparencia sea un elemento esencial del mecanismo, como se ha ido estableciendo en los más actuales TBI.

1.4.4.2 La transparencia en la reestructurada política de inversión de la India: el nuevo modelo de TBI indio.

El año 2017 fue el límite propuesto por la India para la terminación de sus TBI. El principal argumento en el que se basó el Gobierno indio fue el amplio alcance en la protección de los derechos otorgados por los tratados a los inversionistas, dando margen a que los inversores pudieran demandar ante un tribunal arbitral internacional al Estado, realizando siempre una interpretación amplia de las disposiciones establecidas en los TBI, en muchos casos en perjuicio del propio Estado. Por tales motivos, la India se propone una actualización amplia de sus políticas de inversión, incluyendo, la sustitución de los tradicionales TBI por un modelo propio de TBI indio, aprobado en el año 2015²³³. La mayor preocupación de la India por crear su propio modelo de TBI ha sido preservar la capacidad de regulación del Estado sin la presión y amenaza de los inversores extranjeros. Una de las principales novedades a destacar en la actualizada política de inversión india es la exclusión de ciertas materias en su modelo de TBI que no podrán ser objeto de un arbitraje de inversión, como son medio ambiente, salud pública, sistema financiero, los derechos laborales, etc.

²³³ El caso de la India resulta muy importante y significativo a nivel mundial, teniendo en cuenta el alto volumen de IED que atrae y las previsiones de crecimiento económico futuro del país, que según el Banco Mundial oscila en un 8,8% para el 2018-2019. El nuevo modelo de TBI de la India, aprobado en el 2015 se encuentra disponible en: http://indiainbusiness.nic.in/newdesign/upload/Model_BIT.pdf, consultado el 18/02/2019.

El modelo de TBI indio tiene sus particularidades que lo diferencia del resto de TBI. En él se reduce el estándar de las cláusulas de trato justo y equitativo y la de nación más favorecida. Exige que los inversores, en lo relativo a la solución de controversias, antes de acudir al arbitraje inversionista-Estado, deben agotar los remedios o instancias locales²³⁴, estableciendo, a su vez, una obligación de cumplimiento de la legislación del Estado receptor de la inversión y el otorgamiento al Estado de la facultad de reconvenir frente a los inversores. El agotamiento de los remedios locales surgió en el contexto de la responsabilidad internacional y la protección diplomática, siendo un requisito necesario para que cualquier Estado pueda ejercer la protección diplomática según el Derecho consuetudinario internacional.

A diferencia del modelo ACFI implementado por Brasil, el modelo de TBI propuesto por la India establece un estándar más amplio de la transparencia en el procedimiento arbitral, al establecer como obligación, siempre que se proteja la información confidencial, la publicación de las decisiones, órdenes y laudos emitidos por el tribunal arbitral; “*Sujeto a la ley aplicable con respecto a la protección de información confidencial, la Parte demandada pondrá a disposición del público los siguientes documentos relacionados con una disputa en virtud de este Capítulo, d) decisiones, órdenes y laudos emitidos por el Tribunal*”²³⁵, incluyendo todos los documentos presentados por las partes al tribunal y los emitidos por éste cuando existan motivos de interés público²³⁶.

En otro orden, mientras que en la gran mayoría de los actuales tratados sólo se permite que las Partes no contendientes puedan presentar escritos al tribunal, el modelo implementado por la India se aparta de aquellos en permitir, además, que dichas partes puedan hacer presentaciones orales. De ésta manera, se favorece a una amplia participación de terceros en el procedimiento. Ahora bien, aún y cuando la intención de la India es reemplazar los TBI derogados con su modelo de TBI, la implementación de este nuevo modelo ha traído como

²³⁴ Ibidem, Art. 15.2. “Where applicable, if, after exhausting all judicial and administrative remedies relating to the measure underlying the claim for at least a period of five years from the date on which the investor first acquired knowledge of the measure in question, no resolution has been reached satisfactory to the investor, the investor may commence a proceeding under this chapter by transmitting a notice of dispute (“notice of dispute”) to the Defending Party”.

²³⁵ Ibidem, Art. 22.1. “Subject to applicable law regarding protection of confidential information, the Defending Party shall make available to the public the following documents relating to a dispute under this Chapter, d) decisions, orders and awards issued by the Tribunal”.

²³⁶ Ibidem, Art. 22.3. “An award of a Tribunal rendered under this Article shall be publicly available, subject to the redaction of confidential information. Where a Defending Party determines that it is in the public interest to do so and notifies the Tribunal of that determination, all other documents submitted to, or issued by, the Tribunal shall also be publicly available, subject to the redaction of confidential information”.

consecuencia que muchos de los países socios con los que tenía TBI se nieguen a renegociar el nuevo modelo de TBI indio. Ello implica que, a día de hoy, las inversiones de los inversores de dichos países, una vez cumplido el tiempo de protección, según las cláusulas de supervivencia o *sunset clause* se encontrarán desprotegidas. Cabe destacar que España se encuentra en la lista de dichos países.

1.4.4.3 La política de inversión de Australia: La transparencia en el actual modelo de TBI australiano.

En el caso de Australia, debe reconocerse que las modificaciones han sido muy significativas a nivel mundial. En los años ochenta, Australia se mostraba a favor del libre comercio, acogiendo así un gran número de TBI y el propio sistema de solución de diferencias inversionista-Estado. Pero la controversia de *Philip Morris Asia vs. Australia*²³⁷, cuyos hechos pueden resumirse en la solicitud de arbitraje presentada por el Demandante (Philip Morris Asia) en la que alegó que las regulaciones promulgadas por el Gobierno de Australia que prohibía la identificación de marcas comerciales en los productos de tabaco -bajo la nueva ley, los paquetes de cigarrillos no deben mostrar logos ni imágenes comerciales, pese a que el nombre comercial del producto puede conservarse-, violaba el tratado bilateral de inversión entre Hong Kong y Australia. En efecto, Philip Morris Asia alegó que la legislación de empaquetado simple es una expropiación de sus inversiones en Australia. La Demandada (Australia) se opuso rotundamente a los alegatos presentados por el Demandante, alegando fundamentalmente la protección de la salud pública de sus ciudadanos. El Tribunal, cinco años después, dictó un laudo a favor de Australia y condenando al Demandante al pago de una elevada cuantía por los costos legales en que incurrió la Demandada. El presente caso trajo como consecuencia un giro total respecto a la concepción de Australia en relación con el arbitraje internacional, generando un significativo antagonismo público²³⁸ hacia el arbitraje en Australia.

Posición que ha sido muy criticada por quienes no comparten buenas ideas sobre el sistema de controversias inversionista-Estado. En este sentido, el propio Gobierno australiano en el año 2011, reconoció que se oponía al ISDS en los futuros TBI al admitir, entre otras cuestiones que

²³⁷ *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) vs. The Commonwealth de Australia*, PCA Case No. 2012-12, 2011. Disponible en: <http://www.pcacases.com/web/sendAttach/171>, consultado el 18/02/2019.

²³⁸ FEBLES POZO, N.: El arbitraje de inversiones: algunas cuestiones de actualidad en el procedimiento arbitral, en prensa

“(…) el Gobierno no respalda disposiciones que confieran mayores derechos legales a las empresas extranjeras que las que están disponibles para las empresas nacionales. El Gobierno tampoco respaldará disposiciones que limiten la capacidad de los gobiernos australianos para dictar leyes sobre asuntos sociales, ambientales y económicos en circunstancias en que esas leyes no discriminen entre empresas nacionales y extranjeras (...)”²³⁹.

Sin embargo, esta posición de Australia no ha sido lo suficientemente fuerte y perpetua, se ha ido matizando de manera tal que el propio Gobierno australiano ha reconocido la posibilidad de incorporar los ISDS en futuros tratados, pero siempre con un profundo análisis caso por caso, con el objetivo de proteger el interés público. Así pues, en el TLC entre Australia y Corea²⁴⁰, se prevé el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado, a través del cual, en busca de una mayor transparencia en el procedimiento, el propio tratado reconoce la posibilidad de que las Partes no contendientes puedan presentar comunicaciones orales o escritas en relación a la interpretación del tratado, así como la presentación de comunicaciones escritas a través de *amicus curiae*, sobre cuestiones únicamente relacionadas con el procedimiento. Además, establece un precepto específico relacionado con la transparencia en el que se establecen obligaciones previamente establecidas en el Reglamento de la CNUDMI²⁴¹.

De igual manera, el TLC entre Australia y Chile es otro ejemplo de regulación de la transparencia en el ISDS. En su Art. 10.22.1 “Transparencia de las actuaciones arbitrales”, no solo exige audiencias abiertas y la divulgación pública de documentos como la notificación de intenciones y el arbitraje, sino que también exige la divulgación de documentos sustantivos detallados, tales como los alegatos, escritos, transcripciones, órdenes y el laudo final. Ello demuestra que el Gobierno australiano, aunque ha ido retomando nuevamente la senda del ISDS, reconoce que lo hará siempre que exista un equilibrio entre los intereses de las partes y

²³⁹ Véase, Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade, “Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to More Jobs and Prosperity”, 2011. Disponible en: <http://www.acci.asn.au/getattachment/b9d3cfae-fc0c-4c2a-a3df-3f58228daf6d/Gillard-Government-Trade-Policy-Statement.aspx>, consultado el 18/02/2019.

²⁴⁰ Véase, TLC entre Australia y República de Corea, 2014, Arts. 11:20 (4) al (6) y 11:21. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2971>, consultado el 18/02/2019.

²⁴¹ *Ibíd.*, Art. 11.21.

la salvaguarda explícita para la regulación legítima del bienestar público²⁴² y la existencia de una mayor transparencia en el ISDS.

1.4.4.4 La transparencia en la política de inversión y en los TBI de Nueva Zelanda.

Desde el punto de vista de la actuación de Nueva Zelanda en el ámbito del sistema de solución de diferencias inversionista-Estado, resulta muy interesante a nivel internacional los cambios producidos en la política neozelandesa respecto al sistema. Recientemente el Gobierno neozelandés, en negociaciones con varios de los países miembros del CPTPP, ha firmado acuerdos²⁴³ con cinco de los once países miembros²⁴⁴ para excluir la solución de diferencias entre inversores y Estados obligatorio entre ellos. Exigiendo, por un lado, que las empresas privadas no pueden hacer reclamos de ISDS bajo el CPTPP en relación con los contratos de inversión que han celebrado con los gobiernos y, en otro sentido, admitir la existencia del ISDS únicamente bajo el previo consentimiento de los gobiernos Partes en la litis. Cuestiones éstas que, si bien han sido muy acogidas por dichos Estados, pueden ser el motor de inicio para incentivar dichas modificaciones al resto de sus tratados, pudiendo influir en las políticas de inversión de los Estados a nivel internacional. El mismo acuerdo no ha podido lograrse entre todos los países miembros del CPTPP, siendo esta la gran pretensión de Nueva Zelanda.

No obstante, las políticas de inversión neozelandesas apuntan a que seguirán insistiendo para lograr que todos sus tratados futuros carezcan del sistema de solución de diferencias inversionista-Estado. Mientras tanto, apoyarán la inclusión de normas sobre la transparencia en el resto de tratados vigentes en los que son partes para hacer mucho más responsable el sistema. Con el objetivo de brindarle una mayor seguridad y transparencia al ISDS, teniendo en cuenta el interés público presente en las disputas, así como la preocupación pública respecto al arbitraje inversionista-Estado.

En suma, no cabe duda que se debe abogar por un nuevo enfoque en los TBI y una exhaustiva revisión de la práctica de los mismos. Es evidente la desigualdad existente entre los

²⁴² Al respecto, Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade, “Fact Sheet: Investor-State Dispute Settlement (ISDS)”. Disponible en: <http://www.dfat.gov.au/fta/kafta/guides/fact-sheet-isds.html>, consultado el 18/02/2019.

²⁴³ Las acuerdos y declaraciones conjuntas, firmados por el Gobierno de Nueva Zelanda, se encuentran disponibles en: <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-concluded-but-not-in-force/cptpp/comprehensive-and-progressive-agreement-for-trans-pacific-partnership-text/>, consultado el 18/02/2019.

²⁴⁴ Entre los que se encuentran Brunei Darussalam, Malasia, Perú, Vietnam y Australia.

tratados actualmente vigentes respecto a la regulación de la transparencia en el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado, tanto a nivel internacional como regional, subregional y bilateral. Cuestión ésta de extrema preocupación, principalmente cuando en la práctica se demuestra que el ejercicio y cumplimiento de gran parte de los derechos establecidos en los propios tratados, tanto para los inversionistas como para los países receptores de la inversión, no resulta del todo favorable²⁴⁵.

1.4.4.5 Consideraciones finales.

Reformar el régimen internacional actual en materia de inversiones constituye un gran reto no solo para los Estados, sino también para las instituciones internacionales que participan en la creación de políticas en materia de inversión, teniendo en cuenta la existencia de acuerdos “mega regionales” como pueden ser el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP)²⁴⁶, actualmente Acuerdo de Asociación Global y Progresivo Transpacífico (CPTPP- por sus siglas en inglés) y la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI)²⁴⁷, cuyo márgenes de actuación rebasan con creces los tratados existentes, lo que hace más difícil la regulación de la transparencia en el sistema de solución de controversias inversionista-Estado a nivel internacional. Muestra de ello lo es la poca consistencia de tendencias a favor de la transparencia en otras regiones del mundo, muy distintas a las ya analizadas antes.

La práctica nos ha demostrado la existencia de innumerables APPRI firmados por los Estados con muchos años de antigüedad, elaborados con una estructura prácticamente igual²⁴⁸ y que no se adecuan a las circunstancias actuales, razón que los hace inoperantes. También tratados que nunca han sido utilizados, letra muerta entre las partes. Situación ésta muy preocupante, teniendo en cuenta que los tratados son la norma básica en la que se basa la actividad inversionista de los Estados y, a su vez, forman parte de la actividad reguladora de

²⁴⁵ VANDER STICHELE, M., EVENTON R.: “Los tratados bilaterales de inversiones, la inversión extranjera directa y el desarrollo” en AA.VV.: *Por una política europea de inversiones al servicio del interés público. Los Acuerdos de Inversiones de la UE en la era del Tratado de Lisboa*, Ámsterdam, 2010. p. 27.

²⁴⁶ Conocido como TPP (por sus siglas en inglés), 2016 (se espera que entre en vigor en 2018), en el cual en su Capítulo 9, Art. 9.24, regula la transparencia durante el procedimiento arbitral. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3573>, consultado el 18/02/2019.

²⁴⁷ JANSEN CALAMITA, N., ZELAZNA, E.: *The Changing Landscape of Transparency...op.cit.*, pp. 278-279.

²⁴⁸ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “La incorporación de los “ADR” al sistema de resolución de controversias sobre inversiones extranjeras”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 3, No. 5, 2015, p. 22; BROWN, C.: “Introduction: The Development and Importance of the Model Bilateral Investment Treaty”, in BROWN, C. (Ed): *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*. Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 8-11.

éstos. Condición ésta que debe tenerse en cuenta por quienes critican el sistema inversionista-Estado alegando, entre otras cuestiones, que favorece el llamado enfriamiento regulatorio²⁴⁹ hacia el interior de los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados receptores de inversión. Dicho enfriamiento consiste en el retraimiento de los Estados para legislar a favor del bienestar público, ya sea en materia de salud, medio ambiente y trabajo. Este riesgo concierne a todos los Estados, aunque los países en vías de desarrollo son los más propensos a padecer dicha situación, teniendo en cuenta que son el mayor número de países receptores de inversión extranjera, coincidiendo, a su vez, con los que más necesidades de legislar tienen al respecto.

Tradicionalmente, las disputas entre inversionista y Estado se debían a incidencias directas de nacionalización o incumplimiento de contrato. Hoy en día, las disputas a menudo giran en torno a las medidas gubernamentales adoptadas para promover objetivos de política pública, como puede ser la protección del medio ambiente. Por tal motivo, somos del criterio de que el sistema de solución de controversias inversionista-Estado en sí mismo no causa enfriamiento regulatorio, al punto de que algunos autores consideran que el objetivo de la ley de inversiones es “enfriar” la producción estatal de medidas de protección²⁵⁰. Creemos que no resulta del todo así, que la causa fundamental radica en los propios tratados, en la existencia de un gran número de TBI con muchos años de antigüedad, ambiguos, carentes de una protección sustantiva y objetiva en el ámbito de las políticas públicas que pueden implementar los Estados, ya sea en función de protección del medio ambiente, la salud pública o cualquier otro derecho fundamental de la población. Son los actuales tratados de inversión -en la gran mayoría ineficientes-, firmados por los propios Estados, en el ejercicio de sus facultades soberanas, los que influyen en la restricción regulatoria de los gobiernos.

Los Estados deben jugar un rol fundamental y más activo en la elaboración de los TBI. Deben crear los mecanismos necesarios que sirvan de filtro, que les permita realizar un análisis y un estudio más pormenorizado del tratado o acuerdo de inversión antes de ser firmado, y, más importante aún, conocer, familiarizarse, con el ISDS. De esta forma, aunque le resulte muy difícil o casi imposible al Estado conocer todos los impactos que puede generar una inversión

²⁴⁹ TIENHAARA, K.: “Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science”, in BROWN, CH., MILES, K. (Eds.): *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, 2011, pp. 606 y 607.

²⁵⁰ TIENHAARA, K.: *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration...op.cit.*, p. 609.

determinada²⁵¹, al menos, le permite prever, imaginar, las posibles acciones a las que pudiera enfrentarse y, de esta manera, le proporciona al poder legislativo una mayor visualización de las normas que considere oportuno legislar. Pero no sólo al poder legislativo, sino también al poder ejecutivo, teniendo en cuenta el alto número de casos inversionista-Estado en los que la causa fundamental ha sido la mala praxis de la rama ejecutiva de algunos Estados²⁵².

Se hace imprescindible una modificación y renegociación de la inmensa mayoría de los TBI, adecuándolos a los tiempos actuales, y que los mismos sean capaces de establecer no solo una mera protección de la actividad inversora, sino que dicha protección se extienda más allá de la inversión y que abarque las garantías procesales necesarias en materia de Derechos humanos²⁵³ en los Estados receptores de la inversión, así como, una regulación de la transparencia obligatoria y un mayor enfoque respecto a la posibilidad de prever, dentro del propio tratado de inversión, obligaciones regulatorias de los Estados receptores de la inversión siempre que dichas inversiones afecten directamente cuestiones de interés público.

Actualmente, algunos modelos de tratados ya han ido implementando algunas modificaciones al respecto. Por ejemplo, el modelo de TBI del año 2004, de los Estados Unidos, el cual reconoce la necesidad de un uso adecuado de los recursos económicos, así como “la protección de la salud, la seguridad y el medio ambiente, y la promoción de los derechos laborales internacionalmente reconocidos”, e incluye, en su Art. 29, la transparencia procesal. En ese mismo sentido, nos encontramos el TLC entre Perú, Ecuador, Colombia y la UE²⁵⁴, en el cual se enfatiza la necesidad de proteger el medio ambiente, estableciendo un capítulo sobre Desarrollo Sostenible y la participación de la sociedad civil. Sin embargo, dichas modificaciones no son suficientes, teniendo en cuenta el gran número de TBI y TLC existentes

²⁵¹ COE, J., RUBINS, N.: “Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions”, en WEILER, T.: *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May Ltd., Reino Unido, 2005, pp. 557-599.

²⁵² Al respecto, puede verse el estudio realizado por CADDEL y JENSEN, en el que llegan a la conclusión de que un significativo número de reclamos inversionista-Estado surgen de la rama ejecutiva y no del poder legislativo exclusivamente. En el presente estudio se tiene en cuenta los casos CIADI durante el 2014, concluyendo los investigadores, que el 47% de las disputas estaban asociadas a ministerios o agencias, mientras que solo el 9% (14 casos en total) eran el resultado de actos legislativos; CADDEL, J., JENSEN, N.: “Which Host Country Government Actors are Most Involved in Disputes with Foreign Investors?”, *Columbia FDI Perspectives: Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment*, No. 120, 2014. Disponible en: <http://academiccommons.columbia.edu/catalog/ac:173529>, consultado el 18/02/2019.

²⁵³ TIETJE CH., BAETENS F.: *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Rotterdam, 2014, p. 23.

²⁵⁴ Véase, TLC entre Perú, Ecuador, Colombia y la UE, 2012 (en vigor 2013). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/165/treaty/3710>, consultado el 18/02/2019.

actualmente. Otro ejemplo importante lo es la propuesta de “Acuerdo internacional modelo del IISD sobre inversión para el Desarrollo Sostenible” propuesto por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible²⁵⁵ (IISD-por sus siglas en inglés). El Acuerdo Modelo propuesto debe ser considerado como una agenda para futuras negociaciones y un punto de vista global y consistente sobre los vínculos entre la inversión y el desarrollo sostenible. Su mayor intención es que se adopte a negociaciones bilaterales, regionales y multilaterales. Aunque un enfoque multilateral sería mucho más ventajoso sobre la proliferación de acuerdos bilaterales y regionales.

Este modelo de acuerdo propuesto por el IISD también regula la transparencia. Pero a diferencia del resto de los tratados analizados, en éste se propone un estándar mucho más amplio de la transparencia. En efecto, propone que “*la iniciación de un panel o una apelación, o los alegatos, la evidencia y las decisiones en ellos, se harán públicos a través de un sitio de internet, así como las audiencias orales procesales y sustantivas estarán abiertas al público*”²⁵⁶. Tal y como se afirma en el comentario del propio artículo, el modelo de acuerdo propuesto establece como principio fundamental la apertura de todas las audiencias al público. También reconoce la participación de *amicus curiae* en el procedimiento.

Consideramos necesario, a nivel internacional, establecer una regla de proporcionalidad estándar, que emane del propio tratado que instituye la base del sistema de resolución de controversias inversionista-Estado, que permita la plena igualdad de los derechos de las partes y un equilibrio entre los intereses del inversionista, interés privado y las políticas públicas desarrolladas por el Estado receptor de la inversión, dígase, intereses públicos, y no una regla de proporcionalidad -que según algunos críticos del sistema- faculta al tribunal arbitral a interferir en las funciones regulatorias del Estado²⁵⁷. En este sentido, la transparencia también puede acallar cualquier temor que tengan los Estados de que sus regulaciones puedan dar lugar a reclamaciones por parte de los inversionistas, incluso, siendo dichas regulaciones legítimas.

²⁵⁵ El IISD es una organización sin fines de lucro pública en Canadá y cuenta con el estatus 501 (c) (3) en Estados Unidos. El IISD recibe su principal apoyo operativo del gobierno de Canadá, a través del Organismo Canadiense de Desarrollo Internacional (CIDA), del Centro Canadiense de Investigación sobre el Desarrollo Internacional y del Ministerio del Medio Ambiente de Canadá y del gobierno provincial de Manitoba. El instituto recibe financiación para sus proyectos de varios gobiernos dentro de Canadá y alrededor del mundo, de agencias de las Naciones Unidas, de fundaciones y del sector privado.

²⁵⁶ Véase, Art. 46 de Acuerdo internacional modelo del IISD sobre inversión para el Desarrollo Sostenible.

²⁵⁷ SORNARAJAH, M.: An International Investment Court.. *op.cit.*, p. 2.

Se ha demostrado que el sistema de solución de controversias inversionista-Estado también protege el espacio de políticas públicas de los gobiernos en beneficio de sus ciudadanos. En la práctica, el ya citado caso *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) vs. The Commonwealth of Australia* y el caso *Philip Morris vs. Uruguay*²⁵⁸ así lo demuestran. Sin embargo, estos dos casos han tenido como contrapeso el prolongado tiempo durante todo el proceso. Lo que evidencia, más allá de las desavenencias y críticas al respecto, la necesidad de perfeccionar el sistema de solución de controversias inversionista-Estado. Que el mismo actúe de forma eficiente, transparente, que sea un mecanismo efectivo en la solución de disputas de inversiones, adecuándose a normas de procedimiento que permitan la plena igualdad de condiciones entre las partes en el pleno ejercicio de los derechos que les asisten. Las razones anteriores demuestran la necesidad de transparencia en el arbitraje inversionista-Estado, siendo muy prudente, según algunos autores, la discusión respecto al “contenido exacto y el grado de transparencia que el arbitraje inversionista-Estado debe proporcionar”²⁵⁹.

No es menos cierto que, en ocasiones, los países receptores de inversión se sienten presionados por los grandes inversores cuando son capaces de amenazar con la retirada de sus inversiones ante la existencia de regulaciones que puedan afectar las mismas. Pero esto es un riesgo más del que no están exentas las partes en una relación jurídica en el ámbito de las inversiones extranjeras. El riesgo no puede ser un impedimento para no modificar o actualizar los TBI y la renegociación de los mismos. Tanto los Estados como los propios inversores deben establecer los mecanismos necesarios para lograr tal fin. En el ámbito de las inversiones extranjeras, debemos contar con TBI que regulen la transparencia durante todo el proceso en el sistema de solución de controversias inversionista-Estado, así como una mayor definición de los derechos y obligaciones que deben asumir las partes en materia de inversión²⁶⁰.

Las obligaciones de transparencia en los AII y TBI han tenido siempre como principal objetivo proporcionar a los inversores mayor información y protección de sus derechos relacionados con la inversión. Sin embargo, consideramos que la transparencia no solo puede ofrecerle una mayor visión o previsibilidad de la inversión al inversor, sino también al Estado

²⁵⁸ Véase, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. vs. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, 2016. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>, consultado el 18/02/2019.

²⁵⁹ FRY, J.D, REPOUSIS, O.G.: “Towards a new World for investor-state arbitration through transparency”, *New York University journal of international law and politics*, Vol. 48, No. 795, 2006, p. 3.

²⁶⁰ GERTZ, G.: *Renegotiating NAFTA...op.cit.*, p. 2.

receptor de la inversión, así como el reconocimiento de responsabilidades y un equilibrio de las obligaciones en el propio TBI. Lo que permite que la relación inversionista-Estado pueda desarrollarse en la más plena igualdad de condiciones y, de esta forma, acabar con las exigencias de responsabilidades y obligaciones de transparencia impuestas únicamente a los Estados receptores de inversión, como sucede, por ejemplo en el TBI entre la República de Guatemala y la República de Finlandia, en el cual, el propio Art.15 regula una obligación extensa, de amplio alcance para el Estado receptor de la inversión, ya que abarca no solo las leyes y reglamentos, sino que también se extiende a “procedimientos y resoluciones administrativas y decisiones judiciales”²⁶¹.

El progreso que se está llevando actualmente en cuanto a la modificación y renegociación de una gran parte de los TBI a nivel internacional constituye el momento idóneo para la implementación obligatoria de normas que regulen la transparencia en ellos. Actualmente existe un gran impulso, promovido por varios países, no solo respecto a la modificación y renegociación de los TBI, sino también de sus políticas de inversión. Motivo por el cual consideramos que es el momento propicio para implementar en dichos tratados, además de la protección y promoción de la inversión, objeto principal del tratado, un mayor reconocimiento de la relación existente entre la actividad inversora, dígase, el interés económico y los Derechos humanos de la población. No podemos continuar con la asimetría TBI o TLC y Derechos humanos, teniendo en cuenta que el debate sobre los TBI se centra más en los beneficios económicos del tratado que las implicaciones y consecuencias que puede tener en los Derechos humanos²⁶². Las cláusulas de no discriminación y expropiación establecidas en los TLC o TBI pueden afectar directamente los Derechos humanos de las poblaciones que habitan en las zonas donde se desarrolla la inversión. En este sentido, mientras que dichos derechos no sean considerados como “una excepción a regular en los tratados, las normas nacionales que los protegen podrían quedar obsoletas”²⁶³. La inclusión de cláusulas de excepción en los tratados puede ser una medida que garantice la protección de los Derechos humanos, pero siempre que

²⁶¹ APPRI entre Finlandia y Guatemala, Art. 15: Transparencia, 2005, el cual establece: “*Cada Parte Contratante publicará prontamente, o de otra manera pondrá a disposición sus leyes, regulaciones, procedimientos, y reglamentos administrativos y decisiones judiciales de aplicación general, así como acuerdos internacionales los cuales podrían afectar las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante*”. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/GTM_Finland_s.pdf, consultado el 18/02/2019.

²⁶² AYLWIN OYARZÚN, J., GÓMEZ MARTÍNEZ, E., VITTOR ARZAPALO, L.: *El TPP y los derechos de los pueblos indígenas en américa latina*, Iwgia, Perú, 2016, p. 73.

²⁶³ ONU, Relatoría Espacial sobre Pueblos Indígenas. Informe relativo a las repercusiones de las inversiones internacionales y el libre comercio sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2015. Disponible en: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/annual/2015-annual-ga-a-70-301-sp.pdf>, consultado el 18/02/2019.

los propios Estados sean capaces de establecer también obligaciones para los inversores de cumplir con tales derechos y, en caso de incumplimiento, exigir responsabilidades a los inversionistas para reparar el daño ocasionado, ya sea en materia de salud, medio ambiente, etc. Obligación ésta que solo se ha ido estableciendo en los más recientes tratados de inversión.

Por todo ello, consideramos que, desde el punto de vista de la transparencia, la participación pública y desde la perspectiva de una mayor protección de los Derechos humanos, resulta esencial que los Estados tengan en cuenta en la negociación e implementación de cualquier tratado, la participación de la ciudadanía, o aquella parte de la población mayormente afectados con el desarrollo de la inversión, lo que justifica la interrelación existente entre Derechos Humanos e Inversión²⁶⁴. De esta forma, contaremos con modelos de TBI capaces de hacer frente a los nuevos desafíos, tratados que protegen la inversión, pero que a la vez cuentan con las garantías procesales necesarias para salvaguardar el interés público presente en este tipo de relación y que no restrinjan la capacidad de actuación de los propios Estados en beneficio de sus ciudadanos. De lo contrario, seguiremos en la encrucijada de la ambigüedad, cuestionándonos una vez más la existencia de los TBI y, con estos, el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado. En suma, creemos que la transparencia, desarrollada y correctamente establecida en los nuevos modelos de TBI, puede materializarse desde dos enfoques principales y que analizaremos en el siguiente capítulo, ellos son: i) la divulgación al público sobre la existencia de la disputa de inversión, incluidas las presentaciones de las Partes contendientes, los documentos producidos durante el procedimiento y la divulgación del laudo arbitral; ii) la apertura de las audiencias al público y la plena participación de terceros ajenos, *amicus curiae*, al procedimiento.

I.5 Conclusiones Parciales.

PRIMERA: El Reglamento sobre la Transparencia adoptado por la CNUDMI, con ciertas excepciones relacionadas con la publicidad de la información y la integridad del procedimiento arbitral, ha tratado de revertir la presunción de confidencialidad y privacidad en los arbitrajes inversionista-Estados, estableciendo una mayor transparencia respecto al carácter público de las audiencias. Mientras, las Reglas de Arbitraje del CIADI, reconocen el derecho de las partes respecto a la publicidad de las audiencias, conservando la discrecionalidad de las partes contendientes para permitir la transparencia en el arbitraje inversionistas-Estados.

²⁶⁴ TIETJE CH., BAETENS F.: The Impact of Investor-State-Dispute Settlement...*op.cit.*, p. 24.

SEGUNDA: El éxito de la Convención de Mauricio no solo dependerá del número de Estados que la ratifiquen sin reservas, sino también de que las partes sean capaces de establecer y reconocer su aplicación en el propio cuerpo del tratado.

TERCERA: La práctica actual de aceptar la transparencia en el arbitraje internacional sigue siendo muy restringida. La gran mayoría de los tratados que proporcionan el fundamento jurídico del sistema regulan con mucha parquedad u omiten las cuestiones relativas a la transparencia en el procedimiento arbitral. Los acontecimientos significativos han tenido lugar principalmente en el contexto de regímenes específicos de tratados y, recientemente, en el marco de la CNUDMI. Es por ello que se necesitan reformas urgentes a nivel de tratados o instituciones en materia de transparencia, que puedan abordar los defectos inherentes al sistema arbitral inversionista-Estado, e incluyan también principios que consideren la primacía de los Derechos Humanos y el medio ambiente por sobre los intereses del capital privado o las grandes corporaciones. De esta forma, se logrará también una mayor influencia en los tribunales arbitrales en materia de transparencia.

CUARTA: Para lograr una reforma de los AII existentes en la actualidad, consideramos que la opción más provechosa es la creación de un instrumento multilateral que permita la posibilidad de reformar varios tratados a la vez. De lo contrario, seguirá imperando la existencia de tratados con muchos años de existencia, desactualizados e incongruentes con las exigencias de la realidad actual.

QUINTA: El actual modelo de acuerdo brasileño de facilitación de la inversión si bien ha resultado un modelo innovador y beneficioso para Brasil, refleja un retroceso en la protección de los derechos del inversionista consagrados mediante el sistema de solución de controversias inversionista-Estado. La cláusula sobre la transparencia establecida en ellos es muy simple, establece un umbral de transparencia muy por debajo de algunos de los últimos y más modernos TBI. Además, carece de un verdadero equilibrio entre el inversionista y los Estados, por lo que los ACFI brasileños están destinados a perpetuar una delicada y complicada relación entre los inversionistas y el Estados que puede tener como consecuencias la salida del inversor y, con ello, la pérdida de la actividad inversionista en el Estado afintrión.

SEXTA: En relación con la actualización de las políticas de inversión de los Estados, no sólo se está implementando un nuevo enfoque del ISDS, sino también se ha demostrado una

evolución en el pensamiento sobre los derechos y las obligaciones sustantivas tanto del inversor como de los Estados. Los tratados se han ido redactando de forma equilibrada, incluyendo, salvo excepciones, responsabilidades para los inversores. Sin embargo, para una mejor implementación de dichos tratados, se requiere también de una actualización de los mecanismos procesales existentes en el ISDS.

CAPÍTULO II: TRANSPARENCIA vs. CONFIDENCIALIDAD EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

II. 1 Introducción.

En el contexto actual del arbitraje internacional, la cuestión de equilibrar los conceptos de confidencialidad y transparencia es algo difícil, siendo en ocasiones más común en el arbitraje de inversiones y no en el ámbito del arbitraje comercial internacional. De hecho, ambos conceptos se oponen conceptualmente, tanto es así, que hoy en día algunos autores afirman la existencia de una tensión evidente entre ambos²⁶⁵. Por un lado, nos encontramos que los requisitos de transparencia existentes en el arbitraje de inversiones se fundamentan o se basan en la existencia del interés público, debido a que una de las partes es un Estado. De ahí la condición especial de este tipo de arbitraje, la cual lo hace ser distinto del arbitraje comercial internacional²⁶⁶. Y, por otra parte, debemos tener en cuenta la naturaleza privada del arbitraje comercial internacional, presente también, aunque en menor medida, en el arbitraje de inversiones²⁶⁷ y que tiene como característica esencial la confidencialidad, siempre que las partes así lo hayan acordado.

En el ámbito del arbitraje de inversiones, el argumento principal para una mayor exigencia de transparencia y participación pública es la presencia del interés público, teniendo en cuenta que el arbitraje de inversiones tiene una fuerte influencia en el erario, es decir, en las finanzas públicas de los Estados con los que debe hacer frente a las altas cuantías exigidas por los inversores. Lo que justifica la gran preocupación de la sociedad por la transparencia en los procedimientos arbitrales y los efectos que puede provocar en los presupuestos estatales, frutos de la recaudación de los impuestos fiscales pagados por la sociedad²⁶⁸.

Al abordar el alcance y el ejercicio de la discrecionalidad del tribunal arbitral en cuestiones de transparencia, es importante tener en cuenta las características específicas del arbitraje de inversiones. Aunque las normas procesales aplicadas se basan principalmente en el arbitraje

²⁶⁵ DUSSAN LAVERDE, S.: *Analysis of the Principle of Transparency...op.cit...*, p. 107.

²⁶⁶ KNAHR, Ch., AUGUST, R.: "Transparency Versus Confidentiality in International Investment Arbitration—The Biwater Gauff Compromise", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 6, 2006, pp. 97-118.

²⁶⁷ Algunos autores lo consideran como una subcategoría del arbitraje internacional. DUSSAN LAVERDE, S.: *Analysis of the Principle of Transparency...op.cit...* p. 107.

²⁶⁸ KATRANSTIOTIS, D.: "Transparency in International Investment Arbitration: From the Current towards the Future Normative Framework", *International Hellenic University*, 2014, p. 3.

comercial privado, su objeto -la revisión de los actos soberanos por parte del Estado que afecta a los inversionistas- es de carácter público o administrativo²⁶⁹. Una vez más, el fundamento jurídico principal del sistema -los Tratados de inversión y el Derecho internacional consuetudinario- se basa en el Derecho internacional público.

Resulta paradójico que las diferentes normas institucionales y arbitrales de que disponen las partes en litigio han sido tradicionalmente escasas en cuestiones de transparencia procesal, dejando en gran medida esas cuestiones a la discreción de las partes, o, a falta de acuerdo, al tribunal arbitral. Los problemas de procedimiento en el arbitraje internacional son cada día más frecuentes, de mayor complejidad y de máxima preocupación en el arbitraje internacional. Estas cuestiones serán analizadas en el presente capítulo, abordando las lagunas existentes desde el análisis de las cuestiones más controvertidas en el ámbito de la transparencia en el procedimiento arbitral, teniendo en cuenta las reglas arbitrales de las principales instituciones a nivel internacional y que son objeto de estudio en la presente investigación, el CIADI, la CCI y la CNUDMI.

En el ámbito del Derecho internacional y del propio Derecho internacional de las inversiones, se hace necesario que la transparencia esté presente en importantes elementos o cuestiones procesales relevantes para el ISDS, como pueden ser el acceso a las audiencias, el conocimiento de las presentaciones tanto escritas como orales de las partes y de las resoluciones finales, es decir el conocimiento público del Laudo que resuelve la disputa. Todos ellos, ante la argumentación de que la transparencia en el contexto de la solución de controversias inversionista-Estado es un término generalmente indefinido²⁷⁰ y, a los efectos de la presente investigación, constituyen el fundamento principal a través del cual podemos distinguir cuatro elementos procesales en los que la aplicación de la transparencia es un factor clave dentro del sistema de solución de controversias inversionista-Estado, los cuales serán tenidos en cuenta en el análisis que desarrollamos en el presente capítulo y que constituyen un componente esencial en el logro de los objetivos planteados en el mismo, partiendo del binomio Confidencialidad vs. Transparencia, estos son: (i) la publicación de la información y los documentos presentados al inicio y durante el procedimiento; (ii) la participación de terceros y

²⁶⁹ BROWN, CH. "Procedure in Investment Treaty Arbitration and the Relevance of Comparative Public Law" in SCHILL, S. (Ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford 2010, pp. 659-660; DOUGLAS, Z.: "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration", *BYBIL*, No. 74, 2004, pp. 151-168.

²⁷⁰ CALAMITA, J.N.: "Dispute Settlement Transparency in Europe's Evolving Investment Treaty Policy", *JWIT*, Vol. 3-4, No. 15, 2014, pp. 645-678.

el acceso público a las audiencias durante el procedimiento; (iii) las comunicaciones sobre cuestiones de interpretación de los tratados presentadas por una parte que no sea Parte en la controversia pero si firmante del tratado, y (iv) excepciones a la transparencia para proteger la información confidencial o protegida.

En relación con la participación de terceros, tendremos en cuenta la figura procesal del *amicus curiae* y la financiación por terceros. Ahora bien, en relación con el tercero financiador en el arbitraje internacional, existen un conglomerado de cuestiones de vital importancia en la actualidad, entre los que podemos citar: a) los posibles conflictos de intereses que surgen de la participación de un tercero financiador en el procedimiento arbitral; b) la divulgación del acuerdo de financiación; c) si la dependencia de una parte de los fondos de terceros constituye un motivo para ordenar la seguridad de los costos y d) si la participación de un tercero financiador tiene implicaciones para la jurisdicción de los tribunales de tratados de inversión. Sin embargo, teniendo en cuenta los objetivos trazados en la presente investigación y, especialmente, los fines que perseguimos en el presente capítulo, en lo que a la financiación por terceros se refiere, le prestaremos mayor atención a las tres primeras cuestiones comentadas antes, ya que consideramos que son las que mayor relación tienen con el tema objeto de investigación.

II.2 La transparencia en el procedimiento arbitral: el acceso a la información durante el proceso. Generalidades.

La información sobre los procedimientos arbitrales, en ocasiones, puede ser de dominio público a pesar de la ausencia de un requisito formal de transparencia²⁷¹, como puede suceder en el caso de la presentación del laudo a un tribunal nacional para llevar a cabo el reconocimiento y la ejecución del mismo, lo que permite el conocimiento judicial de los hechos acaecidos durante el procedimiento arbitral por el tribunal y, en ocasiones, el laudo puede

²⁷¹ Una de las partes en una controversia puede tener un incentivo para revelar unilateralmente un laudo arbitral. “O la divulgación puede ser legalmente requerida, como es el caso de los requisitos de presentación de informes impuestos por los valores y las comisiones de cambio o las leyes nacionales que requieren la publicación de todos los gastos del presupuesto gubernamental (incluyendo reclamaciones legales pagadas)”; MAUPIN, J.A.: *Transparency in Investment Law: The Good, the Bad and the Murky*” in BIANCHI, A., PETERS, A. (Eds.): *Transparency in International Law*, Cambridge, 2013, p. 15.

convertirse en un documento público como cualquier otro documento presentado ante un procedimiento judicial nacional²⁷².

Respecto a las alegaciones de las partes, si bien las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI no obligan ni prohíben la divulgación de las alegaciones de las partes, resulta muy significativo el caso *Piero Foresti vs. Sudáfrica*²⁷³, que atrae un amplio interés de la sociedad civil. En el presente caso, Piero Foresti y otras nueve personas (Demandantes) con distintas nacionalidades presentan demanda contra la República de Sudáfrica en base a los APPRI entre Italia y Sudáfrica de 1997, y el APPRI entre Sudáfrica y la Unión Económica Belgo-Luxemburgo de 1998 sobre la protección recíproca de las inversiones. El procedimiento arbitral se administró bajo las reglas del CIADI. Los Demandantes impugnan la Ley de Recursos Minerales y de Petróleo promulgada por Sudáfrica por razones de política pública. La Demandada alega que la ley fue promulgada para proteger cuestiones que afectan directamente a los ciudadanos: Derechos humanos, medio ambiente, desarrollo sostenible.

Por la importancia del caso, varias ONGs solicitaron al tribunal presentar sus escritos en relación con el caso. Admitidas como Partes no contendientes (NDP siglas en inglés) en el procedimiento, el tribunal ordenó a las Partes litigantes que revelaran sus alegatos escritos a cinco peticionarios de *amicus* no gubernamentales, teniendo en cuenta dos principios básicos: i) que la intención de permitir la participación de las Partes no contendientes es que proporcionan información útil y ii) permitir que las Partes no contendientes tengan acceso a los documentos presentados por las partes en el procedimiento, incluso, en contra de las objeciones de los reclamantes, para permitir que las partes no contendientes puedan centrar sus escritos en las cuestiones relacionadas con el caso²⁷⁴.

²⁷² BALCERZAK, F., HEPBURN, J.: “Publication of Investment Treaty Awards: The Qualified Potential of Domestic Access to Information Laws”, *GroJIL*, Vol. 3, No. 1, 2015, p. 152.

²⁷³ *Piero Foresti, Laura de Carli, Others vs. The Republic of South Africa*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01, Award, 2010.

²⁷⁴ *Ibidem*, paragraph. 28 “On 25 September 2009, the Tribunal issued a further decision on the NDP petitions. First, the Tribunal explained the reasoning behind its 11 September decision to require the Parties to agree on and disclose to the NDPs certain redacted documents. The Tribunal noted that its decision in this regard was animated by two basic principles: (1) that NDP participation is intended to enable NDPs to give useful information and accompanying submissions to the Tribunal, but is not intended to be a mechanism for enabling NDPs to obtain information from the Parties; and (2) where there is NDP participation, the Tribunal must ensure that it is both effective and compatible with the rights of the Parties and the fairness and efficiency of the arbitral process. The Tribunal had ordered the Parties to provide the NDPs with certain redacted documents because it had taken the view that the NDPs must be allowed access to those papers submitted to the Tribunal by the Parties that are necessary to enable the NDPs to focus their submissions upon the issues arising in the case and to see what positions the Parties have taken on those issues. The calendar set by the Tribunal for the NDP submissions and the Parties’ responses was set because of the Tribunal’s view that the NDPs must also be given adequate

Ahora bien, aún y cuando las partes demostraron su disconformidad en revelar la información solicitada por los *amicus* admitidos en el procedimiento, el conocimiento público de dicha información no llegó a realizarse, debido a que los Demandantes solicitaron la interrupción del procedimiento teniendo en cuenta el Acuerdo de Compensación firmado posteriormente con la Demandada en el que se les otorgaron nuevos Derechos mineros²⁷⁵. Además, argumentaron que dicho acuerdo era considerado como una respuesta o satisfacción parcial a sus pretensiones y que en relación con los costos del arbitraje y las condiciones económicas actuales era más apropiado finalizar el procedimiento²⁷⁶. La Demandada en respuesta a la solicitud de terminación del procedimiento presentado por los Demandantes, expresó su desacuerdo, debido a que los Demandantes habían solicitado la terminación del procedimiento “sin perjuicio”, es decir, sin la autoridad de cosa juzgada, dejando la posibilidad de que los Demandantes pudieran presentar las mismas reclamaciones en fechas posteriores. Como consecuencia, el tribunal ordenó continuar las actuaciones²⁷⁷. Aceptado por los Demandantes la terminación del procedimiento y “*la emisión de un laudo que desestimara sus reclamaciones con efecto de cosa juzgada*”²⁷⁸, el Tribunal decide finalmente dar por finalizado el procedimiento arbitral, condenando a los Demandantes a indemnizar a la Demandada por los gastos incurridos durante el procedimiento y desestimar sus reclamaciones²⁷⁹. El presente caso demuestra que mientras no existan normas vinculantes que establezcan la obligatoriedad en la publicación de la información surgida durante el proceso, la publicidad de las actuaciones seguirá resultando escasa y, muy rara vez, resultará efectiva. En este sentido, puede observarse que la divulgación de las alegaciones de las Partes, así como algunas fases del procedimiento sigue careciendo de transparencia.

opportunity to prepare and deliver their submissions in sufficient time before the hearing for the Parties to be able to respond to those submissions”.

²⁷⁵ *Ibidem*, paragraph 79. “(...) *the Claimants sought the Respondent’s consent to discontinue the proceedings pursuant to Article 50 of the Additional Facility Rules. The Claimants argued that, although they had not been provided with full relief for their alleged injuries, they nevertheless sought discontinuance because, pursuant to a 12 December 2008 agreement between the DMR and the Operating Companies (the “Offset Agreement”), the Respondent had granted the Claimants’ Operating Companies new order mineral rights without requiring the Claimants (...)*”.

²⁷⁶ *Ibidem*, paragraph 80. “*The Claimants also asserted that they had tried to settle the case with the Respondent, but to no avail.108 Therefore, the Claimants argued, given that they had received partial relief, and given the costs of the arbitration and current economic conditions, it was now appropriate to seek discontinuance of these proceedings*”.

²⁷⁷ *Ibidem*, paragraph 82. “*The Respondent argued in its Response that the Claimants had sought discontinuance without prejudice, leaving the Claimants free to bring the same claims at a later date and leaving all costs where they lay, and that Respondent could not agree to discontinuance on such terms (...)*”.

²⁷⁸ *Ibidem*, paragraph 82. “(...) *the Claimants informed the Respondent and the Tribunal that they were willing to agree to discontinuance with an award dismissing their claims with res judicata effect*”.

²⁷⁹ *Piero Foresti, Laura de Carli, Others vs. The Republic of South Africa, Award, 2010. Decision on Discontinuance and Costs.*

En cuanto a los problemas relacionados con el uso y la accesibilidad de la información durante el procedimiento, actualmente están siendo parcialmente abordados. La Secretaría del CIADI publica un informe semestral²⁸⁰ en el que se detallan las estadísticas de sus actividades, incluidos los casos registrados y administrados, las fuentes de reclamaciones de los inversores y los Estados, la distribución regional y sectorial de las reclamaciones; los países de origen de los árbitros y los resultados de las controversias, siendo el más completo de los informes compilados institucionalmente. Sin embargo, omite puntos clave de interés que resultan muy importantes en cuanto al conocimiento público de la información, como pueden ser la duración de los procedimientos, las tasas administrativas, los costos del tribunal, la publicación de los documentos, los alegatos presentados y las cantidades reclamadas y concedidas.

El acceso a la información también puede servir como medio para asegurar una mayor legitimidad del sistema de arbitraje. El sistema de inversiones, por su propia característica de descentralización del sistema, permite que la transparencia no se centre sólo en cuestiones de acceso al procedimiento; más bien, la transparencia sirve como un medio para desafiar prácticas tan diversas que contribuyen involuntariamente a una falta de transparencia, como puede ser la persistencia en no publicar los laudos, la participación de las secretarías arbitrales en el proceso interno, la acumulación de la información confidencial o experiencia especializada de ciertas empresas que no se divulgan públicamente. A este respecto, la transparencia también puede servir como un reconocimiento pragmático de que la información es oscurecida al público por el secreto y la confidencialidad, y requiere una sistematización para ser comprensible.

La transparencia ayuda a exponer al público el funcionamiento interno del sistema. La aprobación del Reglamento de Transparencia de la CNUDMI sobre arbitraje inversionista-Estado ha servido para implementar muchas de estas preocupaciones en un conjunto de directrices unificadas, las cuales contienen disposiciones sobre el ejercicio del poder discrecional por parte de un tribunal arbitral que opera bajo estas reglas, obligación de tener en cuenta el interés público en la transparencia²⁸¹, las obligaciones de publicación de documentos

²⁸⁰ El informe es publicado por CIADI, el cual se disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English31>, consultado el 18/02/2019.

²⁸¹ Véase, el Artículo 1.4 (a) del Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI.

en diferentes etapas de los procedimientos arbitrales²⁸² y la obligación de llevar a cabo audiencias en público²⁸³. La consulta pública de la Unión Europea sobre las modalidades de protección de las inversiones y los inversores relativa a la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversiones (TTIP) también hizo referencia explícita a estas nuevas Reglas de la CNUDMI²⁸⁴.

Sin embargo, una cuestión relativa a la transparencia procesal en el arbitraje internacional merece ser analizada: el interés público en el arbitraje internacional, con especial énfasis en el arbitraje de inversiones. Con frecuencia suele encontrarse referencias al interés público en el arbitraje de inversiones como forma de posibilitar una mayor transparencia en el procedimiento arbitral, pero, aunque muchos conflictos de inversión tienen una implicación importante en temas que merecen la atención del público, el concepto de interés público sigue siendo indeterminado, impreciso, vago. Por lo que cabría preguntarse ¿qué constituye el interés público en el arbitraje internacional?

II.3 De intereses privados a interés público en el arbitraje internacional. ¿Por qué abrir la participación social en el arbitraje inversionista-Estado?

La cuestión del interés público con respecto a la transparencia del arbitraje, puede ser tratada desde dos vertientes distintas. La primera, es relacionada con el interés general del público en conocer y ser informado de aquellos asuntos que revisten importancia para la sociedad, así como el actuar de los tribunales de inversión respecto a la revisión de las acciones soberanas de los Estados Partes en el procedimiento arbitral²⁸⁵. Este interés puede ser satisfecho con la difusión o publicación de la información respecto a las disputas en las que es parte el Estado. Esta difusión sistemática de la información relativa a los litigios sobre inversiones, que puede llevarse a cabo a través de un dominio público (internet), constituye esencialmente una transparencia en el sentido más básico. La segunda vertiente se corresponde con las cuestiones

²⁸² Véase, Artículo 3 del Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI. Esta obligación se produce al inicio del procedimiento, Artículo 2 del Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI, y se extiende a una amplia gama de documentos, pero no es absoluta. El Artículo 7.1 y 7.2 del propio Reglamento, establecen varias excepciones en las que se prohíbe la divulgación de la información teniendo en cuenta el carácter de confidencial o protegida de la información.

²⁸³ Véase, Artículo 6.1 del Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI.

²⁸⁴ Dicha consulta de fecha 14 de julio de 2014, está disponible en: http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=179, consultado 18/02/2019.

²⁸⁵ MAGRAW, D., AMERASINGHE, N. M.: “Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration”, *JICL*, Vol.15, 2009, p. 339.

del interés público relacionadas con el procedimiento arbitral, en relación a si una tercera parte, además del Estado Parte en el procedimiento, puede representar tal interés público en el arbitraje. Al respecto, el debate académico y la jurisprudencia sobre el tema, desde el punto de vista práctico, se han centrado, principalmente, en cuestiones relativas a la representación de los intereses públicos a través de las comunicaciones de *amicus curiae*, cuestión ésta que analizamos más adelante.

Es evidente que el interés público es una de las principales peculiaridades de las controversias de inversión que los distingue de los conflictos que surgen del arbitraje comercial internacional entre partes privadas. En teoría, el interés público puede referirse, por una parte, al interés de un Estado y sus mandantes y, por otra, a cuestiones que abarcan los intereses comunes de la humanidad, como las preocupaciones medioambientales, de Salud Pública y de Derechos humanos²⁸⁶. Sin embargo, en el ámbito normativo, las disposiciones legales pertinentes carecen de una referencia directa al término y a la propia conceptualización del interés público. Esto ha propiciado que en la práctica el concepto de interés público se haya ido elaborando con el transcurso del tiempo por los propios tribunales arbitrales en una serie de disputas de inversiones importantes, las cuales han ido estableciendo ciertas pautas o elementos que condicionan la propia existencia del concepto de interés público en este tipo de disputas. Tal y como sucedió en el caso *Methanex vs. Estados Unidos de América*²⁸⁷. Cabe pues, abrir un paréntesis para adentrarnos en las particularidades del caso.

El caso citado tuvo como objeto una disputa de inversión entre *Methanex Corporation*, con sede en Canadá, y los Estados Unidos, en base a las disposiciones del Capítulo 11 del TLCAN sobre inversiones. La Demandante (*Methanex Corporation*) es una empresa productora, transportista y comercializadora de Metanol, un componente clave del Methyl Tertiary Butyl Ether (MTBE) sustancia química que se usa para aumentar el contenido de oxígeno y actuar como un potenciador del octano en la gasolina sin plomo. La Demandante en desacuerdo con la Orden del Estado de California de marzo de 1999 de prohibir el uso de MTBE a finales de

²⁸⁶ CHOUDHURY, B. “Recapturing Public Power: ¿Is Investment Arbitration’s Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?”, *VJTL*, Vol. 41:775, 2008, p.809; FEBLES POZO, N.: “Los Derechos humanos vs. el CIADI: el binomio imperfecto”, en CARRILLO POZO, L.F., ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., PANADERO DE LA CRUZ, E.C.: *Los derechos fundamentales en Europa y América*, Conciencia, Cuba, 2018, en prensa.

²⁸⁷ *Methanex Corp vs. United States of America*, In the Matter of an Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement and the UNCITRAL Arbitration Rules, 1999. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/683>, consultado el 18/02/2019.

2002, decide comenzar un procedimiento arbitral contra los Estados Unidos. El Estado de California argumentó que la medida tomada para prohibir el uso del MTBE era necesaria, teniendo en cuenta que dicha sustancia contaminó los suministros de agua potable, lo que representa un riesgo considerable para la salud, la seguridad de las personas y el medio ambiente. Methanex Corporation alega que la medida tomada por el Gobierno de California no era efectiva, y que el incumplimiento de las leyes ambientales y la *Clean Water Act of the United States* por el propio gobierno fue lo que provocó la presencia de MTBE en los suministros de agua de California. La Demandante argumentó también que la prohibición impuesta por el Gobierno de California era equivalente a una expropiación de su inversión y, por tanto, se incumplió el Art. 1110 del TLCAN, así como la existencia de una violación del deber de trato nacional establecido en el Art. 1102 del TLCAN y un incumplimiento de las obligaciones mínimas reconocidas en los estándares internacionales según el Art. 1105 del TLCAN. Por todo ello, la Demandante exigía a EEUU una indemnización por daños ascendente aproximadamente a \$ 1 Billón.

Las cuestiones planteadas en el caso sobre la interacción entre la protección del inversor y la protección del medio ambiente fueron tan agudas, que dieron motivos para que el International Institute for Sustainable Development solicitara al tribunal arbitral presentar un escrito como *amicus curiae* relacionado con asuntos legales críticos que involucran el interés público presente en el caso; hacer presentaciones orales para respaldar su pretensión con el escrito de *amicus* en el momento adecuado del procedimiento y tener estatus de observador en las audiencias orales²⁸⁸.

También presentó solicitud para participar como *amicus* Communities for a Better Environment and the Earth Island Institute, entre otros. La Demandante se opuso a las peticiones de participación como *amicus* realizada, alegando principalmente cuestiones relacionadas con la confidencialidad. El tribunal, en audiencia posterior, admite las solicitudes y, por ende, la participación como *amicus* de las peticionarias, admitiendo también que los Gobiernos de Canadá y México presentaran sus alegatos²⁸⁹. Una vez admitida la participación

²⁸⁸ Para mayor conocimiento sobre el IISD y su Petición para participar como *Amicus* en el caso *Methanex Corp vs. United States of America*, puede consultarse; Opening the Doors, at least a little: Comment on the Amicus decisión in *Methanex vs. United States*. Disponible en: https://www.iisd.org/pdf/2001/trade_reciel_methanex.pdf y en el IISD, *Methanex Corp vs. United States of America*. Disponible en <https://iisd.org/project/methanex-v-usa>. Los citios web fueron consultados el 18/02/2019.

²⁸⁹ Véase, *Methanex Corp vs. United States of America*. Decision on petitions from third persons to intervene as amici curiae, 2001. Disponible en: https://www.iisd.org/pdf/methanex_tribunal_first_amicus_decision.pdf.

del International Institute for Sustainable Development como *amicus*, éste presentó su escrito en el que solicitó al tribunal arbitral que se reconociera la fuerte presencia del interés público presente en el litigio, que lo hace diferente del interés comercial privado que normalmente suele estar presente en el arbitraje. En este sentido, el escrito presentado reflejó la situación provocada por el MTBE en el saneamiento de agua potable en el Estado afectado y las graves consecuencias que traería para la población en el futuro, así como las intenciones que motivaron al Gobierno de California al tomar la medida con el objetivo de contrarrestar los nocivos efectos ocasionados por el uso del MTBE. Además, trató temas de gran relevancia relacionados con el desarrollo sostenible y recogió una definición de los conceptos de expropiación y trato nacional.

Después de una extensa revisión y un profundo análisis de los hechos y los documentos presentados en el procedimiento, y en respuesta a los escritos presentados por los *amicus*, el Tribunal admite la existencia de un interés público en la disputa, no sólo por la presencia del Estado como parte en el litigio sino por el controvertido objeto de la disputa. De este modo, el Tribunal expresó: *“indudablemente existe un interés público en este arbitraje. Las cuestiones sustantivas se extienden mucho más allá de las planteadas por el habitual arbitraje transnacional entre las partes comerciales. Esto no se debe simplemente a que una de las partes en litigio es un Estado: por supuesto, hay disputas que involucran a Estados que no tienen mayor interés público general que un conflicto entre particulares. El interés público en este arbitraje surge de su objeto, tal como se sugiere fuertemente en las peticiones (...)”*²⁹⁰.

Otro ejemplo de gran relevancia es el caso *Suez-Vivendi y otros vs. República Argentina*²⁹¹. Los Demandantes (Aguas Argentinas S.A. (AASA), Suez, Sociedad General de Aguas de

Minutes of order of the second procedural meeting held at the World Bank, Washington DC, 2000. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9094.pdf>, ambos citios web fueron consultados el 18/02/2019.

²⁹⁰ *Ibíd.* Decision on petitions from third persons to intervene as amici curiae, paragraph 49, 2001. *“There is an undoubtedly public interest in this arbitration... The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties. This is not merely because one of the Disputing Parties is a State: there are of course disputes involving States which are of no greater general public importance than a dispute between private persons. The public interest in this arbitration miles from its subjectmatter-, as powerfully suggested in the Petitions. There is also a broader argument, as suggested by the Respondent and Canada: the Chapter 11 arbitral process could benefit from being perceived as more open or transparent: or conversely be harmed if seen as unduly secretive. In this regard, the Tribunal's willingness to receive amicus submissions might support the process in general and this arbitration in particular; whereas a blanket refusal could do positive harm”*.

²⁹¹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi universal S.A. vs. Argentine Republic* ICSID Case No. ARB/03/19.

Barcelona S.A. (AGBAR), Vivendi Universal S.A. (Vivendi) y AWG Group Ltd (AWG)) presentaron una solicitud de arbitraje en el CIADI contra la República de Argentina, alegando una serie de supuestos actos y omisiones de Argentina, incluyendo el supuesto incumplimiento o negativa a aplicar ajustes previamente convenidos a los mecanismos de cálculo y ajuste de tarifas, los que provocó ciertas afectaciones a las inversiones de los Demandantes en una concesión obtenida para el suministro de agua potable y desagües cloacales en la Ciudad de Buenos Aires y algunos municipios circundantes. Al respecto, los Demandantes invocaron el consentimiento otorgado por la Demandada para solucionar las diferencias antes el CIADI en virtud de los APPRI entre Francia y la República Argentina de 1991, entre la República Argentina y el Reino de España de 1991 y entre la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de 1990, teniendo en cuenta las distintas nacionalidades de los Demandantes²⁹².

Ante las complejidades del caso por las cuestiones de Derecho público presentes, cinco ONGs (Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Centro para el Derecho Internacional Ambiental (CIEL), Consumidores Libres Cooperativa *Lda.* de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, y Unión de Usuarios y Consumidores) (en adelante, los Peticionarios) presentaron ante el CIADI una “Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae*”. Dicha petición fue fundamentada teniendo en cuenta las cuestiones de interés público y Derechos fundamentales presentes en el caso. La petición dirigida al tribunal tuvo como principal objeto tres cuestiones esenciales: la primera, que el tribunal les concediera el acceso a las audiencias, efectuar presentaciones orales y que las audiencias fueran abiertas al público, citando el caso *Methanex vs. Estados Unidos de América* citado antes; la segunda, tener oportunidad suficiente para poder exponer sus argumentos legales en carácter de *amicus curiae*; y en tercer lugar, tener acceso oportuno, suficiente e irrestricto a los documentos del proceso²⁹³. Una vez trasladada dicha solicitud por el tribunal a las partes en litigio para que se pronunciaran al respecto, los Demandantes se opusieron mientras que la Demandada manifestó su conformidad.

Analizada las peticiones realizada por las ONGs, el Tribunal las admite en parte. Decide denegar la solicitud de acceso y asistir a las audiencias del caso, pero considera que el caso es

²⁹² *Ibíd.*, Decisión sobre jurisdicción, de 3 de agosto de 2006, párrafs. 1 y 2.

²⁹³ *Ibíd.*, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*, 19 de mayo de 2005, párraf. 1.

apropiado para que personas idóneas que no sean partes en el mismo puedan realizar presentaciones *amicus curiae*. Así pues, una vez autorizado por el Tribunal la presentación de escrito del *amicus*, éste decidirá sobre la solicitud de acceso a la documentación también formulada por los Peticionarios. Ahora bien, tras examinar las cuestiones planteadas en el caso y, especialmente, en lo relacionado al interés público, el Tribunal concluyó que el mismo involucra potencialmente cuestiones de interés público: “*el factor que da a este caso interés público particular, es que la disputa de inversión se centra en los sistemas de distribución y alcantarillado de un área metropolitana mayor, la Ciudad de Buenos Aires y sus Municipios alrededores. Esos sistemas proporcionan servicios públicos básicos a millones de personas y, como resultado, pueden plantear una variedad de cuestiones complejas de Derecho público e internacional, incluidas las consideraciones de Derechos humanos. Cualquier decisión dictada en este caso, ya sea a favor de los Demandantes o del Demandado, tiene el potencial de afectar el funcionamiento de esos sistemas y, por lo tanto, del público al que sirven*”²⁹⁴. En este sentido, el propio Tribunal, en sus consideraciones, ha dejado claro aquellos aspectos presentes en la disputa y que hacen que en la misma exista presencia de un interés público.

Consideramos que ambos casos ejemplifican aquellos factores que identifican la presencia de un interés público en el arbitraje internacional de inversiones, como pueden ser la presencia estatal, el objeto de la Litis, es decir, la actividad inversora, cuando ésta involucre cuestiones de Derecho público y cuestiones de políticas públicas, las cuales son llevadas a cabo por los propios Estados en salvaguarda del interés de la sociedad y la responsabilidad internacional de los Estados en contraposición a la responsabilidad de las empresas que emana del Derecho privado.

Sin embargo, estos elementos no constituyen una lista exclusiva, por lo que un tribunal puede determinar la existencia de interés público basado en criterios distintos²⁹⁵, tal y como sucedió, un año más tarde, en el caso *Aguas Provinciales de Santa Fé vs. Argentina*²⁹⁶. Este caso tuvo idéntica similitud con el caso *Suez-Vivendi vs. Argentina* comentado antes. Los Demandantes (Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. (“AGBAR”), Aguas

²⁹⁴ *Ibíd*em, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*, 19 de mayo de 2005, párraf. 19.

²⁹⁵ TRIANTAFILOU, E.E.: “Is a Connection to the “Public Interest” a Meaningful Prerequisite of Third Party Participation in Investment Arbitration”, *BJILP*, Vol. 5, 2010, p.41.

²⁹⁶ *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A, and Interaguas Servicios Integrales del Agua S.A. vs. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, 2006

Provinciales de Santa Fe S.A. (“APSF”), e InterAguas Servicios Integrales del Agua, S.A), presentaron semejante solicitud -al caso *Suez-Vivendi*- ante el CIADI para iniciar el procedimiento arbitral. Esta se refería a las inversiones de los Demandantes en una concesión para el suministro de agua potable y desagües cloacales en la provincia argentina de Santa Fe y una serie de supuestos actos y omisiones de Argentina, incluyendo el supuesto incumplimiento o negativa a aplicar ajustes previamente convenidos a los mecanismos de cálculo y ajuste de tarifa.

En el presente casos, se presentó también una petición de *amicus curiae*, ésta vez por una ONGs (Fundación para el Desarrollo Sustentable) y tres personas naturales expertas en leyes, Derechos humanos y desarrollo, en adelante Peticionarios. En dicha petición, los peticionarios exigieron: “*Solicitamos que dicha participación como amicus curiae pueda tener acceso a la información que consta en el proceso, y de participar de los actos futuros del procedimiento con el fin de poder manifestar, mediante presentaciones por escrito (amicus curiae brief) y exposiciones orales en las audiencias, nuestros puntos de vista que permitirán acercar mayor transparencia al proceso y al mismo tiempo brindar al Tribunal una perspectiva enriquecedora y distinta a la de las partes*”²⁹⁷. Una vez el Tribunal le dio traslado de la petición de *amicus curiae* realizada por los terceros a las Partes en litigio, ésta fue aceptada por la Demandada, pero los Demandantes presentaron su rechazo a la misma.

Sin embargo, el Tribunal decide admitir en parte la petición de participación como *amicus* de los Peticionarios. Y, en respuesta a la misma, puede apreciarse que el Tribunal ofreció, en comparación con el caso anterior, una definición más amplia del interés público, a través de la cual la intervención de terceros se ha ido admitiendo por los tribunales en los casos que involucran cuestiones de interés público, al expresar: “*porque las decisiones en estos casos tienen el potencial, indirectamente, de afectar a personas más allá de las que están inmediatamente involucradas como partes en el caso*”²⁹⁸. Una vez examinadas todas las cuestiones planteadas por las partes en el procedimiento, el Tribunal concluye que el caso involucra potencialmente cuestiones de interés público. Y, siguiendo un enfoque similar al caso *Suez-Vivendi*, el tribunal subrayó que, “*el factor que otorga a este caso interés público particular, es que la disputa de inversión se centra en los sistemas de distribución de agua y*

²⁹⁷ *Ibídem*, Resolución en respuesta a la petición de participación como *amicus curiae*, 17 de marzo de 2006, párraf. 1.

²⁹⁸ *Ibídem*, párraf.18.

alcantarillado de las áreas urbanas de la provincia de Santa Fe. Esos sistemas proporcionan servicios públicos básicos a cientos de miles de personas y, como resultado, pueden plantear una variedad de cuestiones complejas de Derecho público e internacional, incluidas las consideraciones de Derechos humanos. Cualquier decisión dictada en este caso, ya sea a favor de los Demandantes o del Demandado, tiene el potencial de afectar el funcionamiento de esos sistemas y, por lo tanto, del público al que sirven”²⁹⁹.

Los casos hasta aquí comentados son un ejemplo, entre otros, que demuestran la presencia de una inexcusable presencia del interés público en las disputas inversionista-Estado. Y, aunque para el análisis del interés público en el arbitraje de inversiones son muchos los aspectos a tener en cuenta, consideramos que el mismo puede ser fácilmente identificable teniendo en cuenta tres contextos relevantes en este tipo de disputas, como son:

- (i) *El desafío a medidas gubernamentales:* las disputas inversionista-Estado implican desafíos por parte del inversionista al ejercicio del poder público estatal. No solo respecto al tratamiento del Estado del inversionista en particular, sino el impacto en el inversor del ejercicio más general del poder regulador del Estado³⁰⁰, siendo ésta la opción más frecuente.
- (ii) *El desarrollo de la legitimidad del sistema de solución de controversias:* en este sentido la transparencia puede desempeñar un papel trascendental en la búsqueda de una mayor legitimidad de los mecanismos de solución de controversias, teniendo en cuenta que la información de un gran número de arbitrajes inversionista-Estado no se hace pública, las partes y sus representantes a menudo no tienen el mismo conocimiento y acceso a las decisiones recientes, tanto es así, que las partes en este tipo de disputas no operan con la misma o igual información. Es por ello que algunos autores cuestionan la legitimidad del arbitraje de inversiones, teniendo en cuenta que las partes interesadas no pueden participar en las decisiones que afectan sus derechos e intereses³⁰¹.

²⁹⁹ *Ibíd.*, párraf. 18.

³⁰⁰ En este aspecto, se produce según CHOUDHURY un “déficit democrático, cuando aquellos que se ven afectados por las normas y decisiones de un organismo internacional, no se sienten como si tuvieran una voz significativa en la creación y aplicación de esas normas”; CHOUDHURY, B.: *Recapturing Public Power...op.cit.*, p. 784.

³⁰¹ BUCKLEY, R. P., BLYSCHAK, P.: “Guarding the Open Door: Non-party participation before the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, *BFLR*, Vol. 22, 2007, p. 354.

(iii) *El desarrollo de un Derecho internacional de inversiones* en el cual la transparencia sea un factor fortalecedor del propio Derecho internacional de las inversiones y, a través de éste, posibilite un mayor conocimiento público de las decisiones arbitrales como condición previa para la creación y evolución de una jurisprudencia indeleble, lo que garantiza preservar los intereses de las partes, Estado e inversor. Además, se facilitaría el desarrollo de normas sustantivas del Derecho de inversiones a través de la práctica arbitral y un mayor conocimiento público de los tratados firmados por los Estados, teniéndose en cuenta que no siempre la población tiene conocimiento exacto de la totalidad de los tratados firmados por sus Estados, coincidiendo, principalmente, con países subdesarrollados, por ejemplo, Cuba. En éste país la sociedad sufre un atroz desconocimiento público de los APPRI celebrados con terceros Estados. En este sentido, consideramos que si tanto interés tiene el inversionista en conocer sus derechos y la protección que disfruta en el Estado extranjero, así como los Estados receptores de la inversión respecto de los inversionistas extranjeros que reciben. Los ciudadanos también tienen el derecho de informarse sobre los APPRI que han firmado sus Estados. De saber cómo el alcance o el precio de los poderes reguladores de sus gobiernos podrían verse afectados por la celebración de los propios tratados³⁰². Además, debe tenerse en cuenta que, en la inmensa mayoría de los arbitrajes inversionista-Estado existen siempre consideraciones de Derechos fundamentales: en muchos de ellos el objeto de la inversión en gran medida afecta directa o indirectamente un bien público.

Lo expresado hasta aquí es más que suficiente para demostrar la existencia de un interés público determinable, identificable, múltiple, heterogéneo, en el arbitraje inversionista- Estado en el marco de un tratado internacional. Dicho interés público no solo está presente en el arbitraje de inversiones, sino también en el arbitraje comercial internacional cuando en éste último existe presencia de un Estado o entidades públicas, estatales, que pueden implicar asuntos esenciales de políticas públicas que tengan un impacto en los fondos públicos y elevar las obligaciones internacionales de un Estado³⁰³.

³⁰² MAUPIN, J.A.: *Transparency in International Investment Law...op.cit...*, p. 14.

³⁰³ TEITELBAUM, R.: "A Look at The Public Interest in Investment Arbitration: Is it Unique? What Should We Do About It?", *BJILP*, Vol. 5, 2010, p. 56.

Tanto los Estados, como sus propias instituciones o entidades públicas, deben actuar con mucha prudencia y precaución en el ámbito del arbitraje internacional. Algunos casos de arbitraje inversionista-Estado, han tenido como causa fundamental objeto de la Litis, violaciones de los tratados como consecuencia de presuntas infracciones del contrato por parte de los Estados o entidades estatales³⁰⁴, en ocasiones por supuestas actuaciones fraudulentas³⁰⁵, existiendo una implicación de los gobiernos o Estados demandados como parte de la relación jurídica en la que hay presente importantes cuestiones de Derecho internacional. Por ejemplo, tal y como sucedió en el caso *World Duty Free Company Ltd. vs. Kenia*³⁰⁶, caso administrado bajo las Reglas del CIADI y que se basó en el incumplimiento de un contrato. En 1989, el presidente de World Duty Free, mostró su interés en obtener la concesión para la construcción, mantenimiento y operación de un complejo de tiendas libres de impuestos en los aeropuertos internacionales de Nairobi y Mombasa, Kenia. Su socio keniano le recomendó que hiciera la solicitud directamente al presidente de la República de Kenia, su Excelencia Daniel Moi. Para ello, sostuvieron un encuentro ambas partes en la residencia presidencial del Sr. Moi, en el que los representantes de World Duty Free, además de presentar su propuesta, hacen entrega de una carpeta con dos millones de dólares al asistente del presidente keniano el Sr. Sajjad. Una vez terminado el encuentro, el Sr. Sajjad manifestó estar contento por el encuentro realizado y, posteriormente, el presidente de la República keniana el Sr. Moi ordenó que se le concediera a dicha compañía el contrato de tiendas de libres impuestos.

Firmado el contrato por la compañía World Duty Free, ésta invierte una considerable suma de dinero durante la ejecución del proyecto. Sin embargo, años después surgen problemas entre las partes, problemas a los que el Gobierno keniano reacciona con la nulidad del contrato una vez que tuvo conocimiento de que se obtuvo mediante prácticas fraudulentas, a través de pagos

³⁰⁴ Véase, los casos *BIVAC vs. República del Paraguay*, Caso ICSID ARB/07/9. Decisión sobre las excepciones a la jurisdicción, 2009, párrafs. 7, 119 y 120, en relación con el contrato entre el reclamante y el Ministerio de Hacienda de Paraguay. Prestación de servicios técnicos para la inspección previa a la expedición de las importaciones en el Paraguay, alegando que el incumplimiento por parte del Ministerio de Hacienda de “cumplir con su parte del trato” constituía una violación del TBI entre los Países Bajos y Paraguay; *SGS Société Générale de Surveillance S.A vs. Republic of the Philippines*, CIADI Caso No. ARB/02/6. Decisión sobre las excepciones a la jurisdicción, 2004.

³⁰⁵ Véase, los casos *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide vs. República de las Filipinas*, caso CIADI, No. ARB/03/25), 2003; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. (Suiza) vs. República de las Filipinas*, caso CIADI, No. ARB/02/6, 2004; *F-W Oil Interests, Inc. (EEUU) vs. República de Trinidad & Tobago*, caso CIADI, No. ARB/01/14, 2001; *Metal-Tech Ltd. vs. República de Uzbekistán*, Caso CIADI ARB/10/3, 2010; *EDF (Services) Limited vs. Rumanía*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, 2009.

³⁰⁶ *World Duty Free Company Ltd. vs. Kenya*, caso CIADI, No. ARB/00/7, Laudo 2006. Este caso han ha resultado ser tan significativo en la práctica arbitral, que el árbitro internacional FERNÁNDEZ-ARRESTO lo ha nombrado como “un caso paradigmático”. FERNÁNDEZ-ARRESTO, J.: “La lucha contra la corrupción desde el arbitraje”, *VII Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje*, 2018, pp.20-21.

corruptos. Como consecuencia, World Duty Free inició un procedimiento de arbitraje contra el Estado de Kenia alegando incumplimiento del contrato, y reclamando la devolución de las tiendas o una indemnización por un importe de 500 millones de dólares. Kenia alega que, como cuestión de política pública internacional, y en cumplimiento de las leyes kenianas e inglesas - aplicables al contrato-, el contrato entre las partes era ilegal y, por tanto, las reclamaciones de World Duty Free deben ser rechazadas. En este sentido, el Tribunal arbitral desestimó la demanda interpuesta por la compañía World Duty Free, al considerar que la corrupción es contraria al orden público internacional, motivo por el cual, aceptó la anulación del contrato solicitada por la Demandada y, de esta manera, niega a la Demandante legitimación activa, por haber cometido una violación del orden público internacional.

Otro ejemplo muy peculiar lo es el caso, *Empresas Lucchetti, S.A. (Chile) y Lucchetti Perú, S.A. (Perú) vs. República del Perú*³⁰⁷. La controversia se refería a la construcción de una fábrica de pastas en la Municipalidad de Lima, y fue planteada al CIADI en el marco del Convenio del CIADI. Las Demandantes (Empresas Lucchetti, S.A. (Chile) y Lucchetti Perú, S.A.) invocaron las disposiciones sobre solución de controversias del APPRI entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República del Perú para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones³⁰⁸. Las Demandantes sostienen que todas las autorizaciones y permisos administrativos y municipales necesarios para la construcción de la fábrica industrial los obtuvieron conforme a las leyes, reglamentos y prácticas habituales en el Perú (Demandado). Sin embargo, a finales de 1997 e inicios de 1998, la Municipalidad Metropolitana de Lima (Municipalidad de Lima) anuló los permisos otorgados a la segunda Demandante (Lucchetti Perú, S.A) para la construcción de su fábrica, invocando problemas ambientales y supuestos vicios de los actos de otorgamiento de los permisos. Todos los actos de anulación de los permisos y sus fundamentos, fueron, sin excepción, impugnados judicialmente en el Perú. Las actuaciones judiciales concluyeron con pronunciamientos favorables a la segunda Demandante.

Las Demandantes sostienen que esos procesos judiciales se resolvieron definitiva e irrevocablemente conforme a la legislación peruana, y tienen ahora el carácter de cosa juzgada.

³⁰⁷ *Empresas Lucchetti, S.A. (Chile) y Lucchetti Perú, S.A. (Perú) vs. República del Perú*, caso CIADI, No. ARB/03/4, 2002.

³⁰⁸ *Ibíd.*, Laudo, 2005, párraf. 3.

Ninguna entidad pública o privada intentó siquiera impugnar esas sentencias judiciales³⁰⁹. Además, alegan las Demandantes que la construcción de la fábrica se hizo bajo el estricto cumplimiento de la normativa ambiental y respetando el ecosistema de la zona, según el estudio de impacto ambiental que presentaron previo a la construcción de la fábrica y que fue aprobado por INRENA (Instituto Nacional de Recursos Naturales, la entidad estatal peruana competente en materia ambiental, dependiente del Ministerio de Agricultura) y que demostró la inexistencia de contaminación ambiental alguna³¹⁰.

En el 1999, la Municipalidad de Chorrillos concedió a la segunda Demandante su licencia operacional y después de desarrollar su actividad inversora sin que se presentase obstáculo alguno, en el año 2001, la mencionada autoridad peruana revocó la licencia otorgada, alegando la necesidad pública de preservación, mantenimiento y defensa de la Reserva Ecológica Pantanos de Villa, zona en la que se desarrolló la inversión, motivos por los cuales, se le encomendó al Alcalde de Lima presentar al Parlamento peruano un proyecto de ley de expropiación por razones de necesidad pública³¹¹. Las Demandantes sostienen que la Demandada infringió las obligaciones contenidas en los artículos del APPRI, específicamente aquellos relacionados con la protección conforme a la ley y frente a medidas injustificadas o discriminatorias, las garantías de un tratamiento justo y equitativo, nacional y de nación más favorecida y protección frente a expropiaciones ilegales, discriminatorias o sin compensación³¹².

La Demandada, presenta tres excepciones respecto a la jurisdicción del Tribunal, consistentes en: i) incompetencia *ratione temporis*, las disposiciones del APPRI no se aplican a diferencias y controversias surgidas antes de que entre en vigencia dicho tratado; ii) falta de competencia por presentación previa de la controversia ante los tribunales locales; iii) incompetencia *ratione materiae*, el APPRI sólo se aplica a “inversiones” realizadas conforme a las disposiciones legales de la otra Parte Contratante. Las Demandantes niegan todos los argumentos presentados por Perú, argumentado que la controversia que ahora se presenta, refiriéndose a la originada a partir del año 2001, era distinta a la controversia surgida en los años noventa y que ya había resuelto ante los órganos judiciales peruanos.

³⁰⁹ *Ibidem*, párraf. 18.

³¹⁰ *Ibidem*, párraf. 19.

³¹¹ *Ibidem*, párraf. 20.

³¹² *Ibidem*, párraf. 23.

En efecto, el Gobierno peruano contra-alegó que los fallos judiciales dirigidos a la concesión de los permisos fueron obtenidos mediante corrupción, por actos ilegales, mediante la presentación de pruebas falsas por parte de oficiales de la administración gubernamental anterior, por lo que no existía jurisdicción bajo el TBI. El Tribunal arbitral determinó carecer de jurisdicción, puesto que los hechos en controversia antecedieron el TBI. También reconoció que, de existir prueba de la corrupción alegada por Perú, la misma hubiese constituido un fundamento adicional para determinar falta de jurisdicción³¹³.

Lo ocurrido en los casos analizados justifica una correcta actuación en el arbitraje internacional, no sólo por parte de los inversionistas, sino también de los Estados y, en particular, de sus instituciones públicas al asumir una alta responsabilidad gubernamental en sus actuaciones, responsabilidad gubernamental que condiciona, a nuestro juicio, la existencia de una presunción a favor de una mejor protección del interés público y, consigo, una mayor transparencia procesal en el arbitraje internacional, teniendo en cuenta, que tanto los ciudadanos como terceros ajenos al procedimiento, en determinadas circunstancias, pueden tener un interés legítimo³¹⁴ en conocer, informarse, sobre el litigio y el procedimiento arbitral. Éstos casos nos demuestran que tanto los demandantes, coincidente siempre con el inversor, y los demandados, los Estados anfitriones o receptores de la inversión, enfrentan desde diferentes perspectivas, el actuar ilícito de ciertos Estados en el ámbito inversionista.

Mientras que el inversor tiene un interés en combatir la corrupción de los gobiernos con el objetivo de que se establezcan mercados justos y predecibles para sus operaciones internacionales, corriendo el riesgo en el futuro, que le pueda afectar en sus relaciones con las administraciones estatales, e incluso, de que exista un riesgo de contra-reclamación por los actos de corrupción contra el propio demandante, nos encontramos, del otro lado, con que los Estados asumen también una posición esencial en estos casos desde la perspectiva del interés general, de combatir la corrupción para fomentar y proteger la legitimidad de sus instituciones gubernamentales, teniendo en cuenta que la existencia de estos actos ilícitos puede ocasionar posibles incumplimientos de las obligaciones internacionales contraídas por los Estados, generándoles ciertas responsabilidades por su actuar. Además, ningún Estado estaría interesado en que se emita un laudo en su contra en un procedimiento arbitral y que el mismo esté

³¹³ *Ibidem*, párraf.48-62.

³¹⁴ HENCKELS, C.: "Public-Private Arbitration in Australia: Public Law Concerns, Private Law Responses", 2017, p. 6. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3013518>, consultado 18/02/2019.

fundamentado en la existencia de ciertos actos de corrupción. En este sentido, no sólo vería empañada su imagen a nivel internacional, sino que crearía un precedente negativo de sus propias actuaciones. Al mismo tiempo, las violaciones de los estándares requeridos por los Estados anfitriones pueden materializarse en efectos negativos directos o indirectos ejercidos sobre el inversor extranjero o su actividad inversora³¹⁵, lo que justifica la existencia de una relación equilibrada en cuanto a obligaciones y derechos entre el inversor extranjero y el Estado anfitrión.

II.3.1 El deber de confidencialidad frente al principio de privacidad en el arbitraje internacional.

La confidencialidad, en su carácter o noción más restrictiva³¹⁶, constituye uno de los vértices fundamentales sobre el que se asienta, principalmente, el arbitraje comercial internacional³¹⁷. Como tal, carece de un reconocimiento legal explícito en la gran mayoría de las normativas reguladoras del arbitraje internacional³¹⁸.

La naturaleza privada del arbitraje internacional hace que el procedimiento sea intrínsecamente privado³¹⁹, pero no confidencial, lo que permite que se pueda llevar a cabo

³¹⁵ SZALAY, G.: “Arbitration and Transparency-Relations Between a Private Environment and a Fundamental Requirement”, *Tilburg University*, 2016, p. 21.

³¹⁶ OGLINDĂ, B.: “The principle of confidentiality in arbitration. Application and limitations of the principle”, *PERSPS. OF BUS. L, J*, Vol. 4, No. 1, 2015, p. 57.

³¹⁷ En este sentido, hemos de señalar que éste no es el único rasgo característico del arbitraje, la doctrina reconoce también otras ventajas para acudir al arbitraje en sustitución de la jurisdicción del Estado, la cual invoca, a su vez, el *menor coste* del proceso arbitral; *mayor garantía en la decisión arbitral sobre la resolución obtenida en vía judicial*, al considerar que las partes eligen a su propio árbitro, constituyendo un presupuesto objetivo de mayor garantía en la resolución de la disputa; *mayor especialidad* de los árbitros que conforman el tribunal arbitral respecto a la disputa objeto de la Litis y, por último, incluiríamos el deseo de las partes de no dar publicidad a sus disputas; ÍSCAR DE HOYOS, J. “El arbitraje institucional”, *RJCL*, No. 29, 2013, pp. 5-6; JIMÉNEZ BLANCO, G.: “La independencia e imparcialidad del árbitro: algunos aspectos polémicos, mediante una visión ibérica”, *RACI*, Vol. VIII, No. 3, 2015, p.736; NOUSSIA, K.: *Confidentiality in International Commercial Arbitration A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2010, p. 1.

³¹⁸ Gran parte de las legislaciones en materia de arbitraje internacional carecen de total reconocimiento de la confidencialidad. Algunos autores reconocen que no resulta necesario tal reconocimiento, ya que “la no difusión de la información aportada en el arbitraje es un deber ineludible de cuantos participan en él, considerando que la confidencialidad se estatuye como obligación que deben respetar las partes que intervienen o pueden intervenir en el arbitraje”, BARONA VILAR, S. (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 907. Otros como FERNÁNDEZ ROZAS, reconocen que la confidencialidad es un rasgo inherente a una institución que entraña un procedimiento privado acordado entre las partes, “concebida ésta como un escudo protector contra la divulgación a una persona no implicada en el litigio, o a la opinión pública”, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, *RACI*, Vol. II, No. 2, 2009, p. 335.

³¹⁹ POLANCO LAZO, R.: “Transparencia y Derechos de terceros en arbitrajes internacionales sobre inversión extranjera”, *Revista de Derecho Económico*, Año XLII, No. 75, 2010, p. 119.

fuera del alcance de toda publicidad. Sin embargo, la confidencialidad y la privacidad como características importantes del arbitraje se encuentran correlacionadas³²⁰ entre sí, pero difieren en su naturaleza, son conceptos distintos. La confidencialidad no implica, en sí misma, la privacidad del arbitraje. La confidencialidad puede ser percibida como la posibilidad, la capacidad que tienen las partes en el arbitraje de conocer los documentos y la información generada durante el procedimiento arbitral³²¹. Es decir, la confidencialidad es inherente a la información o documentación producida durante el procedimiento arbitral, referida a la obligación que tienen las partes de no hacer público, de no revelar a terceros, la información generada durante el procedimiento³²². La confidencialidad es el estado de “secretismo asociado a elementos susceptibles de protección”³²³: la información producida y utilizada durante todo el procedimiento arbitral. En su más puro significado contribuye a la no divulgación de todo cuanto acontece durante el procedimiento, un derecho de no divulgación que tienen las partes, extendiéndose dicha obligación tanto a personas ajenas como aquellas que de una forma u otra son partícipes del propio procedimiento³²⁴.

Por su parte, la privacidad es la condición que impide el acceso de terceros al procedimiento, la imposibilidad de tener acceso a las audiencias arbitrales³²⁵, sin el consentimiento previo de las partes. Es decir, el derecho que tienen las partes de celebrar procedimientos arbitrales con

³²⁰ En este sentido, “la confidencialidad es imposible sin privacidad y la privacidad no tiene sentido sin confidencialidad”; BROWN, A.C.: “Presumption meets reality: an exploration of the confidentiality obligation in international commercial arbitration”, *Am. U Int'l L Rev*, Vol.16, 2001, p. 972-975.

³²¹ AMRIANI, N., RIKA FATIMAH, P.L.: “Confidentiality versus Transparency of ICSID Arbitration Award: Sustainability of The Quality Practice for Good’s Governance and Investor to Support Public Accountability”, *Int J. Adv Stu Hum Soci Scie*, Vol. 2, No. 2, 2014, p. 224.

³²² SMEUREANU, I.M.: *Confidentiality in International Commercial Arbitration*. The Netherlands, Kluwer Law International, 2011, p. 5. Según FERNÁNDEZ ROZAS “cabe afirmar que la práctica arbitral apunta a que los documentos generados como medios de prueba durante el arbitraje poseen un carácter confidencial y únicamente pueden utilizarse en el curso de ese procedimiento, salvo consentimiento de las partes o autorización expresa del tribunal arbitral”. Pudiendo también incluir secretos comerciales o industriales. A estos efectos, según el citado autor, “los reglamentos arbitrales acostumbra a dotar a los árbitros de instrumentos que garantizan la confidencialidad”; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Trayectoria y contornos...op.cit...*, pp. 337 y 341

³²³ GARAJOVÁ, M.: “Privacy and Confidentiality in International Commercial Arbitration under Institutional Arbitration Rules”, in DRLIČKOVÁ, K., KYSELOVSKÁ, T.: *Cofola International. Resolution of International Disputes (conference proceedings)*, 1st Edition, Masaryk University, Brno, 2017, p. 63.

³²⁴ En este sentido, se incluyen todas aquellas personas que participan en el arbitraje según la magnitud del procedimiento o el contenido económico del mismo, tales como; expertos, testigos, empleados de mantenimiento, traductores, intérpretes, secretarios, etc.; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad...op.cit...*, p. 340; coincidiendo también en este punto, AJIBO refiere, que la confidencialidad incluye la no divulgación de cualquier información del procedimiento o de cualquier laudo, extendiéndose la misma a las partes, sus representantes y al tribunal arbitral, AJIBO, K.I.: “La confidencialidad en el arbitraje comercial internacional: suposiciones de la obligación implícita y una propuesta de solución”, *RLDCI*, Vol. 3, No. 2, 2015, p. 215.

³²⁵ POOROOYE, A., FEEHILY, R.: “Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance”, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 22, 2017, p. 282.

la plena exclusión de quienes no son partes del procedimiento, sin la intervención de terceros ajenos al mismo. Es por ello, que algunos autores³²⁶ consideran que la privacidad no está relacionada con todo el proceso arbitral, sino con la fase de audiencia, a partir de la cual las partes en el procedimiento pueden excluir a terceros no Partes del mismo. La privacidad es un límite a la transparencia en el procedimiento arbitral y, aun teniendo un amplio reconocimiento normativo en las reglas arbitrales de un gran número de instituciones arbitrales, a diferencia de la confidencialidad, la privacidad no constituye, ni puede ser asumida, como una garantía de la confidencialidad en el arbitraje.

Resulta de máxima trascendencia la distinción entre privacidad y confidencialidad en el arbitraje internacional, teniendo en cuenta que en determinados momentos las partes contratantes asumen como confidencial la información, lo que es un error conceptual, una mala *praxis* en la interpretación de las reglas arbitrales y las propias normas aplicables. El hecho de que dichas normas o reglas regulen la privacidad, el hermetismo del procedimiento arbitral, no significa ni garantiza que el mismo sea automáticamente confidencial, ya que la información en determinadas circunstancias puede hacerse pública y, por lo tanto, hace que el arbitraje, hasta cierto punto, no sea del todo secreto.

En el ámbito del arbitraje de inversiones, la confidencialidad puede plantear delicadas cuestiones políticas, incluso hasta de relaciones diplomáticas entre los Estados. El enigma generado por la confidencialidad en el arbitraje de inversiones ha provocado serias discusiones en el ámbito académico respecto a su permanencia, lo que ha provocado que las propias instituciones arbitrales que administran dicho procedimiento se enfrenten a duras críticas y fuertes presiones para desarrollar la transparencia y, de ésta forma, eliminar el carácter confidencial³²⁷ y privado que ha heredado el arbitraje de inversiones del arbitraje comercial internacional.

En consecuencia, la confidencialidad en el arbitraje inversionista-Estado se ha ido desplazando³²⁸, cediendo, aunque no en su totalidad y, de ésta forma, los tribunales arbitrales

³²⁶ TWEEDDALE, A., TWEEDDALE, K.: *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 352.

³²⁷ BHATIA, V., CANDLIN, CH., SHARMA, R.: “Confidentiality and Integrity in. International Commercial Arbitration Practice”, *Arbitration*, Vol. 75, No. 1, 2009, p. 11.

³²⁸ Siendo constatable en el *G20 Guiding Principles for Global Investment Policymaking* (*G20 Guiding Investment Principles*), acordados en la reunión de Ministros de Comercio del G20, en julio de 2016, en la ciudad de Shanghái, donde uno de los principales temas a debatir fue la inclusión del principio de “que los procedimientos

han asumido mayores facultades para admitir la posibilidad de intervención de terceras partes ajenas al proceso a través del mecanismo procesal del *amicus curiae*. Reconociendo, además, que dichas partes puedan tener acceso al proceso arbitral y contribuir con la aportación de información que puede resultar de gran utilidad para la solución de la controversia³²⁹, lo que constituye una evolución del arbitraje de inversiones al respecto y que pudiéramos resumir, coincidiendo con la doctrina, en que “se ha producido una tensión entre, de un lado, dos elementos arraigados en el arbitraje comercial: la privacidad y la confidencialidad, y, de otro lado, el interés público y la transparencia, con el triunfo evidente de estos últimos”³³⁰.

La confidencialidad también protege la información confidencial de la empresa y los secretos comerciales³³¹. En este sentido, la confidencialidad es una característica esencial de ambos regímenes arbitrales, tanto del comercial internacional como del de inversiones³³². Pero, considerar que toda la información confidencial está verdaderamente protegida en el arbitraje, es como asegurar la impenetrabilidad del mismo, lo que puede resultar engañoso, ya que el ámbito de la protección puede ser influido por las circunstancias en que la propia información puede ser aportada³³³. No obstante, no debe perderse de vista la posible existencia de obligaciones regulatorias que obliguen a desvelar aspectos cualesquiera que sea la pretensión de confidencialidad de las partes.

El carácter confidencial del procedimiento arbitral en el arbitraje comercial internacional, también puede incidir positivamente en la solución y reducción de las tensiones entre las partes en litigio. Tanto es así, que un quebrantamiento de la misma por parte del árbitro o de la institución arbitral que administra el proceso, “puede dar lugar a una acción en su contra ante tribunales competentes y hasta la nulidad del laudo”, tal y como manifiesta la doctrina³³⁴,

de solución de controversias deben ser justos, abiertos y transparentes, con las salvaguardas apropiadas para evitar abusos”. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/G20-Trade-Ministers-Statement-July-2016.pdf> y <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/G20-Guiding-Principles-for-Global-Investment-Policymaking.pdf>, consultados el 18/02/2019.

³²⁹ BRANDEIS, L y SÁNCHEZ BRAVO, G.: “*Amicus Curiae*, la transparencia y la irrupción de la sociedad civil en el arbitraje de inversiones”, *Lima Arbitration*, No. 5, 2012/2013, p. 207; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Trayectoria y contornos...op.cit...*, p. 336.

³³⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Trayectoria y contornos...op.cit...*, pp. 336-337.

³³¹ BUYS, C.G.: “The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration”, *AILR*, Vol.14:121, 2003, p. 123.

³³² Aunque, como hemos referido anteriormente, en la actualidad la confidencialidad en el arbitraje de inversiones ha ido reemplazándose por la “transparencia”, cuestión que analizamos en el desarrollo del presente epígrafe.

³³³ JIMÉNEZ BLANCO, G.: *La independencia e imparcialidad del árbitro ...op.cit...*, p.738.

³³⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Trayectoria y contornos...op.cit...*, p. 339.

siempre que se demuestre el no cumplimiento del deber de confidencialidad entre las partes, aunque no esté expresamente determinado por el reglamento aplicable, debido al carácter implícito de la confidencialidad en el arbitraje comercial internacional. Pero la confidencialidad también puede ser percibida como forma a través de la cual se pueden enmascarar o proteger ciertas actuaciones o decisiones no éticas, equivocadas o no adecuadas de los árbitros³³⁵. Sin embargo, la transparencia facilitaría una mejor evaluación de los árbitros y de sus competencias. De esta forma, el propio tribunal arbitral puede hacer público cualquier acto ilícito entre las partes o durante el propio procedimiento arbitral, cuestión que puede ser fácilmente enmascarada con el carácter implícito de la confidencialidad en el procedimiento.

El papel y alcance de la confidencialidad en el arbitraje internacional es una cuestión muy discutible hoy en día³³⁶, fundamentalmente, por la ausencia de una obligación internacional, una armonización de las normas y reglas arbitrales al respecto. El principio de privacidad en el arbitraje ha sido reconocido en las normas nacionales, a nivel interno de los Estados, así como en gran parte de las reglas arbitrales de muchas instituciones. Sin embargo, aún persiste un vacío en cuanto al reconocimiento explícito de confidencialidad³³⁷ en varias de las normas nacionales y reglas internacionales del arbitraje, lo que ha generado, como principal problema, que tanto las partes en el arbitraje como la sociedad en general no sepan distinguir ambos conceptos e indentificar la conexión entre el principio de privacidad y la regla de confidencialidad en el procedimiento arbitral; aunque ambos conceptos tienen un mismo

³³⁵ CREMADES, B.M., CORTÉS, R.: “The Principle of Confidentiality in Arbitration: A Necessary Crisis”, *J.ARB.STUD*, Vol. 23, 2013, pp. 33-34.

³³⁶ Durante años, ha existido siempre una presunción de que el deber de confidencialidad existe en el arbitraje comercial internacional, pero en la actualidad se ha convertido en una cuestión muy controvertida, lo que podemos deducir del caso *Esso Australia Resources Ltd. vs El Honorable Sidney James Plowman*, 128 ALR 391, 1995; en el cual, una de las partes fue obligada por el Secretario de Energía de Australia a revelar cierta información utilizada en el arbitraje; sosteniendo la Corte Suprema de Australia que la confidencialidad no era un principio aplicable a los procedimientos de arbitraje, teniendo en cuenta que el requerimiento de llevar el procedimiento en privado no implica que hay una obligación implícita que impida la divulgación de documentos e información referentes al procedimiento arbitral. Y que, cualquier obligación de guardar confidencialidad es vulnerable a una excepción concedida en nombre del interés público. Disponible en: [http://ESSO AUSTRALIA RESOURCES LTD AND OTHERS v THE HONOURABLE SIDNEY JAMES PLOWMAN AND OTHERS--\(1995\) 128 ALR 391.html](http://ESSO AUSTRALIA RESOURCES LTD AND OTHERS v THE HONOURABLE SIDNEY JAMES PLOWMAN AND OTHERS--(1995) 128 ALR 391.html), consultado 18/02/2019. En este sentido, afirma SILVA ROMERO, “siempre se afirmó que el arbitraje comercial internacional era confidencial sin que, a fin de cuentas, se precisaran ni la fuente ni el ámbito de dicha confidencialidad”; SILVA ROMERO, E.: “Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional”, *Lima Arbitration*, No. 5, 2012/2013, p. 37; BORN.G.B.: *International commercial arbitration*, Wolters Kluwer, Vol. II, Primera Edición, The Netherlands, 2009, pp. 2250 -2251.

³³⁷ Son muchos los Estados que carecen de un reconocimiento implícito de la confidencialidad. Ni el legislador nacional ni los tratados internacionales, en lo general, han reconocido expresamente el deber de confidencialidad en el arbitraje; MERINO MERCHÁN, J.F.: “Confidencialidad y arbitraje”, *Spain Arbitration Review*, No. 2, 2008, pp. 76-95.

basamento: la restricción de terceros ajenos al arbitraje para evitar el conocimiento de toda la información, o la información confidencial durante el procedimiento³³⁸.

Aunque algunos autores³³⁹ consideran que la privacidad en el arbitraje comporta la existencia de confidencialidad en el procedimiento, creemos que la naturaleza privada del arbitraje no es garantía de confidencialidad absoluta en el mismo. Tanto es así, que las propias reglas arbitrales institucionales generalmente reconocen la privacidad del proceso arbitral, pero no aseguran la confidencialidad del procedimiento. En este sentido, la propia UNCITRAL admite que “el Derecho interno, no siempre reconoce por igual en qué medida los participantes en un arbitraje tienen el deber de observar la confidencialidad de la información referente al caso. Además, las partes que hayan convenido en un reglamento de arbitraje o en alguna otra norma que no contemple explícitamente la confidencialidad, no podrán pretender que todos los ordenamientos reconozcan una obligación implícita de la confidencialidad. Por otra parte, los participantes en un arbitraje pueden entender de manera distinta el grado de confidencialidad que cabe esperar”³⁴⁰.

Lo que evidencia la no uniformidad normativa respecto a la regulación de la confidencialidad en las normas relativas al arbitraje, tanto por los Estados³⁴¹ como por las

³³⁸ MICKELSON LOUS, C.: “Hush! Let’s arbitrate – Discourse and Practice on the Question of Confidentiality in International Commercial Arbitration, *Tidsskrift for Forretningsjus*, Vol. 3, 2012, p. 181.

³³⁹ YOUNG, M., CHAMPAN, S.: “Confidentiality in International Arbitration: Does the Exception Prove the Rules?”, *ASA Bulletin*. 2009, Vol. 27, p. 28.

³⁴⁰ Véase, Notas sobre la organización del proceso arbitral de la UNCITRAL, 1997. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1996Notesproceed-ings.html, consultado 18/02/2019.

³⁴¹ Algunos países como el Perú, en su legislación arbitral, Decreto Legislativo 1071, del 27 de junio de 2008, publicado en el Diario Oficial, Artículo 51, reconoce la confidencialidad, estableciendo que; 1. “*Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.* 2. *Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.* 3. *En todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminada las actuaciones*”. En este sentido, reconoce SILVA ROMERO, “que la confidencialidad no es una calidad inherente de todo arbitraje comercial internacional con sede en Perú, sino una garantía que el legislador peruano ha decidido darle a éste”, SILVA ROMERO, E.: Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional...*op.cit.*..., p. 41. En Francia, hemos de reconocer que, si bien existía cierta confidencialidad implícita del arbitraje comercial internacional, con las modificaciones del Decreto No. 2011-48, al Código de Procedimiento Civil francés, parecería ser que sólo es confidencial el arbitraje interno, nacional -al establecer en su artículo 1464.4 “*a reserva de obligaciones legales y a menos que las partes hayan dispuesto otra cosa, el procedimiento arbitral está sometido al principio de confidencialidad*”, no así el arbitraje internacional, al no ser que en éste último haya sido pactado expresamente por las partes; GAILLARD, E., DE LAPASSE, P.: “Le nouveau droit français de l’arbitrage interne et international”, *Recueil Dalloz*, 2011, p. 188; GAILLARD, E., DE

normas internacionales³⁴² y los propios reglamentos de las instituciones arbitrales³⁴³. En el caso de España, aunque no se cuenta con una amplia experiencia en el arbitraje en comparación con países de gran tradición arbitral como Alemania, Inglaterra, Suecia, Suiza, Estados Unidos (de los cuales los dos primeros reconocen ampliamente el carácter implícito de la confidencialidad en el arbitraje) se reconoce en el artículo 24.2 LA una obligación de confidencialidad en el arbitraje al establecer “*los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales*”³⁴⁴. Sin embargo, con una marcada diferencia el Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, aunque no es objeto de análisis en la presente investigación, establece, explícitamente, la confidencialidad del procedimiento al establecer “*la confidencialidad de la existencia y durante el arbitraje; de toda la información producida en el procedimiento y del laudo*”³⁴⁵, teniendo en cuenta la naturaleza

LAPASSE, P.: Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage, 2012, p. 28. Disponible en: http://www.bauerreis.com/wp-content/uploads/2014/05/Commentaire_analytique_decret_13janvier2011_reforme_droit_francais_arbitrage.pdf, consultado 18/02/2019; JIMÉNEZ BLANCO, G.: La independencia e imparcialidad del árbitro ...*op.cit.*..., p.738; JARRASSON, CH., PELLERIN, J.: “Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011”, *Rev. Arb.*, 2011, pp. 5-8. Sin embargo, la gran mayoría del resto de los Estados carecen de pronunciamiento alguno respecto a la confidencialidad.

³⁴² Ejemplo de ellos tenemos, tal y como lo reconoce FERNÁNDEZ ROZAS, los principales convenios internacionales reguladores del arbitraje de Nueva York, Ginebra o Panamá; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: Trayectoria y contornos...*op.cit.*..., p. 350.

³⁴³ Al respecto, las Reglas arbitrales de la CCI, no establecen explícitamente la confidencialidad en el procedimiento arbitral, dejando el mismo a lo establecido entre las partes en el acuerdo arbitral y al tribunal para que decida sobre el mismo, sí reconoce la privacidad de las actuaciones al establecer en el art. 26. 3 que: “(...) salvo autorización del tribunal arbitral y de las partes, las audiencias no estarán abiertas a personas ajenas al proceso”. Sin embargo, en lo que a las actuaciones internas de la Corte se refiere, se reconoce expresamente la confidencialidad de las actuaciones, tal y como lo establece los Estatutos de la Corte en su art. 6: “*La actividad de la Corte es de carácter confidencial el cual debe ser respetado por todos los que participen en ella, a cualquier título. (...)*”, en relación con el Art. 1 del Reglamento Interno el cual reconoce “*el carácter confidencial de las actividades de la Corte*”. Las reglas del CIADI, reconocen la privacidad del procedimiento, pero no así la confidencialidad expresamente. Dichas reglas condicionan la publicación de la información a la voluntad de las partes en litigio. Al respecto, en lo que a la constitución del tribunal arbitral se refiere, la Regla 6.2 reconoce la obligación de los árbitros de guardar confidencialidad de toda la información, estableciendo: “*me comprometo a mantener con carácter confidencial toda la información que llegue a mi conocimiento a consecuencia de mi participación en este proceso, así como del contenido de cualquier laudo que este tribunal dicte*”, en relación con la Regla 15(1): “*Las deliberaciones del Tribunal se realizarán en privado y permanecerán secretas*” y la Regla 48(4): “*El Centro no publicará el laudo sin el consentimiento de las partes. Sin embargo, el Centro deberá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del tribunal*”, esta última da un paso más en cuanto a que abre la puerta a la confidencialidad, específicamente respecto al laudo arbitral. Por su parte, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, también proporciona privacidad al procedimiento, al establecer en su art. 28.3 que: “*Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada a menos que las partes acuerden lo contrario...(...)*”, aunque en el art. 34.5 también abre las puertas a la confidencialidad, al mantener una restricción relativa al laudo, al establecer 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...(...)*”.

³⁴⁴ Véase, Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, publicada en el BOE, No. 309, de 26/12/2003; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: Trayectoria y contornos...*op.cit.*..., p. 349

³⁴⁵ Al respecto, el propio reglamento reconoce la confidencialidad en los procedimientos arbitrales, el Art. 48 regula la divulgación de los secretos comerciales y cualquier otro tipo de información confidencial.

de las controversias que se ventilan ante tal institución. Tal disparidad respecto al reconocimiento de la confidencialidad a nivel internacional es el reflejo de una ausencia de consenso en la comunidad internacional. Encontrándose la confidencialidad en el arbitraje en un túnel sin salida, como resultado del escaso reconocimiento normativo al respecto y que puede incidir en el desconocimiento de las partes respecto a la confidencialidad de la información en el procedimiento arbitral³⁴⁶ y a la incertidumbre durante el mismo.

Tanto es así, que las reglas arbitrales enfatizan, generalmente, la confidencialidad del laudo y no reconocen un deber general de confidencialidad de alguna información relacionada con el procedimiento, del procedimiento en general, o si se le impone tal deber de confidencialidad a las partes, al tribunal o a la institución arbitral³⁴⁷, lo que resulta una gran dificultad por resolver en el arbitraje internacional, cuestión que puede convertirse en un blanco perfecto en contra de la propia transparencia en el arbitraje internacional.

Ante la ausencia de reconocimiento de la confidencialidad en la mayoría de los sistemas estatales y en la gran parte de los instrumentos internacionales que regulan el arbitraje internacional, son diversos los criterios existentes en la práctica arbitral, dividiéndose en dos posiciones distintas. Por un lado, nos encontramos con los defensores de la confidencialidad como condición implícita en el arbitraje comercial internacional, siendo éste el motivo principal por el cual la gran mayoría de las empresas a nivel internacional escogen el arbitraje para dirimir sus controversias en el comercio internacional, muy aceptada también esta posición por los tribunales ingleses³⁴⁸ y gran parte de países con tradición jurídica romana³⁴⁹.

³⁴⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: Trayectoria y contornos...*op.cit.*..., p. 347.

³⁴⁷ WAUTELET, P.: "Confidentiality and Third Parties in International Commercial Arbitration: Some Preliminary Reflections", *University of Liège*, 2008, p. 4.

³⁴⁸ Tal y como lo demuestra la decisión de la Corte de Apelación inglesa en los siguientes casos, *Dolling-Baker vs. Merrett and Another*, See Law Reports, 1990, 1 WLR. 1205, en el cual, la Corte de Apelación inglesa reconoce una obligación implícita de la confidencialidad que se deriva de la propia naturaleza del arbitraje, reconociendo, a su vez, que la confidencialidad era aplicable a los documentos preparados y utilizados en el arbitraje o aquellos que se crearon, divulgaron o se transcribieron durante el curso del arbitraje, incluyendo las pruebas aportadas por los testigos y las propias notas de los laudos y las pruebas. Disponible en: <http://www.uniset.ca/lloyddata/css/19901WLR1205.html>, consultado 18/02/20179; *Hassneh Insurance vs. Steuart J Mew*, 1993, 2 Lloyd's Rep. 243 (K.B.), en el cual el tribunal amplió el deber implícito de confidencialidad a los laudos arbitrales, declarando que la divulgación de los documentos durante el procedimiento, era casi equivalente a abrir las puertas de la cámara arbitral a tercero, "would be almost equivalent to opening the door of the arbitration room to a third party", lo que viola la privacidad del arbitraje; *Ali Shipping Corp. vs. Shipyard Trogir*, 1998, 2 All ER 136 (K.B.), éste caso fue una reafirmación de la decisión emitida en los dos casos anteriores, en el mismo sostiene que, "la obligación implícita de confidencialidad es una cuestión de derecho", reafirmando el tribunal, que la confidencialidad es esencial a la privacidad de los procedimientos de arbitrajes, "the obligation of confidentiality arises as an essential corollary of the privacy of arbitration proceedings".

³⁴⁹ AJIBO, K.I.: La confidencialidad en el arbitraje comercial internacional...*op.cit.*..., p.213. El ordenamiento jurídico francés, es otro ejemplo a destacar respecto al carácter implícito de la confidencialidad en el

Contrario a la posición anterior, encontramos a los defensores de consagrar explícitamente una obligación de confidencialidad en las reglas de arbitraje aplicables, que habría de reflejarse en el convenio o cláusula arbitral, en los eventuales pactos, acuerdos de confidencialidad³⁵⁰ o en el propio contrato, a través de las distintas cláusulas que habitualmente utilizadas en el arbitraje internacional, posición ésta de la que somos partidarios y que analizamos a continuación.

II.3.1.1 De la confidencialidad en el arbitraje comercial internacional a la transparencia en el arbitraje de inversiones.

La confidencialidad no puede ser entendida como principio o elemento inherente al convenio arbitral³⁵¹ u obligación implícita en el arbitraje³⁵², sino que debe ser claramente pactada por las partes en el propio convenio o cláusula arbitral³⁵³, a ser posible del modo más detallado y explícito, lo que puede reducir no sólo potenciales controversias, sino también

procedimiento arbitral. Los tribunales franceses, han reconocido ampliamente que la confidencialidad y la divulgación de las actuaciones en el procedimiento arbitral pueden coexistir en el arbitraje, así lo demuestra, entre otros, los siguientes casos; *Aita vs. Ojeh*, Cour d'appel (CA), Paris, 1986, en *Revue de l'Arbitrage*, Vol. 4, 1986, p. 584; *Société True North et Société FCB International vs. Bleustein*, Tribunal de commerce, Paris, 1999, en *Revue de l'Arbitrage*, 2004, pp. 189-192; *Nafimco vs. Foster Wheeler Trading Company AG*, Cour d'appel (CA), Paris, 2004; aunque éste último caso, marcó un hito importante en cuanto al carácter implícito de la confidencialidad en Francia, demostró que el deber implícito en Francia es mucho más restringido que en el ordenamiento jurídico inglés.

³⁵⁰ En este sentido, desde el punto de vista del Derecho comparado, en el ordenamiento jurídico estadounidense, tampoco existe una presunción de la confidencialidad en el arbitraje internacional, no hay un reconocimiento implícito de la misma en el arbitraje, por lo que para ser considerada la confidencialidad debe ser pactada entre las partes, existir una manifestación del consentimiento al respecto. Así lo demuestra, entre otros, los siguientes casos, *United States vs. Panhandle Eastern Corp*, 118 F.R.D. 346, D. Del. 1988, el tribunal reconoce que, en ausencia de una cláusula o pronunciamiento de las partes respecto a la confidencialidad, no existe impedimento alguno para el acceso a la documentación, tal y como lo solicitó una de las partes, en concreto el gobierno de EEUU; *A.T. vs. State Farm Mutual Automobile Insurance*, 989 P.2d 219, Colo. App., 1999. El tribunal de apelación admite la determinación del tribunal de distrito, el cual reconoce la ausencia de confidencialidad, teniendo en cuenta que la misma no ha sido acordada por las partes. El propio tribunal concluyó que, las normas arbitrales reconocen que el laudo se presente, se haga cumplir y se impugne ante un tribunal, condición suficiente para hacer público el mismo, teniendo en cuenta que el demandante no obtuvo la orden de protección, la confidencialidad, que solicitó; en este mismo sentido, en el caso, *Hutcherson vs. Sears Roebuck & Co.*, 793 N.E.2d 886, Ill. App. 1st Dist. 2003. El tribunal reconoce que las partes no acordaron la confidencialidad del laudo, por lo que el mismo podía ser conocido, ya que está liberado de tal obligación. Sin embargo, a diferencia de los casos anteriores, en el caso, *Parilla vs. IAP Worldwide Services, VI, Inc*, 368 F.3d 269, 3d. Cir. 2004, las partes si acordaron proteger confidencialmente los nombres de las partes, lo que fue respetado durante el proceso. A partir de los casos referenciados antes, resulta significativo resaltar, que los tribunales estadounidenses reconocen el deber independiente que tienen para examinar la confidencialidad del arbitraje cuando las partes solicitan su asistencia en cuanto al reconocimiento o anulación de un laudo arbitral, especialmente, cuando en el caso prima un fuerte interés público, tal y como sucedió en el caso, *Zurich American Insurance Co. vs. Rite Aid Corp*, 345 F. Supp. 2d 497, E.D. Pa. 2004.

³⁵¹ BORN.G. B: *International commercial arbitration, ...op.cit.*, p. 2280.

³⁵² LEW, J.: *Expert Report in Esso/BHP vs. Plowman ...op.cit.*, pp. 289-340; BAGNER, H.: *Confidentiality: A fundamental principle in international commercial arbitration? JIA*, Vol. 18:2.243, 2001, p.249.

³⁵³ El convenio arbitral, con independencia de que se exprese en una cláusula inserta en un contrato o como un acuerdo separado, está considerado como un acuerdo de voluntades autónomo "principio de separabilidad".

contribuir al desarrollo de una mayor transparencia; o establecida en la propia ley nacional o internacional que rige el arbitraje³⁵⁴. La confidencialidad, en definitiva, constituye un “*elemento accidental*”³⁵⁵ del arbitraje comercial internacional.

Conforme con lo dicho, las partes pueden acordar en qué medida desean que el contenido del arbitraje permanezca confidencial y, en caso de omisión de algún aspecto, la existencia y alcance de la obligación habría de resolverse conforme a la ley aplicable que rige el acuerdo arbitral, la ley del lugar de la sede del arbitraje - *lex arbitri*- o la ley rectora del contrato³⁵⁶.

No obstante, debemos tener presente que el acuerdo entre las partes en el arbitraje comercial internacional no está exento de restricciones imperativas relacionadas con el orden público de las jurisdicciones implicadas³⁵⁷. En efecto, el principio de confidencialidad puede verse afectado “por razones de interés público operando como una excepción a este postulado; tanto más cuanto el ámbito de dicho interés pugna con el interés inicial de las partes de mantener el proceso arbitral alejado del ámbito público”³⁵⁸. Es decir, en determinadas ocasiones y según las circunstancias³⁵⁹, la existencia de un mandato legal o una necesidad imperiosa de interés público en el arbitraje constituye motivo suficiente para levantar el velo de la confidencialidad en el procedimiento arbitral y, de esta forma, hacer público el procedimiento y divulgar la información que sea necesaria. Así pues, el interés público puede verse como un límite a la autonomía de las partes para optar por la confidencialidad³⁶⁰.

³⁵⁴ Como reconoce SILVA ROMERO, al exponer que “quizás el mejor esfuerzo que fuera realizado por proponer una fuente de confidencialidad provino del derecho de las obligaciones y del contrato en general... (...) el derecho arbitral no es sino una combinación, (i) del Derecho de las obligaciones y del contrato en general y (ii) de los principios de orden legislativo, o, según el caso, jurisprudenciales de la “autonomía del convenio arbitral” y de la “competencia-competencia”; SILVA ROMERO, E.: Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional...*op.cit.*, p. 37.

³⁵⁵ SILVA ROMERO, E.: Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional...*op.cit.*, p. 39.

³⁵⁶ En todo caso, según JIMÉNEZ BLANCO, “esta obligación tiene numerosas limitaciones derivadas de la ejecución del laudo en un proceso judicial, requerimientos de orden público, requerimientos de la ley, por ejemplo, en el caso de sociedades cotizadas”; JIMÉNEZ BLANCO, G.: La independencia e imparcialidad del árbitro...*op.cit.*, p.739.

³⁵⁷ THOMPSON, J.: “Confidentiality in English Arbitration Law: Myths and realities about its Legal Nature”, *JIA*, Vol. 25:299, 2008, p. 314. De esta forma no interesa si la confidencialidad se acordó de forma directa o no, siendo mucho más complicado el acuerdo entre las partes, pudiendo incluso poder perder sus funciones si la ley aplicable impone restricciones o permiten excepciones a tal acuerdo; YU, H.: “Duty of confidentiality: myth and reality”, *Civil Justice Quarterly*, Vol. 30, No.1, 2012, p. 8.

³⁵⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: Trayectoria y contornos...*op.cit.* p. 369.

³⁵⁹ Para conocimiento de dichas circunstancias, véase; NOUSSIA, K.: Confidentiality in International Commercial Arbitration...*op.cit.*, pp. 22-23.

³⁶⁰ KASTER, L.A.: “Confidentiality in U.S. Arbitration”, *NYDRL*, Vol. 5, No. 1, 2012, p. 25; *Omaha Indem. Co. vs. Royal Am. Managers, Inc.*, 140 F.R.D. 398, 400, W.D. Mo., 1991; *City of Newark vs. Law Dep’t of the City of N.Y.*, 760 N.Y.S.2d 431, 436-437, N.Y. App. Div., 2003; NOUSSIA, K.: Confidentiality in International Commercial Arbitration...*op.cit.*, p. 27.

Creemos que la excepción de interés público no se ciñe a un régimen arbitral específico; es válida tanto para el arbitraje comercial internacional³⁶¹ como para el arbitraje de inversiones, lo que propicia un aumento de la tensión entre los valores públicos y privados, entre la transparencia y la confidencialidad³⁶². Aunque algunos autores³⁶³ consideran que resulta más común en el arbitraje de inversiones y menos propenso a estar presente en el arbitraje comercial internacional entre partes privadas, consideramos que el arbitraje comercial internacional también tiene el potencial de afectar al interés público, motivos por el que no se justifica tal disparidad. Hoy en día la participación de entidades estatales y de los propios Estados suele ser frecuente en arbitrajes comerciales. Algunos de ellos, con el objetivo de convertirse en sedes internacionales de arbitraje, han elegido como herramienta un “debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas”³⁶⁴, normas que conciernen el interés público. Por ejemplo, en Francia, los propios tribunales nacionales en respuesta a la tensión existente entre la creación de normas de interés público, de protección de los intereses esenciales del Estado y las políticas legislativas favorecedoras del arbitraje, han tenido que hacer uso de dicha herramienta para intentar solucionar tal dificultad³⁶⁵.

En suma, ambos regímenes arbitrales pueden incidir directamente en el desenvolvimiento de políticas públicas por parte de los Estados, por ejemplo, en el sector energético, del agua, de las infraestructuras, del Medio Ambiente, de la Salud Pública etc. En todos ellos existe una fuerte presencia tanto de empresas públicas como privadas, éstas últimas con una mayor participación en el arbitraje comercial internacional, lo que hace evidente la necesidad de una mayor transparencia y menos secretismo en el procedimiento, necesidad que choca con la fuerte tendencia de las empresas a no renunciar a la confidencialidad, aunque en la controversia estén implicadas cuestiones de interés público. No cabe ignorar que bajo el escudo protector de la confidencialidad en el arbitraje comercial internacional pueden ocultarse y de hecho se

³⁶¹ DE SAINT MARC DENOIX, V.: “Confidentiality of arbitration and the obligation to disclose information on listed companies or during due diligence investigations”. *JIA*, Vol. 20, No. 2, 2003, p. 211.

³⁶² FELICIANO, F.P.: “The Ordre Public Dimensions of Confidentiality and Transparency in International Arbitration: Examining Confidentiality in the Light of Governance Requirements in International Investment and Trade Arbitration”, *PHIL.L.J.* Vol. 87, No. 1, 2012, p. 11.

³⁶³ ARGENT, R.D.: “Ending Blind Spot Justice: Broadening the Transparency Trend in International Arbitration”, *BROOK. J. INT’L L.*, Vol. 40, 2014, p. 209.

³⁶⁴ ALBORNOZ, M.M.: “La tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLVII, No. 139, 2014, p. 22.

³⁶⁵ Ídem.

ocultan actuaciones ilegales o corruptas³⁶⁶ llevadas a cabo dentro del propio entramado empresarial, tanto por parte de empresas públicas como privadas y hasta de los propios funcionarios.

El deber de confidencialidad suscita muy singulares problemas en el caso de los denominados arbitrajes multiparte, donde la pluralidad de sujetos involucrados suele dificultar extremadamente la posibilidad de un acuerdo de confidencialidad que englobe a todos los contendientes³⁶⁷ y resulte vinculante para todas las partes. En este tipo de arbitraje la propia cuestión controvertida puede implicar diferentes controversias entre partes distintas. De ahí que algunos estudiosos del tema afirmen que, “el hecho de que se pueda obligar a los árbitros y a los abogados a preservar la confidencialidad en muchos casos, no implica necesariamente obligaciones de las partes. De la misma forma, ni siquiera el carácter privado del procedimiento es de mucha ayuda y el hecho de que una o ambas partes no deseen que el procedimiento sea público, no constituye en sí una obligación legal de mantener la confidencialidad para todas las partes en transacciones multilaterales”³⁶⁸.

La confidencialidad en el arbitraje comercial internacional sigue imperando como rasgo esencial. Las reformas en este ámbito se han estancado, mientras que en el arbitraje de inversiones, el principio de confidencialidad ha ido cediendo ante la transparencia, teniendo en cuenta la presencia del Estado como parte del procedimiento, así como las ya comentadas implicaciones en el interés público³⁶⁹. Sin embargo, coincidiendo con algunos autores, la

³⁶⁶ Como sucedió en el caso, *Soleimany vs. Soleimany*, APP.L.R. 02/19, paragraph 50- 51, 1998. En el cual la Court of Appeals reconoció que: “*The difficulty arises when arbitrators have entered upon the topic of illegality, and have held that there was none. ... In such a case there is a tension between the public interest that the awards of arbitrators should be respected, so that there be an end to lawsuits, and the public interest that illegal contracts should not be enforced. (...)*”. “*It may, however, also be in the public interest that this court should express some view on a point which has been fully argued and which is likely to arise again. In our view, an enforcement judge, if there is prima facie evidence from one side that the award is based on an illegal contract, should enquire further to some extent. Is there evidence on the other side to the contrary? Has the arbitrator expressly found that the underlying contract was not illegal? Or is it a fair inference that he did reach that conclusion? Is there anything to suggest that the arbitrator was incompetent to conduct such an enquiry? May there have been collusion or bad faith, so as to procure an award despite illegality? Arbitrations are, after all, conducted in a wide variety of situations; not just before high-powered tribunals in International trade but in many other circumstances. We do not for one moment suggest that the judge should conduct a full scale trial of those matters in the first instance. That would create the mischief which the arbitration was designed to avoid*”.

³⁶⁷ SHACKLETON, R.: “Global Warming: Milder Still in England”, *AILR*, Vol. 2:4.117, 1999, p.125.

³⁶⁸ Ídem.

³⁶⁹ En este sentido, se hace evidente la existencia de un equilibrio, encontrar un balance, entre la autonomía o acuerdo de las partes y la demanda de cuestiones de orden público. Cuestión ésta muy importante que debe tener presente el tribunal. AJIBO, K.I.: La confidencialidad en el arbitraje comercial internacional...*op.cit...*, p.222; JULIE LEE, B.: “UNCITRAL’s Unclear Transparency Instrument: Fashioning the Form and Application of a Legal Standard Ensuring Greater Disclosure in Investor-State Arbitrations” *NJILB*, Vol. 33, 2013, pp. 439, 447.

brecha existente entre ambos regímenes arbitrales se hace insostenible y se requieren grandes cambios en el arbitraje comercial internacional³⁷⁰ que favorezcan a una mayor transparencia. El actual estado de cosas puede propiciar una considerable reticencia a acudir a este mecanismo de solución de conflictos³⁷¹.

Desde una etapa relativamente temprana, los tribunales de inversión han tenido que decidir sobre cuestiones relativas a la confidencialidad de los procedimientos arbitrales. En el año 1983, en el caso *Amco vs. Indonesia*³⁷², que tuvo por objeto la reclamación por parte de los Demandantes (Amco Asia Corporation y otros) de la concesión que les fue concedida en 1968 -por un máximo de treinta años- por el Gobierno indonesio para la construcción y administración de un complejo hotelero. Los Demandantes sostuvieron que mientras su inversión había sido autorizada por el Estado indonesio (Demandado), en 1980 la concesión les fue retirada cuando, después de una intervención armada, Indonesia se hace con la inversión, rescindiendo a su vez el contrato de arrendamiento y administración previamente otorgado. La República de Indonesia sostuvo que cualquier intervención militar o policial solo estaba dirigida a respaldar legalmente el derecho de sus ciudadanos mediante el control del hotel, por lo que no hubo una incautación del hotel por parte del gobierno, que la cancelación de la licencia de inversión estaba plenamente justificada y que los tribunales de Yakarta habían actuado de manera obligatoria y legal al rescindir el contrato de Arrendamiento y Administración previamente suscrito con los Demandantes.

Una vez iniciado el procedimiento arbitral ante el CIADI, el Demandado solicita al Tribunal mantener bajo confidencialidad la información aportada en el procedimiento. El Tribunal arbitral, al pronunciarse sobre la solicitud del Demandado de no revelar información sobre el caso, manteniéndose así la confidencialidad del procedimiento, rechaza dicha solicitud. El propio Tribunal se opone a la noción de “espíritu de confidencialidad” como característica fundamental del arbitraje de inversiones, declarando que “la Convención y el Reglamento no impiden a las partes revelar su caso”³⁷³. Lo que equivale a rechazar un principio general de confidencialidad en el arbitraje inversionista-Estado, que ha sido reafirmado por varios tribunales posteriores.

³⁷⁰ FERNÁNDEZ-ARMESTO, J.: “Salient Issues of International Arbitration”, *AM.U. INT’L L. R.*, Vol. 27, 2012, pp. 721-722.

³⁷¹ *Ibidem*, p 723.

³⁷² *Amco Asia Corporation and others vs. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, 1983.

³⁷³ *Ibidem*, Decision on Provisional Measures, *ICSID Reports*, 1993, paragraph. 4.

Tal y como sucedió en el contexto del TLCAN en el año 1997, en el caso *Metalclad*. Este arbitraje fue celebrado de acuerdo con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, y los hechos están relacionados con la operación de un confinamiento de desechos peligrosos por parte de la compañía estadounidense Metalclad Corporation (Demandante) en el Municipio mexicano de Guadalcázar, Estado de San Luis Potosí. El Demandante, en su solicitud de arbitraje alegó que tanto el Gobierno del Estado como el propio Ayuntamiento de Guadalcázar, impidieron indebidamente el desarrollo de la actividad inversora al emitir un Decreto ecológico que declaró como reserva ecológica la zona en la que se desarrollaba la inversión. Por éste motivo, consideró el Demandante que México (Demandado) había incumplido con sus obligaciones contraídas en el TLCAN, al no haberle otorgado al inversionista un trato justo y equitativo acorde con el Derecho internacional y adoptando medidas equivalentes a una expropiación.

Durante la celebración del procedimiento, y conforme al artículo 1134 del TLCAN, relativo a las medidas provisionales de protección³⁷⁴ y el artículo 28.2 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI³⁷⁵, que regula los autos de sustanciación de las actuaciones, México solicita al Tribunal que dicte una Orden de confidencialidad del procedimiento. Una vez dado traslado de dicha solicitud por parte del Tribunal al Demandante y pronunciándose éste sobre la cuestión, el Tribunal decide rechazar, de manera similar al caso anterior, el concepto de confidencialidad de los procedimientos, al afirmar que “*Queda no obstante una pregunta acerca de si existe algún principio general de confidencialidad que operaría para prohibir la discusión pública del procedimiento de arbitraje por cualquiera de las partes. Ni el TLCAN ni las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI contienen restricción expresa alguna sobre la libertad de las partes a este respecto. Aunque frecuentemente se dice que una de las razones de recurrir al arbitraje es la de evitar la publicidad, al menos que el acuerdo de las partes incorpore tal limitación, cada una de ellas está aún en libertad de hablar*”

³⁷⁴ El Art. 1134 del TLCAN establece; “*Un tribunal podrá ordenar una medida provisional de protección para preservar los derechos de la parte contendiente o para asegurar que la jurisdicción del tribunal surta plenos efectos, incluso una orden para preservar las pruebas que estén en posesión o control de una Parte contendiente, u órdenes para proteger la jurisdicción del tribunal. Un tribunal no podrá ordenar el embargo, ni la suspensión de la aplicación de la medida presuntamente violatoria a la que se refiere el Artículo 1116 ó 1117. Para efectos de este párrafo, orden incluye una recomendación*”.

³⁷⁵ El Art. 28.2 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI establece; “*En la sustanciación de las actuaciones el Tribunal aplicará cualquier acuerdo de las partes sobre asuntos de procedimiento que no sea incompatible con ninguna de las disposiciones del Reglamento del Mecanismo Complementario y del Reglamento Administrativo y Financiero del Centro*”.

públicamente del arbitraje (...)”³⁷⁶. Continúa el tribunal, “la parte demandante como una compañía abierta cuyos valores se comercian en un mercado de valores público en los Estados Unidos de América, se encuentra bajo un deber positivo de proporcionar cierta información acerca de sus actividades a sus accionistas, especialmente en lo que concierne al hecho de estar involucrada en un proceso cuyo resultado podrá quizás afectar el valor de sus acciones en forma significativa. Dicho lo anterior, aún le parece al Tribunal que sería ventajoso para el desenvolvimiento ordenado del proceso arbitral, y conducente a la mantención de relaciones de trabajo entre las Partes si durante el procedimiento ambas hubieran de limitar la discusión pública del caso a lo mínimo, sujeta a cualquier obligación de emisión de información externamente impuesta por la cual cualquiera de ellas pueda estar jurídicamente vinculada”³⁷⁷.

Otros tribunales también han expresado puntos de vista similares a los expresados por el Tribunal del caso *Metalclad*. Por ejemplo, en el caso *S.D. Myers Inc vs. Canadá*³⁷⁸, administrado bajo las Reglas de la CNUDMI en virtud del Capítulo 11 del TLCAN. La disputa se basó en las reclamaciones de la compañía estadounidense, S.D. Myers Inc (Demandante), derivadas de la prohibición de Canadá (Demandada) de exportar desechos de Polychlorinated Biphenyl (PCB) -producto químico sintético que se utiliza para la producción de equipos eléctricos y que es altamente tóxico- de Canadá a los Estados Unidos y el supuesto daño económico al inversionista como resultado de la imposición de dicha prohibición por interferencia en sus operaciones, pérdida de contratos y oportunidades en Canadá. En una etapa temprana del arbitraje las partes intentaron acordar un régimen de confidencialidad para todos los documentos producidos durante el arbitraje. Ante la imposibilidad de establecer dicho acuerdo, el Tribunal emite varias ordenes procesales, considerando en una de ellas que; “cualquiera que sea la posición en los arbitrajes consensuales privados entre partes comerciales, no se ha establecido que exista ningún principio general de confidencialidad en un arbitraje como el que actualmente tiene este Tribunal. El principal argumento a favor de la confidencialidad se basa en un supuesto principio implícito en el acuerdo de arbitraje. El presente arbitraje se lleva a cabo de conformidad con una disposición de un tratado

³⁷⁶ *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*, Caso No. ARB (AF)/97/1, Laudo, 2000, párraf. 13. Véase también, *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen vs. United States of America*. ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, 1998, Decision on hearing of Respondent’s objection to competence and jurisdiction, paragraph 26 y 28, 2001.

³⁷⁷ *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*, Caso No. ARB (AF)/97/1, Laudo, 2000, párraf. 13.

³⁷⁸ *SD Myers, Inc. vs. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, 1998.

internacional, no de conformidad con un acuerdo de arbitraje entre las partes contendientes”³⁷⁹. El propio Tribunal reconoce que en el arbitraje de inversiones, a diferencia del arbitraje comercial, no existe una obligación de confidencialidad establecida. En particular, ni las Reglas de la CNUDMI, ni el propio TLCAN aplicables al caso así lo establecen.

Como se puede apreciar en los casos comentados, el tribunal arbitral establece un tratamiento diferenciado del arbitraje de inversiones respecto del arbitraje comercial internacional en lo que a la confidencialidad se refiere. En ambos, se niega la existencia de cualquier noción inherente de confidencialidad en el arbitraje basado en un tratado más que en un acuerdo.

En consecuencia, una vez reconocido por los propios tribunales arbitrales la ausencia de confidencialidad implícita en el arbitraje de inversiones, creemos que constituye un motivo más por el que los Estados tienen la obligación de proporcionar a sus ciudadanos información sobre asuntos estatales, de llevar a cabo la divulgación de aquellas actividades relacionadas directamente con la inversión extranjera y hasta del sistema de solución de controversias inversionista-Estado cuando sea parte de un procedimiento arbitral, teniendo en cuenta la implicación o repercusión que tienen en la sociedad³⁸⁰. Motivos éstos que justifican el conocimiento público del arbitraje y la prevalencia de la transparencia sobre el principio de confidencialidad.

La participación de un Estado en el arbitraje implica, automáticamente, la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, por lo que se verá incapacitado para invocar prerrogativas de su propio Derecho dirigidas a sustraerse de las obligaciones emanadas del convenio arbitral, de modo que el Estado será tratado exactamente igual que un particular. En consecuencia, “el

³⁷⁹ Véase, el caso *S.D. Myers Inc vs. Canadá*, NAFTA, 1998, Orden Procesal No. 16, 2000, Concerniente a la confidencialidad de los documentos producidos en el arbitraje, párraf. 8. “*The Tribunal considers that, whatever may be the position in private consensual arbitrations between commercial parties, it has not been established that any general principle of confidentiality exists in an arbitration such as that currently before this Tribunal. The main argument in favour of confidentiality is founded on a supposed implied term in the arbitration agreement. The present arbitration is taking place pursuant to a provision in an international treaty, not pursuant to an arbitration agreement between the disputing parties*”.

³⁸⁰ Hemos de reconocer, como refiere NYEGAARD MOLLESTAD, “que no necesariamente las preocupaciones relacionadas con la opinión pública siempre serán el elemento determinante en la posición de un Estado en una cuestión de transparencia. A veces un Estado prefiere resolver la disputa en silencio. Esto es quizás más probable cuando la disputa se relaciona con la conducta estatal que es adecuada para alarmar a otros inversionistas extranjeros o donde se espera que la reacción pública a la revelación sea particularmente negativa”; NYEGAARD MOLLESTAD, C.: See No Evil? Procedural Transparency in International Investment Law and Dispute Settlement, *PluriCourts Research Paper*, No. 14-20, 2014, p.10.

Estado renuncia así a una prerrogativa fundamental de la soberanía como es la competencia territorial de los tribunales nacionales”³⁸¹. De ahí la necesidad de que el propio Estado establezca, internamente, dentro de su propia jurisdicción, los mecanismos idóneos que permitan una decisión correcta, ya que una vez acordado el arbitraje no podrán sustraerse de las obligaciones relativas a la confidencialidad que puedan contraer mediante el convenio arbitral o *ex lege*³⁸².

Con todo, el arbitraje de inversiones también entraña situaciones en las que puede resultar razonable garantizar la confidencialidad de ciertas informaciones³⁸³, como es el caso de la información comercial, la protección del secreto empresarial, *know how*, estrategias de competencia y publicidad, políticas de precios etc., extremos cuya revelación puede causar grandes perjuicios a las partes involucradas en el arbitraje. Lo que demuestra que sigue existiendo, en determinados casos, excepciones a la transparencia en el arbitraje de inversiones, con el objetivo de evitar el conocimiento de información estratégica de las partes por terceros ajenos al procedimiento arbitral.

Según la doctrina, existen dos límites a la transparencia³⁸⁴: (i) cuando se prevé por los diferentes sistemas de arbitraje internacional la protección de la información confidencial, por ejemplo, secretos oficiales -secreto de defensa- y secretos de orden comercial y (ii) cuando la transparencia amenace la integridad del procedimiento arbitral -concepto al que ya nos referimos en el Capítulo I-, caso éste en el que las restricciones a la confidencialidad habrían

³⁸¹ TEITELBAUM, A.: “Tribunal arbitral internacional”, en HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., GONZÁLEZ, E., RAMIRO, P. (Eds.): *Diccionario crítico de empresas transnacionales*, Icaria, Barcelona, 2012, pp. 239-242.

³⁸² En este sentido, son muchos los Estados que han sufrido las duras consecuencias del arbitraje internacional de inversiones. Alguno de ellos han decidido retirarse del mecanismo CIADI para la solución de controversias inversionista-Estado, encontrándose entre ellos; Bolivia en el año 2007, argumentando como una de las razones de su decisión, la falta de transparencia en las audiencias de arbitraje del CIADI; seguidamente Ecuador en el año 2009, después de ser demandado por empresas petroleras extranjeras en varias disputas presentadas ante el CIADI y, Venezuela retirándose en el 2012, argumentando que su acción era “con el propósito de proteger el derecho del pueblo venezolano a elegir libremente sus orientaciones económicas y sociales estratégicas”. Véase, CABRERA DÍAZ, F.: “Bolivia Expounds on Reasons for Withdrawing from ICSID Arbitration System”, *ITN*, 2007. Disponible en: <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2010/10/itnmay27-2007>, consultado, 18/02/2019; WICK, D.M.: “The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change”, *JIBL*, Vol. 11, 2012, p. 245; SALACUSE, J.W.: “The Emerging Global Regime for Investment”, *HILJ*, Vol. 51, N.º 2, 2010, p. 469; ELJURI, E., ALVINS, R.J., MATA, G.A.: “Venezuela Denounces the ICSID Convention”, 2012, Disponible en: <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/62427/venezuela-denounces-the-icsid-convention>, consultado, 18/02/2019; POLANCO LAZO, R.: *Is there a life for Latin American...op.cit.*, pp. 10-23.

³⁸³ SMIT, H.: “Case-note on Esso/BHP vs. Plowman”, *Arbitration international*, Vol. 11:299, 1995, p. 300.

³⁸⁴ SILVA ROMERO, E.: Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional ...*op.cit.*, p. 51.

de ser objeto de una especial y razonable motivación por parte de los árbitros. Por ejemplo, tal y como sucedió en el caso *Biwater Gauff (Tanzania) Limited vs. Tanzania*³⁸⁵. Biwater Gauff (Demandante) presenta solicitud de arbitraje ante el CIADI alegando que la Demandada (República de Tanzania) incumplió con sus obligaciones según las normas nacionales e internacionales relacionadas con la inversión extranjera en la que ésta participaba junto a otros inversionistas, inversión que consistía en la reparación, mejoras y expansión de las infraestructuras de alcantarillado y del abastecimiento de agua. La Demandada oponiéndose a los alegatos presentados por el Demandado, acepta iniciar el procedimiento arbitral ante el CIADI.

El 7 de julio de 2006, la Demandante presentó su Memorial junto con las pruebas documentales, y en una carta que acompañaba el escrito, llamó la atención del Tribunal sobre el hecho de que la Demandada reconoció haber divulgado unilateralmente ciertas órdenes emitidas por el Tribunal a un tercero no relacionado con el procedimiento, información ésta que también apareció en un sitio de Internet. Además, en su escrito, Biwater Gauff, manifestó al Tribunal su intención de lograr un acuerdo de confidencialidad para que los documentos presentados fueran considerados como confidenciales. Así pues, 10 días después, el Demandante presenta una solicitud de medidas provisionales sobre confidencialidad y en el que solicita al Tribunal que ordene, entre otras, las siguientes medidas: que las partes se abstengan de llevar a cabo acciones que puedan socavar la integridad del procedimiento o el funcionamiento ordenado del proceso arbitral y que las partes no puedan revelar a terceros información sobre el procedimiento³⁸⁶. Además, alega que los tribunales arbitrales que han actuado en virtud de las Reglas y el Convenio CIADI - *Amco Asia Corp & others vs. The Republic of Indonesia, Loewen Group Inc & Raymond L Loewen vs. United States y Metalclad vs. United Mexican States*- han reconocido la importancia de garantizar la integridad del procedimiento arbitral y la no agravación de la disputa ante la divulgación unilateral de la información³⁸⁷. En este sentido, el escrito presentado está relacionado con cuestiones de transparencia en la medida en que afecta la integridad fundamental de procedimiento.

³⁸⁵ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited vs. Tanzania*, Caso CIADI, No. ARB/05/22, 2006. Orden procesal, No. 3, paragraph. 112

³⁸⁶ *Ibidem*, Orden procesal, No. 3, 2006. Paragraph. 1-12.

³⁸⁷ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited vs. Tanzania*. Orden procesal, No. 3, 2006, paragraph. 22.

En respuesta al escrito presentado por el Demandante, la República de Tanzania muestra su disconformidad respecto al acuerdo de confidencialidad. Alega que el mismo tiene por objeto una restricción sin precedentes de la transparencia cuando nos encontramos en una nueva era de apertura de los procedimientos arbitrales. No obstante, admite que los documentos presentados serán confidenciales provisionalmente hasta tanto el tribunal se pronuncie al respecto.

En consecuencia, el Tribunal durante el análisis de la solicitud presentada, considera que, para decidir sobre las medidas provisionales solicitadas, debe establecerse un cuidadoso equilibrio entre dos intereses en conflicto: i) la necesidad de transparencia en los procedimientos arbitrales basados en un tratado (énfasis añadido) y ii) la necesidad de proteger la integridad procesal del arbitraje³⁸⁸. En este sentido, el Tribunal, al reconocer la importancia que tiene la transparencia en el arbitraje inversionista-Estado, advierte, a su vez, que la misma no puede socavar la integridad del procedimiento, es decir, la integridad del procedimiento actúa como límite a la transparencia en el procedimiento arbitral cuando ésta última puede ocasionarle un impacto negativo. En otras palabras, la transparencia se ha visto superada por la necesidad de integridad del procedimiento, tal y como se refleja en el presente caso, en el que se han tratado temas de máximo interés público y de manera unilateral se ha divulgado y publicado alguna información, provocando cierta cobertura mediática al respecto. Por todo ello, el Tribunal arbitral concluye que *“Sin embargo, en aras de la integridad procesal, el Tribunal sí considera apropiado restringir la publicación o distribución de documentos que han sido producidos en el arbitraje por la parte opuesta. Los intereses de la transparencia se ven superados, ya que la amenaza de una publicación más amplia puede socavar el proceso de producción de documentos en sí, así como el procedimiento de arbitraje general. La producción de documentos por una de las partes, ya sea en respuesta a una solicitud de divulgación o de otra manera, se realiza con el propósito de resolver la disputa de las partes y se presume que los materiales divulgados de esta manera solo deben usarse para tal fin”*³⁸⁹.

³⁸⁸ *Ibidem*, paragraph. 112. “The determination of this application for provisional measures entails a careful balancing between two competing interests: (i) the need for transparency in treaty proceedings such as these, and (ii) the need to protect the procedural integrity of the arbitration”.

³⁸⁹ *Ibidem*, paragraph. 157. “However, in the interests of procedural integrity, the Tribunal does consider it appropriate to restrict publication or distribution of documents that have been produced in the arbitration by the opposing party. The interests of transparency are here outweighed, since the threat of wider publication may well undermine the document production process itself, as well as the overall arbitration procedure. The production of documents by a party, whether in response to a disclosure request or otherwise, is made for the purpose of resolving the parties’ dispute and the presumption is that materials disclosed in this manner should be used only for such purpose”.

Ahora bien, las limitaciones a la transparencia aquí reconocidas no tienen un carácter ilimitado en el tiempo. Todo lo contrario, no pueden ser tratadas como una preocupación vigente en todo momento, más bien tienen una duración limitada, teniendo en cuenta que, por lo general, no surten efecto una vez concluido el procedimiento arbitral. Sólo durante la vigencia del procedimiento es evidente la tensión existente entre las cuestiones de transparencia y la integridad procesal.

En conclusión: es evidente que a nivel internacional se constata un vacío o ausencia de obligación respecto a la confidencialidad en el arbitraje internacional y, consecuentemente, una enorme fragmentación entre las diferentes jurisdicciones. Ello ha provocado una gran variedad de enfoques para el análisis del tema en cuestión, de modo que algunos autores consideran que en el ámbito del arbitraje comercial internacional la confidencialidad es un problema de mera “técnica contractual, correspondiéndole a las propias partes pensar en el tema de la confidencialidad en la propia redacción del contrato y su cláusula compromisoria”³⁹⁰. Por lo demás, un modo de generar mayor transparencia en el procedimiento arbitral es que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, pacten la transparencia implícitamente, por ejemplo escogiendo como sede del arbitraje comercial internacional un Estado cuyo derecho arbitral no reconozca en el convenio arbitral el carácter implícito de la confidencialidad³⁹¹.

II.3.1.2 La autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje y la transparencia en el procedimiento arbitral.

En la elaboración de las normas sobre la transparencia de la CNUDMI, varios de los países miembros del Grupo de Trabajo II subrayaron el papel fundamental de la autonomía de las partes en el arbitraje internacional³⁹². En el arbitraje comercial internacional, la autonomía de

³⁹⁰ CAIVANO, R.: “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”, *Lima Arbitration*, No. 4, 2010/2011, p. 119. En este sentido, SILVA ROMERO, reconoce que las propias partes y sus abogados pueden prever la confidencialidad de su arbitraje comercial internacional de tres maneras: (i) pactar expresamente la confidencialidad del arbitraje comercial internacional en el texto de la cláusula compromisoria correspondiente; (ii) hacer referencia en el convenio arbitral a alguno de los reglamentos institucionales de arbitraje que prevén expresamente que el arbitraje descrito en sus disposiciones es confidencial, incorporación de la obligación de confidencialidad del arbitraje por referencia, y (iii) estipular en el convenio arbitral que la sede del arbitraje comercial internacional será localizada en uno de aquellos Estados en los que la legislación o la jurisprudencia consagran una obligación implícita de la confidencialidad. SILVA ROMERO, E.: *Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional...op.cit...*, pp. 44-45.

³⁹¹ SILVA ROMERO, E.: *Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional...op.cit...*, p.46.

³⁹² Al respecto ha declarado Francia “(...) sigue unido a los principios básicos del arbitraje, incluido el enfoque consensuado. A diferencia de un tribunal nacional, un tribunal de arbitraje sólo debe su autoridad a la voluntad común de las partes en el caso. Cuando no existe tal voluntad, no es posible un arbitraje (...)”. Alemania,

la voluntad juega un papel fundamental desde el propio momento en que las partes han manifestado su consentimiento al arbitraje. En el arbitraje de inversiones, la autonomía de las partes juega un papel importante, pero no esencial; ejemplo de ello lo tenemos cuando el Tribunal de Consolidación del Capítulo Once del TLCAN, según Art. 1126 “Acumulación de Procedimientos”, en el procedimiento consolidado sobre la importación de madera blanda canadiense a los Estados Unidos, se refirió a esa distinción al ordenar la consolidación de tres reclamaciones presentadas por productores canadienses (*Canfor Corp., Tembec Inc. y Terminal Forest Products Ltd.*). Ante tal decisión, los reclamantes se opusieron a dicha consolidación por varias razones, entre ellas, que “estaría en contra del carácter consensual del arbitraje o del principio de autonomía de las partes en caso de que sus demandas fueran juzgadas por un tribunal al que no han dado su consentimiento”³⁹³. En respuesta, el Tribunal observó que los Estados Partes del TLCAN tienen derecho, como soberanos, a establecer ciertas condiciones al arbitraje, lo que podría incluir, en busca de la economía procesal cuando varias reclamaciones tienen similitud en cuestiones de hecho y de Derecho³⁹⁴, la disponibilidad de la consolidación³⁹⁵.

por otra parte, ha manifestado, “los procedimientos arbitrales se determinan principalmente por acuerdo de las partes. Esto también debería ser el caso de las disposiciones relativas a la transparencia y la publicidad. Los procedimientos arbitrales en el ámbito del arbitraje inversionista-Estado también tratan principalmente los intereses de los inversores que son dignos de protección. A la luz de esto, una disposición sobre transparencia y publicidad debe estar sujeta al consentimiento del inversionista”. Turquía señaló, “dado que la autonomía de las partes es una norma imperante en los procedimientos arbitrales, estas cuestiones (publicidad y transparencia) deben determinarse de acuerdo con el consentimiento común de las partes. Sobre la cuestión de la participación potencial del amicus; “esto no está descartado, pero siempre debe obtenerse el consentimiento de las partes”; de manera similar, Polonia declaró: “Con el consentimiento de ambas partes, la institución del amicus curiae puede ser utilizada en los procedimientos arbitrales”. FELDMAN, M.: “International Arbitration and Transparency”, *Peking University School of Transnational Law Research Paper*, No. 16-12, 2016, p. 17. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=28431401>, consultado el 18/02/2019.

³⁹³ Véase, *Canfor Corp. vs. United States; Tembec et al. vs. United States; Terminal Forest Products Ltd. vs. United States, Chapter 11, NAFTA*, Order of the Consolidation Tribunal, 2005. “Softwood Lumber Consolidation Order”, paragraph 78-79. Disponible en: <http://www.naftaclaims.com/disputes/usa/Softwood/Softwood-ConOrder.pdf> y <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0115.pdf>, consultados el 18/02/2019.

³⁹⁴ Según lo establecido en el Art. 1126 (2) del TLCAN. En relación con la institución de Acumulación de Procedimientos en el TLCAN y un análisis más detallado de los dos casos que han sido objeto de dicho procedimiento, puede verse en; FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: Presente y futuro de la acumulación de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras...*op.cit.*..., p. 4-11.

³⁹⁵ En este sentido, el propio tribunal citando a ÁLVAREZ expresa: “Although mandatory consolidation is not widely accepted in private commercial arbitration, it makes good sense in the case of Chapter 11 of NAFTA, which is not the usual private, consensual context of international commercial arbitration. Rather, Chapter 11 creates a broad range of claims which may be brought by an equally broad range of claimants who have mandatory access to a binding arbitration process without the requirement of an arbitration agreement in the conventional sense nor even the need for a contract between the disputing parties. In view of this, some compromise of the principles of private arbitration may be justified”. ÁLVAREZ, H.C.: “Arbitration under the North American Free Trade Agreement”, *AIL*, Vol.16, No. 393, 2000, p. 414.

En relación con el caso mencionado resulta necesario hacer un paréntesis en el presente epígrafe para comentar que ha favorecido grandes avances en el terreno de la transparencia. La OMC ha publicado en fecha 15 de agosto de 2018, la apertura del Registro para la proyección de la audiencia “Estados Unidos-Metodología de fijación de precios de materiales de construcción de madera canadiense”, en el cual, a solicitud de las Partes en el punto controvertido que lleva por rúbrica “Estados Unidos-Medidas antidumping aplicando una metodología de fijación de precios diferenciada a la importación de materiales de construcción de madera procedente de Canadá, (DS534)”, se ha decidido abrir a la observación pública sus primeras reuniones, donde terceras partes tendrán la oportunidad de presentar en la audiencia sus declaraciones³⁹⁶.

De forma general, en el arbitraje de inversiones, la autonomía de las partes y el consentimiento para arbitrar podrían caracterizarse de modo muy diferente del habitual contexto privado y consensual del arbitraje comercial internacional³⁹⁷. Tanto es así que la propia Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), en el ámbito del arbitraje de inversiones, ha identificado las particularidades en la prestación del consentimiento, reconociendo que; “el arbitraje se basa siempre en un acuerdo de consentimiento entre las partes. Pero el hecho de que el arbitraje del CIADI sea, por necesidad, entre un Estado anfitrión y un inversionista extranjero, da lugar a algunas peculiaridades en la prestación o emisión del consentimiento. La peculiaridad más conspicua es que los acuerdos de consentimiento no necesitan estar basados en un documento firmado por ambas partes, más bien, el Estado anfitrión puede hacer una oferta general a los inversionistas extranjeros para que se sometan a arbitraje. Esta oferta puede estar contenida en la legislación o en un tratado del que sea parte el Estado anfitrión. Para perfeccionar un acuerdo de consentimiento, el

³⁹⁶ Las reuniones han sido programadas para los días 12 y 13 de septiembre de 2018, en la sede de las OMC en Ginebra.

³⁹⁷ Al respecto, PAULSSON plantea que los tratados de inversión han otorgado “*innumerable present and future investors the right to arbitrate a wide range of grievances arising from the actions of a large number of public authorities, whether or not any specific agreement has been concluded with the particular complainant, and so impels us to reconsider fundamental assumptions about the international legal process as it affects investors abroad*”; PAULSSON, J.: “Arbitration without Privity”, *CIADI*, 10: 232, 1995, p. 233. No obstante, en el contexto del Capítulo Once del TLCAN, el propio PAULSSON observó que; “*one of the further conditions precedent to arbitration, defined in Article 1121, is that an investor must ‘consent’ to arbitration when he submits a claim. This notion, which would be nonsense in the traditional context of international arbitration, is a consequence of arbitration without privity; or, to put it another way, it creates privity at the time of initiating arbitration*”; PAULSSON, J.: *Arbitration without Privity...op.cit...*p. 247.

inversionista tiene que aceptar esta oferta por escrito. Esta aceptación puede ser bastante informal e incluso puede expresarse mediante el acto de iniciar procedimientos”³⁹⁸.

En tal sentido, la existencia de un acuerdo de arbitraje entre un Estado y un inversor extranjero está condicionada al cumplimiento, por parte del inversor, de todas y cada una de las condiciones sobre el consentimiento del Estado para arbitrar y que se encuentran establecidas en el respectivo tratado aplicable³⁹⁹. Dado que un tratado de inversión está estructurado como una oferta permanente de arbitraje, los Estados pueden condicionar su consentimiento para celebrar un acuerdo de arbitraje con cualquier inversor individual sobre el cumplimiento, por parte del inversionista, de ciertos requisitos del tratado. La presencia de tales condiciones cumple la importante función soberana de limitar las condiciones en que el Estado anfitrión está dispuesto a que se presenten reclamaciones en su contra en un foro arbitral⁴⁰⁰. En caso de incumplimiento de tal condición, no se forma un acuerdo de arbitraje, por lo que el árbitro no tiene autoridad para resolver controversias entre las partes.

Por lo tanto, a diferencia del arbitraje comercial internacional en el que las partes negocian acuerdos de arbitraje entre sí y aceptan arbitrar disputas futuras, es decir, manifiestan su consentimiento mediante una cláusula arbitral dentro del propio contrato o como accesoria a éste⁴⁰¹, en el contexto del arbitraje de inversiones no siempre se manifiesta el consentimiento de igual manera. En éste último, por su propia condición mixta, de arbitraje público-privado, los Estados generalmente ofrecen una oferta permanente para arbitrar una categoría de futuras disputas, esa oferta incluye a menudo condiciones sobre el consentimiento del Estado para arbitrar⁴⁰².

No obstante, tanto en el arbitraje de inversiones como en el arbitraje comercial internacional, la autonomía de la voluntad juega un papel importante, ya sea para establecer el derecho aplicable como para la elección del método de solución de conflictos. Sin embargo, debido al

³⁹⁸ UNCTAD, *Dispute Settlement, Module 2.3, Consent to Arbitration*, 2003. Disponible en: http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add2_en.pdf, consultado el 18/02/2019.

³⁹⁹ Al respecto, véase el caso en el que los Estados Unidos participa como *amicus curiae* en apoyo de *Vacatur y Remand*, 2013, p. 9. Disponible en: <http://sblog.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2013/09/12-138-tsac-United-States.pdf>, consultado el 18/02/2019.

⁴⁰⁰ WONG, J.: “*BG Group v. Republic of Argentina: A Supreme Misunderstanding of Investment Treaty Arbitration*”, *A Supreme Misunderstanding Pepperdine Law Review*, Vol. 43: 541, 2016, pp. 550-555.

⁴⁰¹ PÉREZ PACHECO, Y.: “Consentimiento estatal al arbitraje del CIADI”, *Lecciones y Ensayos*, No. 91, 2013, p. 20.

⁴⁰² WONG, J.: *BG Group v. Republic of Argentina: A Supreme Misunderstanding of Investment Treaty Arbitration*, cita 414, *supra*.

carácter especial que tiene el arbitraje de inversiones, la autonomía de la voluntad tiene características específicas que la diferencia de la autonomía de la voluntad en el arbitraje totalmente privado. En el mismo, el carácter especial de la relación jurídica existente hace que se tengan en cuenta, según algunos autores, entre otras cuestiones, “el interés del inversionista; el interés del Estado receptor de la inversión y el interés del Estado del que es nacional el inversionista”⁴⁰³.

En consecuencia, a partir de la obligación de las partes de manifestar su voluntad respecto a la jurisdicción del CIADI para dirimir sus conflictos, creemos que, en el ámbito del arbitraje de inversiones, constituye el momento idóneo para exigir a los Estados una mayor transparencia del procedimiento arbitral.

Creemos que es el momento oportuno para el establecimiento de la transparencia obligatoria del procedimiento, porque no basta la manifestación del consentimiento de los Estados contratantes en relación con los establecido en el literal de la Convención CIADI para poder someter la disputa de arbitraje a dicha institución, sino una manifestación expresa del consentimiento, por escrito, del inversionista y del Estado receptor de la inversión para arbitrar la disputa⁴⁰⁴. Consentimiento éste que se perfecciona con la aceptación final del inversionista de las condiciones establecidas por el Estado en el respectivo tratado, y en las que debe figurar el conocimiento público del procedimiento.

En la actualidad, los tratados deben ser considerados el cauce propicio mediante el cual los Estados pueden establecer la transparencia procesal en el arbitraje, ya que en ellos los Estados manifiestan anticipadamente su consentimiento⁴⁰⁵. Constituye una obligación de los Estados asegurar la transparencia del procedimiento arbitral, no solo por el interés público presente, es decir, por los riesgos que pueden asumir en el arbitraje de inversiones⁴⁰⁶, sino también por los efectos que genera la perfección del consentimiento para someter las disputas al arbitraje,

⁴⁰³ PÉREZ PACHECO, Y.: Consentimiento estatal...*op.cit.*..., pp. 20-21.

⁴⁰⁴ CREMADES, B.M.: “Arbitration between State and investors: some jurisdiction issue”, *Business Law International*, 2001, p. 157; GALINDO CARDONA, A.: “El consentimiento en el arbitraje internacional en materia de inversiones”, *Juris Dictio*, Año VII, No. 11, 2007, p. 42.

⁴⁰⁵ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Tirant Lo Blanch, España, 2003, p. 22.

⁴⁰⁶ MORTIMORE, M.: *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*, CEPAL, Santiago de Chile, 2009, pp. 43-44.

especialmente ante el CIADI, teniendo en cuenta el carácter irrevocable⁴⁰⁷ de la obligación asumida por el Estado al someter sus disputas a dicha institución, lo que comporta la competencia exclusiva⁴⁰⁸ del CIADI para conocer de la disputa⁴⁰⁹ y la exclusión de protección diplomática por parte de los Estados contratantes, con la única excepción de aquellos supuestos en que exista previamente un TBI en el que se establezca, para la interpretación o aplicación de tal acuerdo, una cláusula de solución de controversias interestatal para dirimir las diferencias⁴¹⁰.

II.4 La participación de terceros en el arbitraje internacional. El acceso del público a las audiencias y los documentos durante el proceso arbitral: consideraciones en torno a la figura procesal del *amicus curiae* y el tercero financiador.

En el ámbito del Derecho público y privado, el carácter público de los procedimientos judiciales y el principio de imparcialidad judicial son inherentes al Estado de Derecho, en el cual el acceso y el conocimiento público de los procedimientos judiciales proporciona un medio para garantizar la confianza pública en el sistema jurídico. Sin embargo, dichos principios no son aplicados en el arbitraje. En éste, por contra, el punto de partida para el acceso a las audiencias es completamente ajeno al Derecho público. Los procedimientos arbitrales son privados, no hay derecho de acceso a nadie más que a las partes, incluso en la actualidad la noción implícita de confidencialidad en el arbitraje internacional ya no puede darse por sentado, siendo muy discutible en la práctica la privacidad de las audiencias⁴¹¹.

En diferentes medidas los tribunales arbitrales han ido ganando facultades discrecionales⁴¹² en relación con la participación de terceros en el procedimiento arbitral, especialmente en el

⁴⁰⁷ Según lo establecido en el Art. 25 (1) del Convenio CIADI al establecer: “*La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado*”.

⁴⁰⁸ A tenor de lo establecido en el Art. 26 del Convenio CIADI, el cual establece: “*Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso..(...)*”

⁴⁰⁹ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: Arbitraje en inversiones extranjeras...*op.cit.*, pp. 150-151.

⁴¹⁰ PÉREZ PACHECO, Y.: Consentimiento estatal...*op.cit.*, p. 30.

⁴¹¹ CARON, D., CAPLAN, L.M.: *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, Segunda Edición, Oxford, 2013, p. 607.

⁴¹² Cuestión que es reafirmada por PASCUAL VIVES, refiriéndose a uno de sus trabajos en, PASCUAL VIVES F.J.: “La institución del *amicus curiae* y el arbitraje de inversiones”, *Anuario español de derecho internacional privado*, Vol. 27, 2011, p. 352.

arbitraje inversionista-Estado⁴¹³. Tanto es así, que la participación de terceros es un tema que hoy se discute bajo la rúbrica de transparencia, cuestión ésta con la que no estamos de acuerdo y a la que nos referiremos más adelante.

Como hemos comentado antes, en el contexto del TLCAN son admisibles las comunicaciones de “no Partes o no Contendientes” como las presentaciones de *amicus* y las comunicaciones del Artículo 1128 por los Estados Partes no demandantes, lo que lo convierte en referente internacional. La cuestión de si el *amicus* esta disponible en los arbitrajes del Capítulo Once del TLCAN se planteó por primera vez en el ya mencionado caso *Methanex*, en el cual se sostuvo que el artículo 15.1 del Reglamento de la CNUDMI (actualmente artículo 17.1 del Reglamento de la CNUDMI modificado en el 2010), incluía el derecho a presentar una solicitud de *amicus* en el arbitraje inversionista-Estado. El actual artículo 17.1 es una de las disposiciones fundamentales del Reglamento de la CNUDMI y establece esencialmente que todas las partes deben ser tratadas con igualdad y que las mismas, en cualquier etapa del procedimiento, pueden hacer valer sus derechos⁴¹⁴. El derecho a presentar memorias de *amicus* no está expresamente establecido en el artículo y, por lo tanto, el tribunal de *Methanex*, en relación con el extinto artículo 15.1, escuchó argumentos vigorosos sobre si el *amicus* fue autorizado por esa disposición⁴¹⁵.

Mientras que Canadá y Estados Unidos argumentaron que el *amicus* estaba comprendido en la extinta Regla 15, México y el reclamante, *Methanex*, argumentaron que el derecho a presentar un *amicus* era un derecho sustantivo que no podía leerse en una disposición procesal como el artículo 15.1. En conclusión: el Tribunal sostuvo que el artículo 15.1 permitía la participación de *amicus*. Decisión ésta que fue posteriormente reafirmada por el tribunal del caso *UPS vs. Canada*⁴¹⁶.

⁴¹³ Puede verse una lista detalla de casos en; SUBRAMANIAN, S.R.: “The Participation of Amicus Curiae in Investment Treaty Arbitration”, *Journal of Civil & Legal Sciences*, Vol. 5, No. 4, 2016, p. 205.

⁴¹⁴ El actual Art. 17.1 del Reglamento de la CNUDMI establece que; “*Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que en una etapa apropiada del procedimiento se dé a cada una de las partes una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos. En el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes*”.

⁴¹⁵ *Methanex Corp. vs. United States*, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as Amici Curiae, 2001, paragraph 31.

⁴¹⁶ *UPS vs. Canada*, Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae, 2001, paragraph 39. Disponible en; <http://naftaclaims.com/Disputes/Canada/UPS/UPSDecisionReParticipationAmiciCuriae.pdf>, consultado el

La participación de *amicus* plantea preocupaciones algo más complejas que las audiencias abiertas y la publicación de laudos, debido a la influencia que pueden tener respecto del alcance, la complejidad y la duración de un procedimiento arbitral. En este sentido, el éxito de los *amicus curiae* a nivel internacional depende del tipo de tribunal en el cual han intentado participar, ya que en algunos la participación del *amicus* ha sido severamente limitada⁴¹⁷.

Durante las últimas décadas, el acceso público a las audiencias, la documentación, así como la participación de *amicus curiae* durante el proceso arbitral, como forma de incentivar la transparencia, ha tenido su respaldo a través de normativas que rigen el arbitraje en el contexto internacional, dentro de las cuales, ya analizadas en el Capítulo I, podemos citar las enmiendas de 2006 al Reglamento de Arbitraje del CIADI, las Reglas de Transparencia de la CNUDMI, la Convención de Mauricio sobre la transparencia y la práctica reciente de un gran número de tratados firmados por un amplio número de Estados⁴¹⁸. Pero aún queda un largo camino por recorrer. En el ISDS, la participación de *amicus* ha sido significativa, teniendo cada vez mayor relevancia y presencia en el procedimiento, tal como lo demuestran varios casos de arbitraje inversionista-Estado⁴¹⁹. Sin embargo, siguen existiendo algunos vestigios de disconformidad y reticencia⁴²⁰ a la institución del *amicus curiae*, el cual es visto como una carga adicional para las partes en controversia, pues su participación conlleva a la presentación de una nueva serie de alegatos, lo que puede provocar que la participación de los *amicus* no siempre sea tenida en cuenta y que sus presentaciones puedan resultar determinantes en el sentido del laudo.

Es el caso del laudo final del mencionado caso *Methanex Corp. vs. United States* donde el tribunal señaló que el *amicus* era útil, pero el laudo no dejó claro si se tuvo en cuenta la

18/02/2019; Véase también, *Glamis Gold Ltd vs. USA*, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA, UNCITRAL Arbitration Rule, 2005.

⁴¹⁷ BASTIN, L.: “Amici Curiae in Investor-State Arbitration: Eight Recent Trends”, *Arbitration International*, Vol. 30, No. 1, 2014, p. 125.

⁴¹⁸ Aunque mucho se ha discutido sobre el desarrollo de la transparencia en el marco del TLCAN, el CIADI, CNUDMI, al respecto véase; JAMES, D.F., ODYSSEUS, G.R.: “Towards a New World for Investor-State Arbitration through Transparency”, *N.Y.U. J. INT’L L Vol.48:795*, 2015, pp., 811-818; JANSEN CALAMITA, N.: “Dispute Settlement Transparency in Europe’s Evolving Investment Treaty Policy”, *J. World Inv. & Trade Vol.15:645*, 2014, pp. 653-655; CHRISTINA, K., AUGUST, R.: “Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration – The Biwater Gauff Compromise”, *Law & Prac. Int’L cts and Tribunals, Vol.6: 97*, 2007, pp. 101-103. En este sentido, debemos tener presente también la adopción de los Principios de Inversión Gubernamental del G20, Objetivo de la política de “transparencia” en la solución de diferencias internacionales de inversión.

⁴¹⁹ Al respecto, véase el resumen de las decisiones de tribunales inversionista-Estado hasta el año 2012 en, BASTIN, L.: “The Amicus Curiae in Investor-State Arbitration”, *Camb.J. Int’l & Comp. L*, Vol. 1, 2012, pp. 214-223.

⁴²⁰ SOMMER, CH, G.: Los alcances del *amicus curiae* en el arbitraje internacional de inversiones, *Revista de la Facultad Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. 2, No. 2, 2011, p. 172.

participación del *amicus*⁴²¹ y, de ser así, cómo se llevó a cabo. Se puede apreciar, en efecto, que en varios casos, aunque algunos laudos reconocen la presencia del *amicus* a través de una mención expresa del mismo o de un resumen del contenido del escrito presentado, los tribunales arbitrales han sido muy cautelosos o selectivos para expresar en su propio razonamiento sustantivo la influencia que ha tenido el escrito o comunicación del *amicus*⁴²².

Las críticas y preocupaciones en relación con la participación del *amicus* en el contexto inversionista-Estado han sido exclusivamente pro-gubernamentales y anti-inversionistas. Críticas que consideramos infundadas, ya que la participación del *amicus* puede aportar valiosos elementos al procedimiento arbitral que, además, no siempre tienen vinculación con los gobiernos ni con los intereses del inversor. Los *amicus curiae* no son solamente ONGs, las cuales han sido consideradas como “el paradigma clásico de participación de *amicus curiae* en defensa del derecho de regulación de los Estados contra las medidas regulatorias impugnadas en el arbitraje”⁴²³. El reconocimiento del derecho de participación del *amicus* debe tenerse en cuenta desde una variedad de elementos presentes en el litigio, como pueden ser la complejidad del caso, su repercusión en la sociedad, su relación o incompatibilidad con algún derecho fundamental regulado en el Estado receptor de la inversión, entre otros.

Debe tenerse en cuenta que los *amicus* no siempre solicitan participar en un procedimiento para aportar elementos en defensa del demandado, existen casos en los que los *amicus* han presentado argumentos relevantes en apoyo al demandante. Por ejemplo, *Grand River Enterprises Six Nations Ltd and Others vs. United States of America*⁴²⁴, *Apotex Inc. vs. United*

⁴²¹ Véase, *Methanex Corp. vs. United States*, Final Award, 2005, paragraph 11, “From this Award and from the Partial Award also, it will be evident that the Tribunal has relied heavily on the submissions of Counsel, who were assisted by many others whose names do not appear on the transcript of the hearings. In adversarial proceedings addressing such a massive, complicated and difficult dispute over many years, it could not be otherwise. At the beginning of this Award, therefore, it is appropriate to record our appreciation of the scholarship and industry which Counsel for the Disputing Parties, Mexico and Canada as NAFTA Parties and the amici have deployed during these lengthy arbitration proceedings, together with their respective experts, assistants and other advisers”. Consúltense también, SARAVANAN, A., SUBRAMANIAN, S.R.: The Participation of Amicus Curiae in Investment Treaty Arbitration...*op.cit.*..., pp. 202-203.

⁴²² LAMB, S., HARRISON, D., HEW, J.: “Recent developments in the law and practice of amicus briefs in investor-state arbitration”, *Indian Journal of Arbitration Law*, Vol. 5, No. 2, 2017, p. 85; SHIKAWA T.: Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration...*op.cit.*pp. 409-411; DE BRABANDERE, E.: “Human Rights Considerations in International Investment Arbitration”, in FITZMAURICE, M., MERKOURIS, P. (Eds): *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights: Legal and Practical Implications*, Queen Mary Studies in International Law, London, 2012, pp. 190-215.

⁴²³ BASTIN, L.: Amici Curiae in Investor-State Arbitration: Eight Recent Trends...*op.cit.*..., p. 135.

⁴²⁴ *Grand River Enterprises Six Nations Ltd and Others vs. United States of America*, UNCITRAL (NAFTA), 2009. Amicus Curiae Submission of the Office of the National Chief of the Assembly of First Nations. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/510>, consultado el 18/02/2019.

*States of America*⁴²⁵ y *Apotex Holdings Inc., Apotex Inc. vs. United States of America*⁴²⁶. Incluso, en ocasiones, asumen una posición neutral, o sea, para esclarecer, dilucidar, una cuestión jurídica para el tribunal y no precisamente para apoyar las partes en litigio, tal y como sucedió en los casos, *Electrabel SA vs. Republic of Hungary*⁴²⁷, *AES Summit Generation Limited & Another vs. Republic of Hungary*⁴²⁸ y *Eureko vs. Slovak Republic*⁴²⁹

El derecho de participación del *amicus* en el procedimiento arbitral no resulta tarea fácil. Cuando un *amicus* muestra cierto interés en un caso determinado y solicita participar en el procedimiento, el camino se le hace muy escabroso y complicado, son más los obstáculos e impedimentos a los que deben enfrentarse que las posibilidades reales de participación. Tanto es así que, ante una solicitud de participación de un *amicus*, el tribunal, por lo general, debe tener en cuenta los siguientes aspectos; el tratado en virtud del cual se llevó a cabo la inversión o se presenta el procedimiento arbitral, las reglas que rigen el procedimiento, el ámbito específico de participación y los posibles beneficios que aportaría al tribunal, los cuales deben ser distintos a los aportados por las partes, lo que dificulta encarecidamente la participación del *amicus curiae* en el procedimiento arbitral. Es por ello que resulta necesario, tanto a nivel institucional como internacionalmente, crear mecanismos más sencillos y eficaces que, desde una perspectiva amplia, global, permitan una mayor participación de los *amicus* en el procedimiento.

⁴²⁵ *Apotex Inc. vs. United States of America*, UNCITRAL (NAFTA), Procedural Order No. 2, Participation of a Non-Disputing Party, 2011, paragraph 10.

⁴²⁶ *Apotex Holdings Inc., Apotex Inc. vs. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Procedural Order on the Participation of the Applicant, BNM, as a Non-Disputing Party, paragraph 25, 2013. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1687>, consultado el 18/02/2019.

⁴²⁷ *Electrabel SA vs. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Laudo 2015, paragraph 234, “*Second, the Commission’s submissions to the Tribunal (as a “non-disputing party”) raised important and extensive issues of jurisdiction and applicable law. These were not issues, particularly as to jurisdiction, raised by Hungary. However, Electrabel had to expend much time and cost to deal with the Commission’s submissions. In effect, far from exercising the traditional role of an “amicus curiae”, the Commission became a second respondent more hostile to Electrabel than Hungary itself. If accepted by the Tribunal, the Commission’s submissions would have been fatal to Electrabel’s case. The Tribunal was required to decide these issues at length in its Decision and there reject a material part of the Commission’s submissions. Overall, the Commission’s participation in this arbitration was a hugely complicating factor, as were to a lesser extent the pending legal proceedings in Luxembourg (being only concluded on 1 October 2015). For all these, Electrabel bore by far the greatest burden*”. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/380>, consultado el 18/02/2019.

⁴²⁸ *AES Summit Generation Limited & Another vs. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, 2010. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/193>, consultado el 18/02/2019.

⁴²⁹ *Eureko vs. Slovak Republic*, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, Section V, 2010. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/documents/418>, consultado el 18/02/2019.

A pesar de la importancia que ha adquirido la figura procesal del *amicus curiae* a nivel internacional, España carece de una regulación específica de dicha institución que legitime la participación de terceros en el procedimiento⁴³⁰. Con todo ello, alguna institución de arbitraje española, si bien no ha regulado específicamente la figura del *amicus*, ha establecido en su respectivo reglamento la participación de terceros en el procedimiento. Por ejemplo, el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM) establece que; “*Los árbitros podrán, a petición de cualquiera de las partes oídas todas ellas. Admitir la intervención de uno o más terceros como partes en el arbitraje*”⁴³¹. Condición por la cual, a nuestro parecer, pudiera admitirse la participación del *amicus* en el arbitraje. Sin embargo, debe reconocerse que la figura del *amicus* ha tenido más prevalencia en el arbitraje de inversiones, procedimiento del que comúnmente suele conocer el CIADI como institución, careciendo España de institución arbitral con tradición en la administración de dichos procedimientos.

No obstante, la participación de la figura procesal del *amicus* en el arbitraje de inversiones se justifica por la presencia del interés público presente en este tipo de arbitraje, los cuales siempre buscan promover el interés colectivo presente por encima del interés privado del inversionista. La presencia del *amicus curiae* en el procedimiento puede contribuir a la existencia de más transparencia en el mismo, siempre que incida en la búsqueda de una mayor apertura procesal, divulgación pública de la información y menos secretismo⁴³² del procedimiento, lo que puede favorecer, a su vez, una mayor legitimidad del sistema⁴³³, teniendo en cuenta que la participación pública está severamente limitada en el arbitraje de inversiones. Además, teniendo en cuenta los efectos que tiene la resolución final del litigio no solo en el erario de los Estados, sino también directamente en la población⁴³⁴.

Con todo, creemos que la simple participación de un tercero en el procedimiento arbitral no significa que el procedimiento resulte necesariamente más transparente. Por nuestra parte, consideramos que la participación de terceros puede ser un factor importante, un mecanismo procedimental en la búsqueda de una mayor transparencia del proceso, un indicador del nivel

⁴³⁰ BAUER BRONSTRUP, F.: “El *amicus curiae* en la jurisdicción constitucional española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 108, 2016, pp. 185-188.

⁴³¹ Art. 9.2 del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid.

⁴³² LEVINE, E.: “*Amicus Curiae* in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation”, *BJIL*, No. 29, 2011, p. 217.

⁴³³ MARSHALL, F., MANN, H.: “Good Governance and the Rule of Law: Express Rules for investor-state Arbitrations Required”, *International Institute for Sustainable Development Submissions*, 2006, p. 3.

⁴³⁴ FACH GÓMEZ, K.: “Rethinking the role of *amicus curiae* in international investment arbitration: how to draw the line favorably for the public interest”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 35, 2012, p. 524.

de transparencia dentro del ISDS, pero no el elemento esencial. El núcleo de la transparencia en el procedimiento es la divulgación y el acceso o conocimiento público de todas las actuaciones que se llevan a cabo durante el procedimiento. De ahí que la doctrina reconozca que, en cuanto a la transparencia en el ISDS, existen al menos tres aspectos procesales básicos que pueden verse afectados cuando la controversia se resuelve mediante arbitraje internacional⁴³⁵. Estos se refieren al conocimiento de la disputa, el acceso al procedimiento y la información relativa a su resultado final⁴³⁶. Pero el arbitraje de inversiones no se ha emancipado del todo del carácter confidencial y secreto del proceso de arbitraje comercial internacional. No todos los escritos y las audiencias orales suelen estar disponibles o accesibles al público, y las decisiones finales del tribunal sólo se publican con el consentimiento de las partes. Como resultado, el público, en la inmensa mayoría de los casos, desconoce todo cuanto acontece en el procedimiento, incluyendo la resolución de los mismos.

La participación pública en el proceso de arbitraje de inversiones es más a menudo la excepción que la norma. Tanto es así, que algunos autores consideran que el arbitraje de inversiones es una forma de control de las funciones gubernativas de los propios Estados, es decir, consideran el arbitraje de inversiones como una especie de “ley administrativa global”⁴³⁷, lo que hace necesario una actualización del sistema y una mayor participación de terceros en el procedimiento.

La participación de terceros no solo puede propiciar la búsqueda de una mayor transparencia en el procedimiento arbitral, sino también, de forma general, contribuir a mejorar la sistemática del Derecho internacional de las inversiones y una mejor evolución del mismo, lo que permitirá lograr una coherencia entre el Derecho internacional de inversión y el Derecho internacional en general, teniendo en cuenta la trascendencia de las cuestiones que son tratadas bajo el paraguas protector del primero en regímenes de tratados especiales y, con una innegable influencia en el Derecho internacional de los Derechos Humanos, o en el Derecho ambiental, por solo citar algunos. En relación con esto último, PETERSMANN habla de “la fragmentación

⁴³⁵ POLANCO LAZO, R.: “El capítulo de inversiones en el acuerdo de asociación transpacífico. ¿Una posibilidad de cambio y convergencia?”, 2016, p. 14. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2515216>, consultado el 18/02/2019.

⁴³⁶ ORTINO, F.: “External Transparency of Investment Awards”, *Inaugural Conference of the Society for International Economic Law (SIEL): New Horizons of International Economic Law*, Geneva, 2008. Disponible en: <http://www.ssrn.com/link/SIELInaugural-Conference.html>, consultado el 18/02/2019.

⁴³⁷ VAN HARTEN, G., LOUGHLIN, M.: “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, *EUR. J. INT'L L.*, Vol. 17, No. 1, 2006, p. 121.

y los conflictos entre diferentes regímenes de tratados internacionales especiales”⁴³⁸. Todo ello puede llevar a que los propios Estados, los gobiernos nacionales, se encuentren cada vez más sujetos al control de instituciones internacionales o supranacionales.

El sistema de participación de terceros en el procedimiento arbitral se encuentra, en la actualidad, fragmentado, carente de un enfoque sistemático que permita un mejor tratamiento en cuanto a la participación del *amicus* en el arbitraje inversionista-Estado. Ante la evidencia de algunas iniciativas desarrolladas al efecto, como son las modificaciones de las reglas del CIADI, el TLCAN, el modelo canadiense de TBI, el Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI, que se limitan exclusivamente a la presentación de comunicaciones o informes que no son jurídicamente vinculantes. Sin embargo, el modelo canadiense de TBI y el propio Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI, establecen una regulación más amplia de la institución al permitir que el tribunal pueda valorar si existe algún interés público en el caso para admitir la participación del *amicus*, lo que demuestra una asimetría a nivel internacional respecto al tratamiento del *amicus curiae* en el procedimiento arbitral. Ante tal desequilibrio, se hace necesaria la búsqueda de un consenso a nivel internacional que favorezca la creación de un *estatus* de *amicus curiae* en los procedimientos inversionista-Estado, a través del cual, puedan adquirir plenos derechos obligatorios, no discrecionales, de participación en el procedimiento. Que les permita no solo participar del procedimiento, sino también, exigir una mayor divulgación del mismo, ya que la presencia del *amicus* en el procedimiento no siempre conlleva a una mayor divulgación o conocimiento público del procedimiento y de todo cuanto sucede en el mismo⁴³⁹.

El *amicus curiae* debe ser tratado como una valiosa institución que puede incidir en la búsqueda de una mayor armonización y coherencia en la interpretación de los TBI en los que se basan los arbitrajes inversionista-Estado, es decir, permitir una estrecha relación entre transparencia, coherencia -entendida esta como “consistencia de la regla y su aplicación con otras reglas”⁴⁴⁰- y legitimidad en el procedimiento arbitral⁴⁴¹. De esta forma, se puede aspirar

⁴³⁸ PETERSMANN, E.U.: “Justice as Conflict Resolution: Proliferation, Fragmentation, and Decentralization of Dispute Settlement in International Trade”, *U.P.A. J. INT'L ECON. L.*, Vol. 27, 2006, pp. 273-280.

⁴³⁹ PETERSON, L.: “Amicus Curiae Interventions: The Tail That Wags the Transparency Dog”, *Kluwer Arb. Blog*, 2010. Disponible en: <http://kluwerarbitrationblog.com/2010/04/27/amicus-curiae-interventions-the-tail-that-wags-the-transparency-dog/>, consultado 18/02/2019.

⁴⁴⁰ BRUNNEE, J., TOOPE, S.J.: *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 53.

⁴⁴¹ RUSCALLA, G.: Transparency in International Arbitration: Any (Concrete) Need to Codify the Standard?” *GroJIL*, Vol. 3, No. 1, 2015, p. 4.

a satisfacer los altos estándares de transparencia exigibles en el arbitraje de inversiones, una mayor credibilidad pública del proceso, así como una mayor legitimidad procesal y sustantiva del ISDS.

Creemos que las actuales propuestas de enmiendas presentadas por el CIADI van en camino de considerar la importancia y relevancia que tiene la participación de un tercero no contendiente en el procedimiento. En este sentido, el CIADI, aún y cuando las modificaciones propuestas en el tema no son verdaderamente profundas, al mantenerse prácticamente iguales, introduce como novedoso dos criterios que deben ser considerados para permitir la participación de terceros no contendientes en el procedimiento, a saber la identificación de las actividades del tercero y cualquier afiliación con una parte contendiente⁴⁴² y si el tercero no contendiente ha recibido asistencia financiera o de cualquier otro tipo para realizar la presentación de su escrito⁴⁴³.

Además, las actuales propuesta le otorgan al Tribunal discrecionalidad para que le ordene al tercero contribuir con el aumento de costos imputable a su participación⁴⁴⁴, una propuesta ésta muy interesante y que, si bien habrá que esperar su definitiva aprobación, estamos seguros que no será de fácil implementación y aplicación en la práctica.

II.4.1 La financiación por terceros en el arbitraje internacional.

La financiación por terceros -conocida en términos ingleses como *Third Party Funding* (TPF)- y la transparencia se han convertido en temas cruciales y de gran significación en el arbitraje internacional⁴⁴⁵. El encarecimiento⁴⁴⁶ de los procedimientos de arbitraje internacional

⁴⁴² Propuesta de Regla 48(2d) del Reglamento de Arbitraje CIADI: “*la identidad, actividades, organización y los propietarios de la parte no contendiente, lo cual incluye toda afiliación directa o indirecta entre la parte no contendiente, una parte o una parte no contendiente del tratado*”.

⁴⁴³ Propuesta de Regla 48(2e) del Reglamento de Arbitraje CIADI: “*si alguna persona o entidad le proporcionara a la parte no contendiente asistencia financiera u otro tipo de asistencia para efectuar la presentación*”.

⁴⁴⁴ Propuesta de Regla 48(4) del Reglamento de Arbitraje del CIADI: “*El Tribunal deberá asegurarse de que la participación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes. A tal fin, el Tribunal podrá imponer condiciones a la parte no contendiente, lo cual incluye con respecto a lo siguiente*”. En relación con la propuesta de Regla 57 del Reglamento del Mecanismo Complementario.

⁴⁴⁵ SCHERER M., GOLDSMITH A.: “Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1- Funders Perspectives”, *RDAI/IBLJ*, No. 2, 2012, pp. 207-210.

⁴⁴⁶ Lo que reafirma también, CREMADES, al expresar: “(...) *sin embargo, la estructura internacional construida alrededor del arbitraje se ha vuelto costoso. El arbitraje se ha convertido en una gran industria internacional, enormemente competitiva y extremadamente costosa*”. CREMADES, B.M.: “Third party funding in international arbitration”, *B. Cremades y Asociados*, 2011, p. 2. Disponible en:

para las partes en litigio es uno de los motivos que ha favorecido la existencia reciente del tercero financiador, con mayor énfasis en el arbitraje de inversiones⁴⁴⁷, teniendo en cuenta las peculiaridades del arbitraje inversionista-Estado, en el cual se encuentran involucrados, como partes de la relación jurídica, un Estado soberano, que desarrolla su actividad en el pleno ejercicio de su soberanía y, de otro lado, un inversionista extranjero -típicamente el demandante- que desarrolla una inversión en el Estado receptor, quien ante los actos de nacionalización, expropiación u otras afectaciones producidas a través de la creación o modificación normativa llevados a cabo por el Estado, que incidan negativamente en su inversión, es capaz de desafiar las medidas o actos del soberano⁴⁴⁸; siendo en este momento, cuando el inversor decidido a demandar al Estado receptor de la inversión ante un tribunal arbitral, tiene la posibilidad de acudir a un tercero financiador con el objetivo de financiar el proceso arbitral que pretende iniciar.

No puede negarse que, independientemente de los riesgos existentes en la financiación por terceros, los cuales pueden estar, además, muy estrechamente relacionados con los significativos costes del proceso arbitral⁴⁴⁹, la financiación por terceros en el arbitraje internacional también tiene sus ventajas, resultando beneficioso, en gran medida, a la Parte financiada. En primer lugar, la Parte financiada tendrá la posibilidad de acceder al proceso

<https://www.cremades.com/pics/contenido/File634523783352588756.pdf>, consultado el 18/02/2019; SEVILA, E., ANDRÉS O.: La financiación por terceros en el arbitraje internacional: regulación, ventajas e inconvenientes, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 941, 2018, p. 11.

⁴⁴⁷ DE BRABANDERE, E., LEPELTAK, J.: "Third Party Funding in International Investment Arbitration", *Grotius Centre for International Legal Studies*, No.1, 2012, p.3. Creemos necesario mencionar, sin adentrarnos en el análisis de las mismas, ya que nos distanciaríamos del objeto de estudio de la presente investigación que, en el sistema anglosajón, la práctica del tercero financiador ya tenía desde mucho antes su espacio, con la doctrina "of champerty, barratry and maintenance", aunque con una connotación distinta, desde el ámbito de los litigios civiles. Véase; CREMADES, B.M.: Third party funding in international arbitration....*op.cit.*..., p. 4; FLAKE, C.R.: Third Party funding in domestic arbitration: champerty or social utility?, *DRJ*, Vol. 70, No. 2, pp.110-114; NG, J.F.: "The Role of the Doctrines of Champerty and Maintenance in Arbitration", *Arbitration*. Vol. 76, 2010, pp. 208-209; DE BOULLE, T.: *Third-Party funding in international commercial arbitration*, Ghent University, 2014, pp. 40-47; LYON, J.: "Revolution in Progress: Third-Party Funding of American Litigation", *UCLA Law Review*, Vol. 58, 2010, pp. 579-587; TRUSZ, J.A.: "Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration", *GLJ*, Vol. 101, No. 6, 2013, pp. 1659-1661. STEINITZ, M.: "Whose Claim Is It Anyway? Third-Party Litigation Funding", Vol. 95, *MLR*, 2011, pp. 1286-1291; CITING MULHERON, R., CASHMAN, P.: "Third Party Funding- A Changing Landscape". *Civil Justice Quarterly*, No. 3, 2008, pp. 312-341; BARKER, G.R.: "Third Party Funding in Australia and Europe", *Law and Economics Center*, 2011; SHEPHERD, J.M.: "Ideal versus reality in third-party litigation financing", *JLEP*, Vol. 8, No. 3 2012, pp.593-604; GLICKMAN, D.R.: "Embracing third-party litigation finance", *FSULR*, Vol. 43, 2016, pp. 1052-1057; SEBOK, A.J.: "Betting on Tort Suits after the Event: From Champerty to Insurance", *DePaul Law Review*, Vol. 60, No. 453, 2012, pp. 2011-2041.

⁴⁴⁸ VAN BOOM, W.H.: "Third-Party Financing in International Investment Arbitration", *OECD*, 2011, p. 4.

⁴⁴⁹ BERT, I.H., "Litigation Finance: What Do Judges Need to Know?", *Colum. J.L. & Soc. Probs*, Vol. 45, 2012, p. 527; KIDD, J.: "To Fund or Not to Fund: The Need for Second-Best Solutions to the Litigation Finance Dilemma", *JLEP*, Vol. 8, 2012, pp. 634-635.

arbitral, que de otra manera le sería imposible por no contar con los medios financieros necesarios⁴⁵⁰. En segundo lugar, puede que la Parte financiada, contando con los medios financieros necesarios, no desee hacer uso de sus recursos para encarar un proceso arbitral, teniendo en cuenta los altos costos, la duración de los mismos y la posible influencia que pueda tener en su economía y finanzas⁴⁵¹, por lo que puede beneficiarse de invertir en otros campos y obtener la financiación de un tercero financiador⁴⁵². Y, en tercer lugar, la Parte financiada no solo contará con una provisión de fondos de financiación para demandar o afrontar un proceso arbitral, sino también puede llevar a cabo una transmisión de todos los riesgos a asumir durante el procedimiento⁴⁵³, o parte de estos, al financiador, o sea, le permitirá una externalización de los riesgos financieros asociados al procedimiento arbitral. Lógicamente, en caso de obtenerse una resolución favorable del proceso, la Parte financiada obtendrá beneficios sin haber asumido grandes riesgos⁴⁵⁴, incluyendo los costes del propio proceso.

Sin embargo, actualmente no existe acuerdo a nivel internacional a través del cual se pueda conocer las características exactas de la financiación por terceros⁴⁵⁵ y, en consecuencia, un concepto único del mismo. La financiación por terceros es una tendencia entre empresas con un amplio espectro transnacional, teniendo en cuenta que los terceros financiadores, cada vez más, invierten en litigios fuera de sus fronteras nacionales, lo que ha permitido una multitud de definiciones o criterios por quienes se han acercado al estudio del tema⁴⁵⁶, favoreciendo, en

⁴⁵⁰ DE MOT, J., FAURE, M.G., VISSCHER. L.: “TPF and Its Alternatives: An Economic Appraisal.” in *Research Conference on Third Party Funding of Litigation, Leiden Law School*, 2016, p. 1.

⁴⁵¹ STEINITZ, M.: *Whose Claim Is It Anyway....op.cit....*, p. 1267.

⁴⁵² DE BRABANDERE, E., LEPELTAK, J.: *Third Party Funding in International Investment Arbitration....op.cit....*, p. 3.

⁴⁵³ FLAKE, C.R.: *Third Party funding in domestic arbitration...op.cit....*, pp.115-116.

⁴⁵⁴ MANN, H.: “Reconceptualizing international investment law: Its role in sustainable development”, *LCLR*, Vol. 17, No. 2, p. 534.

⁴⁵⁵ Algunos autores, reconociendo la naturaleza exacta del financiamiento de tercero, han considerado la necesidad de encontrar actividades que tengan similitud con la financiación de terceros y que puedan ofrecer una mejor visión o al menos encontrar puntos de referencias en común, teniendo en cuenta que la financiación por terceros puede ser considerada como un contrato de préstamo; una forma de seguro; un financiamiento de capital de riesgo, o; un acuerdo alternativo de honorarios abogado-cliente. SEBOK A.J, BRADLEY WENDEL W.: “Characterizing the Parties’ Relationship in Litigation Investment: Contract and Tort Good Faith Norms”, *VBLR*, Vol. 66, No. 1, 2013, pp. 1832-1833.

⁴⁵⁶ La inexistencia de un concepto de financiación de terceros, ha propiciado que la actividad sea definida o conceptualizada por algunos autores desde varias perspectivas, como puede ser: desde lo económico, lo financiero y lo jurídico FLECHET C.: “Summary report of the first session held”, *RDAl/IBLJ*, No. 2, p. 209, 2012. En este mismo sentido, SCHERER, lo confirma correctamente cuando expresa que “la definición exacta de financiación de terceros, sin embargo, sigue siendo esquiva y sus implicaciones legales y éticas en el arbitraje internacional, en su mayoría inexploradas”; SCHERER, M.: “Third-party funding in international arbitration: Towards mandatory disclosure of funding agreements?” in CREMADES, B., DIMOLITSA, A. (Eds.): *Dossier X: Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Publishing S.A., Paris, 2013, p. 95. Puede verse también, algunas definiciones al respecto en, DE BOULLE, T.: *Third-Party funding in international commercial arbitration...., op.cit....*, pp. 5-6.

gran medida, el inexplorado conocimiento de sus implicaciones éticas y jurídicas en el arbitraje internacional. En consecuencia, ante la imposibilidad de una definición única de la financiación por terceros, le corresponde a la comunidad jurídica internacional en lo general, y en particular a la comunidad arbitral, ir construyendo el camino que nos permita llegar a un concepto único, a partir las distintas variantes en que se puede manifestar la financiación por terceros⁴⁵⁷.

En relación con lo anterior, y como punto de partida que nos permita un mejor desarrollo y análisis de la cuestión objeto del presente epígrafe, somos del criterio de que el tercero financiador, es aquel tercero ajeno a la controversia que lleva a cabo la financiación de los costos del arbitraje de una de las partes contendientes (generalmente, financia a los demandantes⁴⁵⁸), acordándose entre ellos la remuneración que recibirá el tercero financiador por la financiación del proceso o parte de éste, predominando más en los procedimientos de arbitraje inversionista-Estado que en el arbitraje comercial internacional⁴⁵⁹. O sea, en el arbitraje internacional la financiación por terceros se establece mediante un acuerdo o contrato de financiación entre un financiador comercial -generalmente una empresa o un fondo de inversión con amplia experiencia profesional- que acepta el pago de los honorarios y los gastos legales⁴⁶⁰ para hacer frente a todo el proceso o parte de éste, a cambio de la devolución de todos los gastos incurridos por el financiador, más una parte de lo obtenido en la reclamación del caso. El tercero financiador no tiene interés en las cuestiones sustantivas del caso, su principal interés es invertir financieramente para hacer frente de los gastos del procedimiento de una de las partes⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ CREMADES, B.: "Concluding remarks" in CREMADES, B., DIMOLITSA A. (Eds.): *Dossier X: Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Publishing S.A., Paris, 2013, p. 153.

⁴⁵⁸ DERAIS Y.: "Foreword" in CREMADES B.M., DIMOLITSA A (Eds.): *Dossier X: Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Publishing S.A., Paris, 2013, p. 5.

⁴⁵⁹ La decisión de un financiador respecto a la aceptación de financiar a una de las Partes contendientes todo el proceso arbitral o parte de éste no resulta fácil, existiendo como uno de los principales problemas en el ámbito del arbitraje internacional, que la gran mayoría de la actividad financiera en la actualidad está relacionada con disputas domésticas. Véase, SEIDEL S.: "Third-party investing in international arbitration claims To invest or not to invest? A daunting question", in CREMADES B.M., DIMOLITSA A (Eds.): *Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Publishing S.A., Paris, 2013, p. 16.

⁴⁶⁰ KHOURI, S., HURFORD, K.: "Third party funding for international arbitration claims: practical tips", *Practical Law Company Arbitration*, 2014, p. 2. Disponible en: www.practicallaw.com, consultado el 18/02/2019; KHOURI, S., HURFORD, K., BOWMAN, C.: "Third party funding in international commercial and treaty arbitration - A panacea or a plague? A discussion of the risks and benefits of third party funding", *TDM*, Vol. 8, No.4, 2011, p. 3.

⁴⁶¹ VAN BOOM, W.H.: "Financing civil litigation by the European insurance industry", en: TUIL, M., VISSCHER, L. (Ed.): *New trends in financing civil litigation in Europa: a legal, empirical, and economic analysis*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2010, p. 92-108; FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: "La financiación por terceros en el arbitraje internacional", *CDT*, Vol. 8, No. 2, 2016, pp. 206-207. En la práctica existen también otros tipos de terceros financiadores -que, si bien no son objeto de estudios en el presente apartado, consideramos necesario mencionar- los cuales apoyan financieramente a una de las partes en el proceso arbitral, pero sin recibir

Ahora bien, en caso de que la Parte contendiente que ha recibido el financiamiento resulte vencedora en el proceso, no debe existir inconveniente alguno para efectuar el pago de la remuneración al financiador, ya que la suma obtenida por la parte financiada será de una cantidad considerable, teniendo en cuenta los altos costos del proceso y, además, las altas indemnizaciones a pagar en las demandas. Cuestión distinta resulta cuando la parte financiada viese desestimada sus pretensiones. En este caso, el tercero financiador asumirá el riesgo de toda la pérdida⁴⁶², incluyendo otros costos que se haya obligado a asumir generados durante el plazo de vigencia del acuerdo de financiación, sin posibilidad de exigir a la parte financiada compensación de ninguna clase.

No hay duda de que el número de arbitrajes internacionales aumenta⁴⁶³ a un ritmo directamente proporcional al crecimiento que en los últimos años ha ido experimentando la propia actividad de financiación por terceros⁴⁶⁴. Los financiadores investigan y se interesan,

nada a cambio, o sea, sin interés en recibir una compensación por el apoyo financiero aportado y que suelen ser generalmente fundaciones. Cuestión esta que algunos autores consideran como donaciones y no un acuerdo de financiación en sí, teniendo en cuenta los riesgos inherentes en éste último. DE BRABANDERE, E., LEPELTAK, J.: *Third Party Funding in International Investment Arbitration...op.cit.*, p. 6.

⁴⁶² KHOURI, S., HURFORD, K., BOWMAN, C.: *Third party funding in international commercial and treaty arbitration - A panacea or a plague? A discussion of the risks and benefits of third party funding...op.cit.*, p. 3; FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: *La financiación por terceros en el arbitraje internacional...op.cit.*, p. 207; NAVARRO, S.: "Cuestiones relativas al third party funding en arbitraje", *ARACI*, Vol.VII, No. 2, 2014, p.803. En relación, a su vez, con la conceptualización que le ha dado JACKSON, en el glosario del Informe Final sobre la revisión de los costos en la litigación civil, JACKSON, R.: *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, TSO Ireland, 2009, p. viii; DESTEFANO, M.: "Nonlawyers Influencing Lawyers: Too Many Cooks in the Kitchen or Stone Soup?", *Fordham L. Rev.*, Vol. 80, 2012, p. 2818; VELJANOVSKI, C.: "Third-Party Litigation Funding in Europe", *JLEP*, Vol. 8, No. 3, 2012, p. 3; También, la consulta del Gobierno de Hong Kong, "Third Party Funding for arbitration, the law reform commission of Hong Kong, p. 4. Disponible en: <http://www.hkreform.gov.hk>, consultado el 18/02/2019.

⁴⁶³ SANTOSUOSSO, T., SCARLETT, R.: "Third-Party Funding in Investment Arbitration: Misappropriation of Access to Justice Rhetoric by Global Speculative Finance", *Law and Justice in the Americas Working Paper Series*. 8, 2018, p. 5. Disponible en: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/ljawps/8>, consultado el 18/02/2019. DOS SANTOS, C.: "Third-party funding in international commercial arbitration: a wolf in sheep's clothing?", *ASA Bulletin*, Vol. 35, No. 4, 2017, p. 918; DE BOULLE, T.: *Third-Party funding in international commercial arbitration,op.cit.*, p. 1.

⁴⁶⁴ Son muchos los casos que demuestran el crecimiento de la participación de terceros en el arbitraje internacional, entre los cuales podemos citar: *Bernardus Henricus Funnekotter and others vs. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/05/6, 2003, resuelto en 2009. Disponible en: <https://www.italaw.com/documents/ZimbabweAward.pdf>, consultado el 18/02/2019; *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG vs. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, 2010. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0396.pdf>, consultado el 18/02/2019; *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) vs. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 34877, 2008. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/251>, consultado el 18/02/2019; *Waguieh Elie George Siag and Clorinda Vecchi vs. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, 2005. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1022>, consultado el 18/02/2019. Véase también, BURKE ROBERTSON, C.: "The Impact of Third-Party Financing on Transnational Litigation", *CWRJIL*, Vol. 44, pp.168-169; BENCH NIEUWVELD, L., SHANNON, V.: "Third-Party Funding in International Arbitration" *Kluwer Law International*, 2012, p. 3; SEIDEL, S.: "Fulbrook Primer on Third Party Dispute Finance", *FCM*, 2016, pp. 23-25; LYON, J.: *Revolution in Progress...op.cit.*, p. 571; YU, H.L "Can third party funding deliver justice in international commercial arbitration?", *IALR*, Vol. 20, No. 1, 2017, pp. 21-22. El aumento de la financiación por

cada vez más, en la búsqueda de nuevos casos con el ánimo de financiar los litigios arbitrales⁴⁶⁵. El aumento de la financiación por terceros resulta más notorio en algunas jurisdicciones como pueden ser Estados Unidos, Reino Unido y Australia⁴⁶⁶, lo que constituye un gran desafío, no solo para la Parte contendiente que necesita del apoyo financiero para poder emprender un proceso arbitral o compartir los riesgos a asumir durante el proceso, sino también para los propios financiadores, que deben estar al tanto de las principales actualizaciones en el ámbito del arbitraje internacional, analizar, conocer, las reglas que los rigen y las experiencias que puedan tener según los diferentes casos. De ahí, la importancia de realizar un pormenorizado estudio, teniendo en cuenta la complejidad de los litigios objeto de arbitrajes y la cambiante e inestable situación económica y financiera a nivel global. Sin embargo, la metodología empleada por las empresas financieras para evaluar exhaustivamente todo el proceso de financiamiento de una parte en litigio es poco conocida⁴⁶⁷.

terceros es también corroborado, en el borrador del informe ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding In International Arbitration, 2017, p.1. Disponible en: http://www.arbitration-icca.org/projects/Third_Party_Funding.html, consultado el 18/02/2019; HONLET, J.C.: Recent decisions on third-party funding in investment arbitration”, *ICSID Review*, 2015, pp. 699-712.

⁴⁶⁵ Cuestión ésta que, coincidiendo con SEIDEL, se ve alentada por varios factores como son: el aumento del comercio; mayor competencia entre los países para convertirse en sedes arbitrales y que ven la financiación por terceros como una ventaja comercial, y; mayor experiencia en el ámbito internacional del arbitraje internacional y la financiación por terceros. SEIDEL S.: Third-party investing in international arbitration claims to invest or not to invest? A daunting question...*op.cit.*..., pp. 16-17.

⁴⁶⁶ En dichas jurisdicciones, la financiación por terceros está muy presente en litigios judiciales y en ámbitos tan específicos como el Derecho de la competencia. No obstante, aunque existen pocos datos estadísticos que demuestren el aumento de la actividad de financiación por terceros en el arbitraje internacional, teniendo en cuenta el carácter confidencial del mismo, la evidencia práctica demuestra que dicha actividad va cada vez más en aumento. Véase, KHOURI, S., HURFORD, K.: Third party funding for international arbitration...*op.cit.*..., p. 3; MILES, C., ZAGATA VASANI, S.: “Case Notes on Third-Party Funding”, *GAR*, Vol. 3, No. 1, 2008, p. 35. El motor impulsor respecto a la regulación de la financiación por terceros fue el Reino Unido, a través del *Code of Conduct for Litigation Funders*, 2011. En Estados Unidos, la *American Bar Association* creó el denominado *White Paper About Alternative Litigation Financing*, en la que se establecen normas que deben cumplir los abogados estadounidenses cuando representan legalmente un caso que se encuentre financiado por un tercero, teniendo en cuenta que en la gran mayoría de los estados no está plenamente regulada la financiación por terceros. Aunque las propuestas más recientes van encaminadas, fundamentalmente, a la financiación por terceros en el ámbito de la protección al consumidor. En el caso australiano, es posible que sea la jurisdicción más favorable a nivel internacional a la financiación por terceros, contando con regulaciones y tribunales con gran experiencia al respecto. Tanto es así, que muchos consideran que el propio avance que tiene la legislación australiana respecto a la financiación de litigios por terceros, puede ser extrapolado al arbitraje. Véase, SHANNON, V.: “Recent developments in Third-Party Funding”, *JIA*, 2013, p. 444; BENCH NIEUWVELD, L., SHANNON, V.: Third-Party Funding in International Arbitration....*op.cit.*..., pp. 71-94; AA:VV.: “Case notes on third-party funding”, *GAR*, Vol. 3, No. 1, p. 35.

⁴⁶⁷ CREMADES Jr, B.M.: “Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration”, *TDM*, Vol. 8, No.1, 2011, pp. 12-15.

En el ámbito del arbitraje internacional, todo procedimiento arbitral es sumamente costoso⁴⁶⁸. Pero los arbitrajes inversionista-Estado bajo tratados de inversión, tienden a ser aún más onerosos que el arbitraje comercial internacional⁴⁶⁹. La actividad inversora de la que se ha originado el litigio objeto del procedimiento arbitral, ha propiciado en sí, una inversión sumamente beneficiosa y rentable para el tercero financiador⁴⁷⁰. El rol de un tercero financiador en el procedimiento arbitral es muy amplio, puede ir desde el simple préstamo de dinero, sin compartir los riesgos del proceso, hasta involucrarse totalmente en el proceso, como un inversionista. O sea, la decisión de un financiador a financiar un proceso arbitral puede constituir, en sí misma, una inversión, una actividad inversionista, convirtiéndose básicamente el tercero financiador en un inversor más del procedimiento arbitral⁴⁷¹.

Es por ello que, más allá de la evaluación de los riesgos financieros y la valoración o evaluación de todos los aspectos de la reclamación relacionados con dichos riesgos que se le exige asumir o compartir⁴⁷² al tercero financiador, debe tenerse en cuenta el resto de los factores comentados antes y que se encuentran muy relacionados con la propia actividad arbitral, teniendo en cuenta que el arbitraje no constituye una actividad propia del financiador, le resulta totalmente ajeno a su objeto empresarial, por lo que necesita, como requisito *sine qua non*, un minucioso análisis de las especificidades del proceso arbitral, incluyendo, entre otros el propio acuerdo arbitral entre las Partes contendientes, la posibilidad de ejecución del laudo, las posibilidades reales de obtener la compensación y el tiempo estimado para obtener una resolución del proceso. De ahí la importancia de la existencia de normas de transparencia que puedan facilitar dicho conocimiento.

⁴⁶⁸ UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, New York/Geneva, 2010, p. 17; BORN, G.B: *International commercial arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, Primera Edición, The Netherlands, 2009, p. 2488.

⁴⁶⁹ PARK, W.W., ROGERS, C.R.: “Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force”, 2014, p. 9. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2507461>, consultado el 18/02/2019.

⁴⁷⁰ DE BRABANDERE, E., LEPELTAK, J.: *Third Party Funding in International Investment Arbitration...op.cit...*, p. 9.

⁴⁷¹ En este sentido, VAN BOOM, reconoce que, en términos económicos, la participación de un tercero como inversionista del proceso arbitral “(...) podría clasificarse como un instrumento de deuda pura, un instrumento de prevención de riesgos, una inversión compartida basada en acciones o una simple venta del reclamo”. Véase, VAN BOOM W.H.: *Third-Party Financing in International Investment Arbitration...op.cit...*, p. 27; MANIRUZZAMAN, M.: “Third-party funding in international arbitration – A menace or panacea?”, *Kluwer Arbitration*, No. 29, 2012, p.1. Disponible en: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/29/third-party-funding-in-international-arbitration-a-menace-or-panacea/>, consultado el 18/02/2019.

⁴⁷² KHOURI, S., HURFORD, K.: *Third party funding for international arbitration...op cit...*, pp.7-8.

II.4.1.1 El acuerdo de financiación con terceros y su influencia en el procedimiento arbitral ¿Está sujeto el acuerdo de financiación a normas de transparencia y a obligación de divulgación?

Como decíamos la participación de terceros financiadores en el arbitraje internacional ha ido creciendo en los últimos años⁴⁷³. A pesar de dicho aumento, el conocimiento y divulgación en el procedimiento arbitral de la presencia del tercero financiador y su relación con la parte financiada, específicamente sobre el acuerdo arbitral, sigue siendo una incógnita en la mayoría de los casos⁴⁷⁴.

Sin embargo, teniendo en cuenta la trascendencia que tienen las normas de transparencia en el arbitraje internacional, en el acuerdo de financiación entre la parte financiada y el tercero financiador en el procedimiento arbitral, la revelación del acuerdo de financiación y la presencia del tercero financiador se han convertido en temas ferozmente discutidos, debido a la importancia y preeminencia que tienen en el procedimiento arbitral. Por esta razón ha de preguntarse si existe la obligación de poner en conocimiento del tribunal y de terceros el acuerdo de financiación. Dicha obligación resultaría difícil implementar, aunque no imposible, teniendo en cuenta, entre otros inconvenientes, la falta de definición del concepto de tercero financiador y lo que se establecerá en el ámbito de tal obligación. Cuestiones éstas que analizamos en lo adelante.

II.4.1.1.1 La transparencia en el arbitraje y el acuerdo de financiación con terceros: el deber de revelación del acuerdo de financiación.

En nuestra opinión, teniendo en cuenta las particularidades del acuerdo de financiación, el cual es único y específico para cada litigio en concreto, y constituye la piedra angular de la financiación, consideramos que resulta imprescindible la existencia de normas que permitan su

⁴⁷³ A pesar de la ausencia de estadísticas que evidencien el aumento en la participación de terceros en el arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta el carácter confidencial del mismo. En el arbitraje de inversiones no ha resultado igual, debido al carácter cuasipúblico de este tipo de arbitrajes, en la práctica se ha demostrado en multitud de casos la presencia de un tercero financiador. Véase, TRUSZ, J.A.: *Full Disclosure...op.cit.*, pp. 1651, 1665; HARWOOD, M.K., BATIFORT, S.N., TRAHANAS, CH.: “Third-Party Funding: security for costs and other key issues”, in LEGUM, B. (Ed.): *The Investment Treaty Arbitration Review*, Law Business Research, Second Edition, 2017, p. 104.

⁴⁷⁴ En este sentido, STEINITZ, reconoce que el tercero financista trata toda inversión como su propiedad, lo que motiva que la inversión que realizan en un procedimiento arbitral, incluyendo el propio acuerdo arbitral, resulta ser secreto. Véase, STEINITZ, M.: “The Litigation Finance Contract”, *WMMLR*, Vol. 54, 2012, pp. 455, 463.

conocimiento por todas las partes en el proceso⁴⁷⁵, incluyendo terceras personas interesadas. En concreto, las razones para ello son las siguientes: primero, se evita la existencia de posibles conflictos de intereses por los árbitros. En segundo lugar, por motivos de transparencia procesal e identificar la verdadera parte en el caso para que, de resultar posible y en caso de ser solicitado, el tribunal arbitral pueda ordenar una caución o *cautio judicatum solvi* (*security for costs*) como garantía para el Demandando, a la que nos referiremos más adelante. En este sentido, el tribunal puede tener un mayor conocimiento del acuerdo y si el mismo ha sido realizado justa y razonablemente para los fines establecidos, teniendo en cuenta los riesgos asociados al arbitraje y las circunstancias de la financiación.

Además, como se dijo, hay que tener en cuenta que la mayor presencia de terceros financiadores se encuentra en el arbitraje inversionista-Estado⁴⁷⁶. La concurrencia de un Estado soberano, responsable ante sus ciudadanos de las actuaciones que realiza, incluyendo la propia responsabilidad que asume ante el arbitraje, justifican la revelación del tercero financiador y la divulgación del acuerdo de financiación. El caso *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd Sti vs. Turkmenistan*⁴⁷⁷ es el reflejo claro de la obligación de divulgación del acuerdo de financiación en el arbitraje de inversiones. Los hechos del presente caso se

⁴⁷⁵ La divulgación del acuerdo de financiación ha sido muy controvertida a nivel académico y en la práctica. Ante quienes defendemos la divulgación del acuerdo de financiación en su totalidad, existen otros que prefieren divulgar solo una parte, alegando que la divulgación total del acuerdo puede ser tenido en cuenta por el tribunal arbitral en sus decisiones. Véase, APPELBAUM, B.: “Lawsuit Loans Add New Risk for the Injured”, *The New York Times*, 2011. Disponible en: www.nytimes.com/2011/01/17/business/17lawsuit.html?pagewanted=all&_r=0, consultado el 18/02/2019; MARTIN, S.: “The Litigation Financing Industry: The Wild West of Finance Should Be Tamed Not Outlawed”, *FJCFLL*, Vol. 10, 2004, p. 55. El fundamento de esta divulgación se explica por las numerosas y diversas cuestiones legales que están relacionadas y afectan directa e igualmente la cuestión de la independencia del árbitro, así como la incidencia en los costos. Véase, NASR, I.: *Third-Party funding in international arbitration*, University of Carthage, 2015, p. 64; aunque otros autores defienden que debe existir causas o condiciones inusuales durante el proceso para poder exigir tal obligación. LEVY, L., BONNAN R.: “Third-party funding: Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings”, en CREMADES B.M., DIMOLITSA A. (eds.): *Dossier X: Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Publishing S.A., Paris, 2013, p. 78.

⁴⁷⁶ El arbitraje de inversiones se ha convertido en el epicentro de la financiación por terceros, muchos casos así lo reafirman, encontrándose entre otros: *Ron Fuchs vs. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/07/15, 2007, financiado por Allianz Litigation Funding. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/268> y <https://www.italaw.com/cases/464>; *Rusoro Mining Ltd. vs. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, 2012, financiado por Calunius Capital. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/2048>; *S & T Oil Equipment and Machinery Ltd. vs. Romania*, ICSID Case No. ARB/07/13, 2007, financiado por Jurídica. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/277>; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. vs. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, 2012, financiado por Burford. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1648>; PARK, W.W., ROGERS, C.R.: “Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force...*op.cit.*...”, p. 3. Todos los sitios web fueron consultados 18/02/2019.

⁴⁷⁷ *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd Sti vs. Turkmenistan*, ICSID Case No ARB/12/6, 2015, Procedural Order No 3.

relacionan con el incumplimiento de pago de la Demandada (Turkmenistan) de varios proyectos de construcción realizados por los Demandantes (Insaat Endustri ve Ticaret Ltd Sti), así como la expropiación de la inversión sin compensación alguna. Durante el desarrollo del procedimiento arbitral, en el año 2014, la Demandada solicitó al tribunal que ordenara a los Demandantes (Insaat Endustri ve Ticaret Ltd Sti) divulgar, entre otras cuestiones, si habían firmado un acuerdo de financiación con terceros para financiar sus reclamaciones y, de resultar positivo, que revelaran los términos de dicho acuerdo⁴⁷⁸. Solicitud ésta que, inicialmente, fue rechazada por el Tribunal al entender que no existían motivos para la emisión de tal orden.

Sin embargo, en el 2015 la Demandada solicitó nuevamente al Tribunal que emitiera una orden que revelara la identidad y naturaleza de la participación de un tercero financiador en el procedimiento, teniendo en cuenta que, en la anterior solicitud, si bien los Demandantes se opusieron a la misma, no negaron la posible existencia de un tercero financiador. Además, la solicitud tuvo como motivo principal que los Demandantes cambiaron de asesores legales, pasando a ser representados por los mismos que representaban, en otro caso distinto contra la propia Demandada, un procedimiento de anulación. También alegó que era necesaria la revelación del tercero con el objetivo de prevenir la existencia de conflictos de intereses con las partes involucradas en el procedimiento, particularmente con los árbitros, y que valoraba, además, solicitar al tribunal que emitiera una orden de caución de las costas adversas, teniendo en cuenta que el tercero financiador podía retirarse del procedimiento en cualquier momento, evadiendo así cualquier posibilidad de asumir los costes adversos generados en el procedimiento⁴⁷⁹. Como era de esperar, los Demandantes manifestaron su desacuerdo al respecto.

El Tribunal, considerando la importancia que tiene la transparencia en casos como éste para garantizar la integridad del procedimiento y la posible afectación (conflicto de interés) de alguno de los árbitros por la presencia del tercero financiador (énfasis propio)⁴⁸⁰ y, teniendo en cuenta la preocupación de la Demandada que, de no ordenarse por el Tribunal la constitución de una caución, en caso de obtener éxitos en el procedimiento, se vería imposibilitada de sufragar los

⁴⁷⁸ Ibidem, Procedural Order No. 3, paragraph. 1.

⁴⁷⁹ Ibidem, paragraph. 2. “(...) that a third-party funder may elect to withdraw at any time and [...] may be able to evade a costs award in the event of an adverse decision”.

⁴⁸⁰ Ibidem, paragraph 9. “First, the importance of ensuring the integrity of the proceedings and to determine whether any of the arbitrators are affected by the existence of a third-party funder. In this respect the Tribunal considers that transparency as to the existence of a third-party funder is important in cases like this”.

gastos en los que ha incurrido durante el proceso, debido a que los Demandantes no cuentan con la capacidad económica necesaria para sufragarlos y el tercero financiador habrá desaparecido teniendo en cuenta que no es parte del procedimiento⁴⁸¹, concluyó ordenándole al Demandante que revelara el nombre y los detalles del acuerdo con el tercero financiador, la naturaleza del acuerdo de financiación, e incluso, hasta la posibilidad de éxitos que pudiese tener el tercero financiador en caso de que el Demandante obtuviese una resolución favorable⁴⁸².

El ahora referido caso también fue citado por el Tribunal en los casos *South American Silver Limited vs. Bolivia*⁴⁸³, en el que el tribunal consideró necesario la revelación del nombre del tercero financiador a efectos de la transparencia en el procedimiento, y en *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC vs. The Plurinational State of Bolivia*⁴⁸⁴, favoreciendo con la divulgación del tercero financiador que los árbitros se pronunciaran reconociendo la no existencia de conflictos de intereses y que, teniendo en cuenta el conocimiento previo de la presencia del tercero financiador, no había motivos que perjudicaran la imparcialidad e independencia de los mismos.

La divulgación del tercero financiador puede facilitar el conocimiento respecto a la existencia de posible conflicto de interés⁴⁸⁵, con especial atención entre la representación legal -abogado- de la Parte financiada y el tercero financiador y entre el tercero financiador con

⁴⁸¹ *Ibidem*, paragraph 12. “*In the circumstances, the Tribunal is sympathetic to Respondent’s concern that if it is successful in this arbitration and a costs order is made in its favour, Claimants will be unable to meet these costs and the third-party funder will have disappeared as it is not a party to this arbitration*”.

⁴⁸² *Ibidem*, paragraph 13. “*Accordingly, the Tribunal has decided and hereby orders that within 15 days of the date of this Procedural Order, Claimants shall confirm to Respondent whether its claims in this arbitration are being funded by a third-party funder, and, if so, shall advise Respondent and the Tribunal of the name or names and details of the third-party funder(s), and the nature of the arrangements concluded with the third-party funder(s), including whether and to what extent it/they will share in any successes that Claimants may achieve in this arbitration*”.

⁴⁸³ *South American Silver Limited vs. Bolivia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2013-15, Procedural Order No. 10, 2016, Paragraph 79. “*Concerning the second point, the disclosure of the name of the funder, the Tribunal considers that, for purposes of transparency, and given the position of the Parties, it must accept Bolivia’s request of disclosure of the name of SAS’ funder*”.

⁴⁸⁴ *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC vs. The Plurinational State of Bolivia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17, Procedural Order No. 13, 2013, Paragraph 9. “*Por lo tanto, para evitar cualquier duda, los miembros del Tribunal manifiestan por la presente no tener ningún vínculo con Salvia Investment Limited, ni conocer de ninguna circunstancia que pudiera dar lugar a dudas justificadas acerca de su independencia o imparcialidad que pueda surgir de la financiación de los reclamos de las Demandantes por Salvia Investment Limited*”.

⁴⁸⁵ ROGERS, C.A.: *Ethics in International Arbitration*, Oxford University Press, 2014, p. 201; SMITH M.: “*Mechanics of Third-Party Funding Agreements: A Funder’s Perspective*”, in AA.VV.: *Third Party Funding in International Arbitration*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2012, p. 26.

alguno de los árbitros, cuya existencia puede afectar el procedimiento arbitral en su totalidad⁴⁸⁶. Al respecto, se hace imprescindible la divulgación y el conocimiento del acuerdo de financiación, fruto de las negociaciones llevadas a cabo entre el financiador y la parte financiada. En este sentido, el abogado representante debe jugar un rol activo para que su cliente pueda tomar la más correcta decisión respecto a la financiación y tener pleno conocimiento de los riesgos que pueda asumir, cuestión que resulta muy difícil cuando el abogado ha sido propuesto o designado por el propio financiador.

Un tema de máxima preocupación es el de la posible influencia que pueda recibir el abogado de la Parte financiada por el tercero financiador, pudiendo existir cierto favoritismo de los intereses de este último sobre los intereses de la Parte financiada⁴⁸⁷, lo que puede motivar la existencia de un conflicto de interés para el abogado, teniendo en cuenta el deber de lealtad de éste para con su cliente⁴⁸⁸. Motivos que también justifican el conocimiento del acuerdo de financiación por terceras partes, siempre que dichos terceros tengan alguna vinculación con el caso, lo que amerita, sin lugar a dudas, la existencia de reglas de transparencia que no solo puedan evitar la existencia de posibles conflictos de intereses, sino también, una mayor fiabilidad y claridad del acuerdo de financiación y de la participación del tercero financiador en el procedimiento arbitral en general.

Es por ello que teniendo en cuenta que la financiación de terceros tiene mayor incidencia en el arbitraje inversionista-Estado, resultando incuestionable el interés público presente en este tipo de arbitrajes⁴⁸⁹, resulta de gran utilidad que todas las partes involucradas en el caso,

⁴⁸⁶ SCHERER M., GOLDSMITH A.: Third Party Funding in International Arbitration....*op.cit.*, p. 210-219.

⁴⁸⁷ La posible relación o influencia que pueda recibir el abogado de la parte financiada es un tema muy delicado y de mucha preocupación en la práctica. Preocupación que ha sido expresada por académicos y estudiosos del tema, como lo demuestra RICHMOND, cuando expresa, “*A primary concern with litigation funding is the potential for litigation funding companies to direct or regulate the professional judgment of the attorney with whom they deal, in order to protect the companies' investments. In so doing, the companies may impair the attorney's representation of his client. Courts commonly worry 'that an attorney's primary loyalty will, as a practical matter, rest with the person or entity who pays him.'* Scholars share this concern”; RICHMOND, D.R., “Other People's Money: The Ethics of Litigation Funding,” *Mercer Law Review*, Vol. 56, No. 2, 2005, pp. 649–682.

⁴⁸⁸ MCLAUGHLIN, J.H.: “Litigation Funding: Charting a Legal and Ethical Course”, *VLR*, Vol. 31, 2007, p. 650.

⁴⁸⁹ La transparencia en el arbitraje de inversiones ha ido penetrando poco a poco en las profundidades del procedimiento arbitral, distanciándose en este aspecto del arbitraje comercial internacional. La presencia del Estado y la revisión de sus actos en el más pleno ejercicio soberano de sus funciones, amerita, sin lugar a dudas, la existencia de mayor transparencia procesal en el arbitraje inversionista-Estado. SCHILL, S.W.: “Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator”, *LJIL*, Vol. 23, No. 2, pp. 411- 415; DE BRABANDERE, E.: “NGOs and the ‘Public Interest’: The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment

incluyendo, los *amicus curiae*, conozcan las particularidades del acuerdo de financiación, teniendo en cuenta su especificidad y complejidad y debido a la relación directa que pueden tener los *amicus* con el litigio. Éstos, en muchos casos, pueden resultar directamente afectados por el litigio, o sufrir las consecuencias del mismo, teniendo en cuenta el alto costo de las indemnizaciones resultantes del laudo, cuyo pago debe hacerse a cargo de los fondos públicos de los Estados, es decir, de los impuestos recaudados por la propia sociedad, la cual, en un significativo número de casos se encuentra representada, o forman parte, los propios *amicus curiae*.

En contraposición, existen algunos críticos que consideran necesario y suficiente revelar el acuerdo de financiación solo al tribunal arbitral⁴⁹⁰ y que dicha revelación no sea total, sino solamente una parte del acuerdo de financiación⁴⁹¹, aduciendo que es el tribunal arbitral el máximo responsable de considerar las razones por las cuales divulgar el acuerdo de financiación. Creemos que este modo de proceder podría resultar razonable, si nos encontrásemos ante un arbitraje comercial internacional, exclusivamente entre partes privadas y sin presencia estatal, en el cual, el propio acuerdo arbitral permite a las Partes contendientes ejercer mayor control del proceso. Pero no en el caso de un arbitraje de inversiones, en el que debe existir obligatoriamente un elevado grado de transparencia procesal, siendo en éste régimen arbitral mucho más apremiante la divulgación del acuerdo de financiación por la fuerte presencia del interés público. No obstante, en ambos regímenes arbitrales, está obligado el tribunal arbitral a desempeñar sus funciones en correspondencia con la correcta administración de la justicia procesal en el arbitraje, asegurando así, la integridad del proceso⁴⁹².

Sin adentrarnos en el análisis de a qué parte le corresponde la carga de la obligación de revelación del acuerdo, debido a que no está en consonancia con el objeto de estudio⁴⁹³. Creemos que el requisito de obligación debe aplicarse a todas las partes involucradas en el caso, asegurando siempre que dicha divulgación no perturbe el procedimiento arbitral. De ésta

Disputes”, *CHJIL*, Vol. 12, 2011, pp. 85-113; VAN HARTEN, G.: *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 48-49.

⁴⁹⁰ DE BOULLE, T.: Third-Party funding in international commercial arbitration...*op.cit.*..., p. 83.

⁴⁹¹ MANIRUZZAMAN, M.: Third-party funding in international arbitration...*op.cit.*..., pp. 2-3.

⁴⁹² YU, H.L.: Can third party funding...*op.cit.*..., p 29.

⁴⁹³ Para interesados en conocer a quién le debe corresponder la carga de la obligación de revelación del acuerdo arbitral en el procedimiento, el autor recomienda verse a, TRUSZ, J.A.: Full Disclosure....*op.cit.*..., pp.1673-1674; SCHERER, M., GOLDSMITH, A., FLÉCHET, C.: “Le financement par les tiers des procédures d’arbitrage international – une vue d’Europe Seconde partie: le debat juridique / Third Party Funding of International Arbitration Proceedings – A view from Europe Part II: The Legal Debate”, *RDAI/IBLJ*, 2012, p. 653.

forma, el arbitraje internacional será mucho más transparente, logrando una interacción entre todas las partes vinculadas al procedimiento, incluyendo el propio tribunal⁴⁹⁴.

No obstante, consideramos que puede existir parte de la información aportada en la consecución del acuerdo de financiación entre la parte financiada y el tercero financiador que no deba divulgarse o conocerse por terceras partes, como puede ser la información confidencial del financiador que no tenga directamente relación con el litigio y que, según la ley aplicable al caso, o la ley nacional del financiador, así lo establezca. En caso de omisión por éstas, somos del criterio que debe ser una facultad exclusiva del tribunal decidir qué parte de la información puede o no ser confidencial, y no dejarla a la voluntad de las propias partes.

II.4.1.1.2 El deber de divulgación del acuerdo de financiación en las reglas arbitrales y tratados internacionales. Consideraciones desde el ámbito comparado.

En el ámbito de la financiación por terceros en el arbitraje internacional, independientemente de las particularidades del acuerdo de financiación entre las partes y la protección de la información confidencial que no tenga relación con el caso, lo más preocupante, y que a la vez, tiene una relación directa con la existencia de una mayor transparencia en este tipo de participación de terceros en el procedimiento arbitral, es que ninguna de las reglas institucionales -el CIADI⁴⁹⁵, la CCI, así como las Reglas de Arbitrajes de la CNUDMI y el propio Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI, como instituciones objeto de estudio en la presente investigación, contienen reglas específicas que regulen la financiación por terceros en el arbitraje internacional⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ CREMADES, B.: Concluding remarks...*op.cit.*..., p. 156.

⁴⁹⁵ Algunos autores, ante el vacío existente en las reglas institucionales respecto a la regulación de la financiación por terceros en el arbitraje internacional, reconocen que algunas instituciones ya están tomando partido en el asunto, por ejemplo: el CIADI. ANDRÉS ROS, O., SEVILA, E.: “La financiación por terceros en el arbitraje internacional: regulación, ventajas e inconvenientes”, *Andersen Tax & Legal*, 2018, p. 2.

⁴⁹⁶ TRUSZ, J.A.: Full Disclosure...*op.cit.*..., p. 1665; HARWOOD, M.K., BATIFORT, S.N., TRAHANAS, CH.: “Third-Party Funding: security for costs and other key issues”, in LEGUM, B. (Ed.): *The Investment Treaty Arbitration Review*, Law Business Research, 1st edition, 2016, p. 97. Debemos resaltar, que las revisiones del 2014, de las reglas IBA a sus “Directrices sobre Conflictos de intereses en el arbitraje internacional”, han intentado resolver en parte la situación, estableciendo en la norma general 6b, lo siguiente: “[i]f one of the parties is a legal entity, any legal or physical person having a controlling influence on the legal entity, or a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration, may be considered to bear the identity of such party”. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. International Bar Association, 2014. Disponible en: <http://www.ibanet.org>, consultado el 18/02/2019.

Al no existir reglas institucionales que regulen dicha actividad, las propias instituciones arbitrales tienen como impedimento el poder tener un control directo, automático, respecto al conflicto de interés⁴⁹⁷, quedando la financiación por terceros en el procedimiento arbitral a la libre disposición de las partes, bajo regulación de sus leyes nacionales, la ley del lugar de la sede arbitral u otras leyes aplicables, situación ésta que ha favorecido una mayor presencia de terceros financiadores en el arbitraje a nivel internacional y, con ello, un aumento en el número de casos de arbitraje de inversiones⁴⁹⁸. La práctica arbitral reafirma que la financiación por terceros ha tenido una trascendencia e implicación tan fuerte en el arbitraje de inversiones, que podemos considerar que en el futuro constituirá parte inseparable de la realidad moderna del arbitraje internacional⁴⁹⁹.

Ante el vacío existente en las reglas institucionales comentadas con anterioridad y, establecida la necesidad de regular dicha actividad⁵⁰⁰, resulta de gran interés comentar los avances recientes que han tenido algunas legislaciones al respecto. En este sentido, las Reglas de Arbitraje de Inversión de la Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China de 2017⁵⁰¹, establecen como obligatorio que la parte que recibe el financiamiento debe notificar al resto de las partes del litigio, al tribunal y a la propia institución arbitral, la naturaleza del acuerdo de financiación, así como la identidad y dirección del tercero, resultando

⁴⁹⁷ El conflicto de interés ha sido muy reconocido por muchos estudiosos del tema, los cuales han considerado que la financiación por terceros en el arbitraje internacional, plantea “preocupaciones reales e importantes sobre conflictos potenciales”; HARWOOD, M.K., BATIFORT, S.N., TRAHANAS, CH.: *Third-Party Funding...op.cit...*, p 98.

⁴⁹⁸ Tal y como lo afirma CATHERINE al expresar, que la reciente y extensa expansión de la financiación de terceros es “parte integrante de una desregulación más global y sistemática de la profesión legal”; ROGERS, C.A.: “Gamblers, Loan Sharks & Third-Party Funders”, *Penn State Law Research Paper*, No. 51, 2013, p. 3-7. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2345962>, consultado el 18/02/2019; Véase también, CHAN, E.: “Funding International Arbitration”, *NZLJ*, 2014, p. 45.

⁴⁹⁹ KALICKI, J.E.: “Third-Party Funding in Arbitration: Innovations and Limits in Self-Regulation”, *Kluwer Arb*, 2012, Part 2 of 2. Disponible en: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/03/14/thirdparty-funding-in-arbitration-innovations-and-limits-in-self-regulation-part-2-of-2>, consultado el 18/02/2019. En el caso *Giovanni Alemanni and others vs. Argentine Republic*, Case ICSID No. ARB/07/8, 2015, en el cual, el tribunal arbitral expresó: “the practice is by now so well established both within many national jurisdictions and within international investment arbitration that it offers no grounds in itself for objection”. Véase también, BOGART, C.P.: “Third Party Funding in Action: Alemanni v Argentina”, 2015. Disponible en: <http://www.burfordcapital.com>, consultado el 18/02/2019; BOOLIERIS, E.: *Third-Party Funding: the effect of the growing third-party funding industry in international arbitration on New Zealand*, Victoria University of Wellington, 2015, p. 25; SEVILA, E., ANDRÉS O.: La financiación por terceros en el arbitraje internacional...*op.cit...*, p. 11; ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding In International Arbitration...*op.cit...*, p. 5.

⁵⁰⁰ HODGES, CH., PEYSNER, J., NURSE A.: “Litigation Funding: Status and Issues”, *Oxford Legal Studies Research Paper*, No. 55, 2012, p. 151; EBERHARDT, P., OLIVET, C.: “Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom” *Corporate Europe Observatory*, 2012, p.58, STEINITZ, M.: Whose claim is it anyway? Third-party Litigation Funding, *TDM*, Vol. 8, No. 4, 2011, p. 1278.

⁵⁰¹ Conocida por sus siglas en inglés como CIETAC - China International Economic and Trade Arbitration Commission.

lo más relevante en estas reglas la facultad que se le otorga al propio tribunal arbitral para poderle exigir a la parte financiada información relevante de dicho acuerdo arbitral⁵⁰². En este mismo sentido, el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Vietnam de 2018⁵⁰³, también establece un deber amplio de revelación del tercero financiador, incluyendo el acuerdo de financiación.

Cabe destacar el papel que ha tenido el Parlamento de Singapur⁵⁰⁴ con la aprobación de la *Civil Law (Amendment) Bill – Third Party Funding for Arbitration and Related Proceedings*. También, el CETA⁵⁰⁵ y el TTIP, establecen la obligatoriedad de revelación del tercero financiador, pero un deber limitado de revelación, refiriéndose únicamente al nombre y dirección del financiador. En este mismo sentido, el Consejo de la *International Bar Association* introduce ciertas modificaciones en sus directrices sobre el conflicto de interés en el arbitraje internacional, con el objetivo de actualizarlas y adecuarlas a la actividad propia de la financiación por terceros. En efecto, la Directriz 6.b dispone que “*si una de las partes fuere una persona jurídica, cualquier persona jurídica o física que tenga una relación de control sobre dicha persona jurídica, o que tenga un interés económico directo en, o deba indemnizar a una parte por, el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje, podrá considerarse que ostenta la identidad de dicha parte*”. En este sentido, las Directrices de la IBA intentan equiparar al tercero financiador con la parte financiada, obligando a esta última a revelar cualquier relación existente, teniendo en cuenta la propia nota explicativa a esta disposición cuando refiere que “*los terceros financiadores y las aseguradoras en relación a la disputa pueden tener un interés económico directo en el laudo, y por tanto pueden considerarse como equivalentes a la parte*”.

⁵⁰² Art. 27, de las Reglas de Arbitraje de CIETAC, 2017.

⁵⁰³ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: La financiación por terceros en el arbitraje internacional...*op.cit.*, p. 216.

⁵⁰⁴ En enero de 2017, el Parlamento de Singapur, aprueba la *Civil Law (Amendment) Bill – Third Party Funding for Arbitration and Related Proceedings*. Con anterioridad a dicha ley, era prohibida la financiación por terceros, lo que demuestra, según reconoce ANDRÉS ROS y SEVILA, “el posicionamiento de Singapur en la solución de controversias internacionales”. ANDRÉS ROS, O., SEVILA, E.: La financiación por terceros en el arbitraje internacional...*op.cit.*, p. 2; SEVILA, E., ANDRÉS O.: La financiación por terceros en el arbitraje internacional...*op.cit.*, p. 11. En consonancia también, con lo establecido en el Proyecto de Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Singapur, Art. 23.1, las cuales establecen el deber de revelación amplio del TPF. Disponible en: <http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA%20Rules%20%28rev%2020160115%29.pdf>, consultado el 18/02/2019.

⁵⁰⁵ Véase, CETA, Capítulo 8, Sección A, Art. 8.26. Financiación de una tercera parte, el cual establece: 1. Cuando exista financiación de una tercera parte, la parte en la diferencia que se beneficie de ella deberá comunicar a la otra parte en la diferencia y al tribunal el nombre y la dirección del financiador de la tercera parte. 2. La comunicación se efectuará en el momento de la presentación de la demanda, o, en caso de que el acuerdo de financiación haya concluido o de que la donación o la subvención se hayan realizado tras la presentación de una demanda, sin dilación alguna en cuanto concluya el acuerdo o se realice la donación o la subvención. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2017/011/L00001-01079.pdf>, consultado 18/02/2019.

*A estos efectos, los términos ‘tercero financiador’ y ‘aseguradora’ se refieren a cualquier persona o entidad que contribuya con fondos, u otro tipo de apoyo material, al desarrollo del proceso en interés de la demanda o defensa del caso y que tenga un interés económico directo en, o un deber de indemnizar a una parte por, el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje”*⁵⁰⁶.

En relación con lo anterior, la Directriz 7 a) establecen que; “*Cada parte deberá informar al árbitro, al Tribunal Arbitral, a las demás partes y a la institución arbitral o a cualquier otra institución nominadora (si la hubiere) sobre cualquier relación directa o indirecta que hubiere entre el árbitro y la parte (o cualquier otra sociedad del mismo grupo de sociedades o un individuo con una relación de control sobre la parte en el arbitraje), o entre el árbitro y cualquier persona o entidad con un interés económico directo en, o un deber de indemnizar a una parte por, el laudo que se emita en el arbitraje. Cada parte informará a iniciativa propia lo antes posible*”⁵⁰⁷. La obligación de revelación ahora presente en las Directrices, a diferencia de la versión anterior, tienen un alcance mayor. La presente norma abarca también a aquellos terceros (personas o entidades) con un interés económico en el laudo a dictarse en el arbitraje, incluyendo el tercero financiador. Creemos que el objetivo final de la presente norma no es otro que preservar la integridad del procedimiento arbitral.

Sin embargo, con excepción de las Reglas del CIETAC y el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Vietnam, el resto de las normas comentadas con anterioridad son muy escuetas al respecto y únicamente establecen la obligatoriedad de notificación, por la Parte financiada, de la información referente al nombre y domicilio del tercero financiador, información ésta que consideramos no resulta del todo significativa o relevante, y que constituye una obligación de publicación parcial de la información del tercero financiador, lo que impide lograr una mayor transparencia en la actividad de financiación por terceros en el arbitraje internacional.

Algunos estudiosos del tema⁵⁰⁸ consideran que el acuerdo de financiación es una cuestión privada entre la Parte financiada y el tercero financiador, un asunto entre ellos, que no debe ser

⁵⁰⁶ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: La financiación por terceros en el arbitraje internacional...*op.cit.*, p. 210.

⁵⁰⁷ Véase, las Directrices IBA. 7a).

⁵⁰⁸ Gran parte de los estudiosos en el tema argumentan que, si el tribunal arbitral, no tiene conocimiento de la presencia de un tercero en el procedimiento, la presencia del tercero financiador no tendrá ninguna relevancia o efecto en la decisión final. Otros alegan que la no revelación del tercero financiador en el procedimiento, evitaría la existencia de posibles litigios auxiliares que pueda provocar la otra parte, con el objetivo de distraer la atención

revelado, salvo voluntad de las propias partes del acuerdo⁵⁰⁹, ni extender sus efectos a terceros, lo que justificaría que los árbitros, en principio, no fuesen competentes para adentrarse en cuestiones de fondo del acuerdo de financiación, ya que solo se deberían a la disputa entre las partes para la cual fueron nombrados, siendo el acuerdo de financiación independiente al procedimiento arbitral⁵¹⁰.

Sin embargo, creemos que dichos motivos no deben ser un impedimento para que las partes involucradas en el litigio puedan conocer el acuerdo de financiación. El acuerdo de financiación tiene una influencia directa en la eficacia del procedimiento arbitral. De manera que cualquier problema que surja entre la parte financiada y el tercero financiador repercutirá directamente en el propio proceso arbitral⁵¹¹. Es lo que ocurrió en el caso *S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. vs. Rumania*⁵¹², en relación con el caso *S&T Oil Equipment & Machinery vs. Juridica Investment Limited*⁵¹³. La disputa se resume en las reclamaciones derivadas de desacuerdos contractuales entre las partes y la rescisión por parte del Gobierno rumano (Demandado) de ciertos acuerdos de privatización celebrados con el inversionista, S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. (Demandante), seguidas de la cancelación de las acciones de la empresa, de sus activos rumanos y la re-privatización de los activos. Cabe señalar que, en el presente caso, el deterioro de la relación entre el Demandante -Parte financiada- y el tercero financiador generó incumplimientos de pago, lo que produjo grandes tensiones entre las partes

de los árbitros respecto de la disputa principal. Véase, BENCH NIEUWVELD, L., SHANNON, V.: *Third-Party Funding in International Arbitration...op.cit.*, p. 26.

⁵⁰⁹ Tal y como sucedió en el caso *Oxus Gold plc vs. Republic of Uzbekistan, the State Committee of Uzbekistan for Geology & Mineral Resources, and Navoi Mining & Metallurgical Kombinat*, UNCITRAL, 2012, en el cual, la parte Demandante (Oxus) celebra un acuerdo de financiación con Calunius Capital LLP, para cubrir los gastos de la disputa. Y, por voluntad de la propia parte financiada, se revela en el proceso arbitral la presencia del tercero financiador.

⁵¹⁰ DE BRABANDERE, E., LEPELTAK, J.: *Third Party Funding in International Investment Arbitration...op.cit.*, p. 4. En este sentido, existen pronunciamientos de quienes, reconociendo que los árbitros en una cuestión inicial no tienen jurisdicción sobre terceros financiadores, defienden la existencia de cuestiones tales como: las relacionadas con el conflicto de intereses; seguridad y adjudicación de costos y; la divulgación de la presencia del tercero financiador, como elementos que pueden contribuir a la existencia de un proceso arbitral más justo. ROGERS, C.A.: *Gamblers, Loan Sharks & Third-Party Funders...op.cit.*, p. 45.

⁵¹¹ DE MORPURGO, M.: "A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding", *CJICL*, Vol. 19, 2011, p. 352.

⁵¹² *S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. vs. Romania*, ICSID Case No. ARB/07/13, 2007. Order of Discontinuance of the Proceeding, 2010. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0743.pdf>, consultado el 18/02/2019. Para mayor conocimiento al respecto, véase, CREMADES Jr, B.M.: *Third Party Litigation Funding...op.cit.*, pp. 25-32.

⁵¹³ Véase, U.S. District Court, S.D. Texas, Houston Division, *S&T Oil Equipment & Machinery vs. Juridica Investment Limited*, Civil Action No. H-11-0542, Memorandum and Order, 2011. Cuyo Memorandum se encuentra disponible en: <https://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/texas/txsdcce/4:2011cv00542/865197/29>, consultado el 18/02/2019.

que no llegaron a buen término, y que trajo como consecuencia la interrupción directa del procedimiento arbitral ante el CIADI.

Las instituciones arbitrales deben modificar sus reglas. Establecer en ellas, no solo la obligación de divulgación del nombre y domicilio del tercero financiador y la simple existencia del acuerdo o contrato de financiación, información que consideramos muy concisa, sino también deben exigir, ante un arbitraje inversionista-Estado, la obligación de divulgación de las condiciones del acuerdo de financiación, las cuales pueden resultar útiles, tanto para el tribunal como para el resto de las partes en litigio⁵¹⁴ -cuestión ésta que no deja de ser controvertida en el arbitraje internacional-, en busca de una mayor transparencia en la resolución del caso. Consideramos que el solo conocimiento de la existencia de un acuerdo de financiación, o algunas de sus condiciones, como hemos comentado antes, no resultan suficiente para un análisis detallado y general del mismo. Creemos que el análisis de un contrato, como resulta ser el acuerdo de financiación por terceros, no puede darse aisladamente, analizando algunas condiciones del mismo, sino que debe hacerse en su totalidad, el contrato en general, lo que permitirá una mejor interpretación de éste y un mejor conocimiento de la posible influencia que puede tener en el procedimiento arbitral.

Existen condiciones del acuerdo de financiación cuya revelación o conocimiento, por el tribunal y las partes, pueden resultar muy significativas para el procedimiento arbitral, como pueden ser las obligaciones y derechos de las partes, la obligación de verificaciones de conflictos de intereses en relación con todas las partes del proceso arbitral antes de acordar el financiamiento, las fuentes de financiación o posición financiera⁵¹⁵, teniendo en cuenta la

⁵¹⁴ Ante la ausencia de consenso a nivel internacional respecto a la publicación o no, de todo el acuerdo de financiación o parte de éste. Somos partícipe de la importancia que tiene el conocimiento, al menos, de aquellos aspectos del acuerdo de financiación que tenga relevancia para el procedimiento arbitral. En este sentido, la comunidad arbitral internacional puede tener como referencias, la experiencia a nivel nacional de algunos países, como pueden ser Australia y Nueva Zelanda. Véase, al respecto, BOOLIERIS, E.: *Third-Party Funding: the effect of the growing third-party funding industry in international arbitration on New Zealand*...op.cit..., pp. 37-38.

⁵¹⁵ Existen algunas empresas que actúan como terceros financiadores en un proceso arbitral que, por su condición de empresas públicas con capital social negociado, deben divulgar públicamente su posición financiera, por ejemplo: IMF Australia Ltd; Burford Capital Limited y, Juridica Investments Limited. Sin embargo, existen otras que no están obligadas a hacerlo por la condición de empresa privada o fondos privados de inversión, como son: Woodsford Litigation Funding Limited; Harbour Litigation Funding Limited; Calunius Capital LLP y, Vannin Capital. Para cualquier tercero financiador, sin tener en cuenta su tipicidad, lo más importante es que ven el riesgo que son capaces de asumir como un atractivo porque el mismo no está correlacionado con el mercado, en este sentido, MOLOT, ha expresado, "*Hedge funds, and some traders at investment banks, have long viewed litigation risk as attractive because it is uncorrelated with markets—the outcome of a lawsuit will not depend upon fluctuations in the stock or bond markets. For this reason, hedge funds seeking a diverse portfolio of investments have tried to earn returns by betting on litigation*", MOLOT, J.T.: "Litigation Finance: A Market Solution to a Procedural Problem", *GLJ*, Vol. 99, 2010, p. 65-115. Puede verse también, una lista más exhaustiva

influencia que tiene el tercero financiador en el procedimiento arbitral y si se ha pactado la responsabilidad del financiador ante los costes adversos generados durante el procedimiento, de ser así, hasta qué punto o en qué medida resulta posible. Por ejemplo, en caso de que la Parte financiada -el Demandante-, no resulte vencedora en el procedimiento y la Parte Demandada le exija pagar los costes en los que ha incurrido, lógicamente, el Demandante no tendrá cómo hacer frente a dichos costes, teniendo en cuenta que el mismo ha tenido que acudir a un tercero financiador para poder emprender el procedimiento arbitral, lo que genera, no sólo la imposibilidad del tribunal arbitral de poder adjudicarle los costes al tercero financiador⁵¹⁶, sino también el riesgo de que el Demandado no pueda recuperar los gastos en los que ha incurrido ante un Demandante insolvente.

El reconocimiento en las reglas arbitrales de la obligatoriedad de revelación del tercero financiador y las particularidades del acuerdo arbitral a todas las partes involucradas en el caso⁵¹⁷, allanaría el camino de evitar posibles contradicciones con el requisito de confidencialidad existente en varias jurisdicciones respecto a la relación de confidencialidad abogado-cliente⁵¹⁸, en relación con la información de la Parte contendiente que le es exigida por el tercero financiador, bien al abogado, representante legal de la Parte a financiar, o directamente a la propia parte que recibe el financiamiento, para ser estudiada y analizada por el financiador antes de tomar la decisión de financiar el caso; así como, con el acuerdo de

sobre terceros financiadores en: GARBER, S.: “Alternative Litigation Financing in the United States”, *Occasional Paper*, 2010, pp. 11,14-15. Disponible en: https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/occasional_papers/2010/RAND_OP306.pdf, así como, en la siguiente lista de financiadores y corredores. Disponible en: <http://www.international-arbitration-attorney.com/third-party-funders>, ambos sitios web fueron consultados el 18/02/2019.

⁵¹⁶ RUBINS, N.: “In God We Trust, All Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration”, *ARIA*, Vol. 11, 2000, p 361.

⁵¹⁷ En este sentido, se pronuncia también TRUSZ, alegando que las instituciones arbitrales deben de enmendar sus reglas para imponer una obligación de divulgación del tercero financiador, pero teniendo en cuenta dos condiciones fundamentales: primero, que “el requisito de divulgación se aplica a todas las partes involucradas, ya sea que opere a través de una aseguradora o el propio abogado” y, segundo “la institución arbitral garantice que esto no afectará el procedimiento de arbitraje”; TRUSZ, J.A.: *Full Disclosure...op.cit...*, p. 1676.

⁵¹⁸ Algunos autores consideran que, “la existencia del acuerdo de financiación puede representar una amenaza para el privilegio abogado-cliente y el deber de confidencialidad entre ambos. KHOURI, S., HURFORD, K.: *Third party funding for international arbitration...op.cit...*, p. 12. FRISCHKNECHT, A., SCHMIDT, V.: “Privilege and Confidentiality in Third Party Funder Due Diligence: The Positions in the United States and Switzerland and the Resulting Expectations Gap in International Arbitration”, *TDM*, Vol. 8, No.4, 2011, pp. 21-22. Debe tenerse presente también que, “algunas jurisdicciones reconocen una excepción de interés común para el privilegio abogado-cliente. Sin embargo, dicha excepción no es uniforme para todas las jurisdicciones a nivel internacional, de ahí el carácter incierto en su aplicación a las comunicaciones confidenciales”; ROGERS, C.A.: *Gamblers, Loan Sharks & Third-Party Funders...op.cit...*, p. 26; MERIAM N., ALRASHID, J. W., LAIRD, J.: “Impact of Third Party Funding on Privilege in Litigation and International Arbitration”, *DRIL*, Vol. 6, 2012, p. 108; LEGG M.: “Litigation Funding in Australia: Identifying and Addressing Conflicts of Interest for Lawyers”, *Chamber Institute for Legal Reform*, 2012, p. 20.

confidencialidad que suele existir en el propio acuerdo de financiación existente entre la Parte financiada y el tercero financiador⁵¹⁹. Por lo que existe el riesgo de que dicha confidencialidad, el deber abogado-cliente, se vulnere una vez entregada la documentación al tercero financiador⁵²⁰.

Cuestiones éstas que facilitarían que las disposiciones contractuales en materia de confidencialidad no impidan que la parte en litigio que no resulta financiada -generalmente el demandado- pueda obtener acceso a la información en posesión del financiador si son relevantes para el asunto en cuestión. Podría suceder, incluso, que dicha información se encuentre protegida bajo el principio de confidencialidad. Cabría entonces preguntarnos, ¿hasta qué punto el tercero financiador estaría obligado a mantener o preservar como confidencial dicha información? En muchos ordenamientos jurídicos, como hemos comentado antes, se establece el deber de confidencialidad abogado-cliente como un principio esencial de la relación, para evitar la revelación de información y la existencia de conflicto de interés. Sin embargo, no existe a nivel internacional una obligación o un deber de protección de la información o confidencialidad por los terceros financiadores, de modo que los propios acuerdos de financiación en el arbitraje internacional tienen el privilegio de disfrutar de mucho menos control que los acuerdos de financiación de litigios respecto de los ordenamientos nacionales que lo regulan⁵²¹. En consecuencia, consideramos que, ante un arbitraje inversionista-Estado resulta necesaria la divulgación total del acuerdo de financiación. No así, ante un arbitraje comercial internacional -en ausencia de un Estado o institución pública-, en el cual consideramos que dicha revelación puede ser parcial, no total, teniendo en cuenta la privacidad y confidencialidad existente.

⁵¹⁹ ROSS, A.: “The Dynamics of Third-Party Funding”. *GAR*, Vol. 7, No. 1, 2012, p. 19; ATTRILL, W.: “Ethical issues in litigation funding”, *IMF (Australia)*, 2009, p.8.

⁵²⁰ ADELIN, A., PERRIN, L.: “Third-party funding of arbitration in France”, *Squire Sanders International Arbitration News*, 2013, Disponible en: www.squiresanders.com/files/Publication/bfa63ce4-9bcd-44fc-8eae-08f219a66927/Presentation/PublicationAttachment/abdbf613-9b29-4060-b2d5-0975f2ab4dbd/International-Arbitration-News-March-2013.PDF, consultado el 18/02/2019; BERTRAND, E.: “The Brave New World of Arbitration: Third-Party Funding”, *ASA Bulletin*, Vol. 3, 2011, pp. 607- 615, teniendo en cuenta que el privilegio de interés común es considerado como una excepción al privilegio abogado cliente, el cual protege las comunicaciones cuando dos o más clientes consultan simultáneamente con un abogado en asuntos de interés común. En la actualidad, algunos autores dejan abierta la posibilidad de si resulta posible que las comunicaciones existentes con el tercero financiador pueden incluirse en el grupo de personas a quienes se les aplica el interés común. Hasta la fecha de realización de la tesis, no se ha dado caso alguno en el que se haya producido tal situación. Véase, ALRASHID, J. W., LAIRD, J.: *Impact of Third Party Funding on Privilege...op.cit...*, p. 108; NIEUWVELD, L., SHANNON, V.: *Third-Party Funding in International Arbitration...op.cit...*, pp. 55-56.

⁵²¹ ROGERS, C.A.: *Gamblers, Loan Sharks & Third-Party Funders...op.cit...*, p. 44.

A nuestro juicio, la financiación por terceros en el arbitraje internacional es el vehículo innovador más acorde para lograr la solución de diferencias de aquellos que, siendo partes en la controversia, no cuentan con los recursos necesarios suficientes dado los altos costes del proceso, y que en determinadas jurisdicciones, el poder litigar se ha convertido prohibitivamente costoso, o, como comentamos antes, teniendo dichos recursos económicos, no asumen el riesgo de perderlos, prefiriendo solucionar el mismo a través de una institución totalmente privada como es el arbitraje con el apoyo financiero de un tercero⁵²², asumiendo los riesgos inherentes a este tipo de actividad⁵²³. Y, de esta manera, poder tener acceso a la justicia⁵²⁴.

La financiación por terceros no solo tiene como cuestión principal la financiación de los honorarios del procedimiento arbitral de la parte a financiar, sino también el financiamiento de su posible responsabilidad en un caso dado, lo que ha motivado que los propios financiadores puedan ofrecer un amplio paquete de financiamiento en el cual incluyen, además, un seguro, o sea, la existencia de posibles aseguradoras, siendo una tendencia en el arbitraje de inversiones. En este sentido, resultan beneficiados de las políticas nacionales de los Estados o las medidas de expropiación, como causas de origen del procedimiento arbitral, los grandes financiadores o grupos privados⁵²⁵.

Resulta innegable que, sin olvidar el carácter privado que entraña el arbitraje internacional, en su función de resolución de litigios, desempeña, también en sí, una función pública en auxilio o sustitución, según sea el caso, de los órganos judiciales. No se puede continuar percibiendo el arbitraje internacional como una amenaza potencial del sistema judicial, mucho menos negar la complementariedad del mismo para con los órganos judiciales. Cuestiones éstas

⁵²² Para algunos ordenamientos jurídicos, compatibles con la financiación por terceros en el arbitraje internacional. La financiación por terceros resulta la primera opción en caso de imposibilidad financiera para participar en el arbitraje, tal y como sucede en el Derecho brasileño. Véase, CASADO FILHO, N.: “O Financiamento de Arbitragens por terceiros”, *Direito Internacional em Análise*, Vol. 4, 2015, p. 20.

⁵²³ RANDAZZO, S.: “Third Party Funding of Lawsuits Gains Ground But Raises Eyebrows”, *Daily J.*, 2010; RODAK, M.: “It’s about Time: A System Thinking Analysis of the Litigation Finance Industry and Its Effect on Settlement”, *UPLR*, 2006, p. 517; AFFAKI, G.: “A financing is a financing is a financing...” in CREMADES, B., DIMOLITSA, A. (Eds.), *Dossier X: Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Publishing S.A., Paris, 2013, p. 11.

⁵²⁴ DE MORPURGO, M.: A Comparative Legal and Economic...*op.cit.*, pp. 381-382; Kantor, M.: “Third-Party Funding in International Arbitration: An Essay About New Developments”, *ICSID Rev.* Vol. 24, No. 1, 2009, p. 73.

⁵²⁵ También se han ido generando otras formas de financiación que, si bien no han sido muy generalizadas en la práctica, pueden tener un mayor desarrollo y utilización en el futuro, por ejemplo: la emisión de valores en mercados bursátiles, tal y como ha realizado la compañía canadiense Crystallex en el arbitraje frente a Venezuela ante el CIADI; Véase, FLÉCHET C.: Summary report of the first session held...*op.cit.*, p. 211.

que siguen siendo muy habituales por quienes no son buenos receptores del sistema arbitral, incluyendo el TJUE, que reconociendo el carácter excepcional de la jurisdicción arbitral y que “el tribunal arbitral no constituye un elemento del sistema judicial”⁵²⁶, el alto Tribunal europeo reconoce también, la amenaza que representa para el sistema judicial comunitario el arbitraje inversionista-Estado⁵²⁷.

Somos conscientes del rol trascendental que deben desarrollar las instituciones arbitrales en relación con la financiación por terceros. Queda demostrado que la financiación por terceros, hoy en día, es una opción indiscutible para muchos demandantes en el arbitraje internacional. Por lo que se hace necesario mayor información, más conocimiento de la práctica de la financiación por terceros, de sus efectos, lo que permitirá comprender su naturaleza⁵²⁸ y, de ésta forma, facilitar una regulación de dicha actividad en el ámbito del arbitraje internacional. Se hace necesario, a nivel internacional, un pronunciamiento de las principales instituciones jurídicas que favorezca la regulación internacional de la financiación por terceros. Que permita que las propias instituciones arbitrales puedan modificar o revisar sus reglas para regular la financiación por terceros sin que colisionen con los ordenamientos jurídicos nacionales. De lo contrario, las instituciones arbitrales seguirán actuando reticentemente para actualizar sus reglas.

La falta de regulación puede también constituir un impedimento real para el desarrollo de la financiación por terceros, pudiendo provocar un desaliento de las partes a la hora de solicitar el apoyo financiero de un tercero, teniendo en cuenta que sus derechos y obligaciones no se encuentran protegidos por normas o reglas vinculantes. Debe tenerse siempre presente que el tercero financiador ha llegado al proceso para obtener ganancias, es el único de todos los presentes cuya presencia es únicamente lucrativa, cuyo objetivo meramente distinto puede traer innumerables problemas. Cuestión ésta que algunos autores han solido llamar “el triángulo de Bermudas de intereses divergentes”⁵²⁹, y que constituyen, sin lugar a dudas, un gran desafío para la comunidad arbitral internacional. Mientras tanto, tendrán que continuar los tribunales

⁵²⁶ Véase, el Caso C-284/16 *República Eslovaca vs. Achmea* EU:C:2018:158, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0284>, consultado el 18/02/2019.

⁵²⁷ ANKERSMIT, L.: “Achmea: ¿El comienzo del fin de la ISDS en y con Europa?”, *ITN*, No. 1. Tomo 9, 2018, p. 5.

⁵²⁸ ROGERS, C.A.: *Gamblers, Loan Sharks & Third-Party Funders....op.cit....*, p. 44; ROGERS, C.A.: “The Vocation of International Arbitrators”, *AUILR*, Vol. 20, No. 5, 2005, pp.. 959-960.

⁵²⁹ LAMM C., HELLBECK E.R.: “Third-party funding in investor-state arbitration”, in CREMADES, B.M., DIMOLITSA, A. (Eds.): *Dossier X: Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Publishing S.A., Paris, 2013, p. 107.

arbitrales haciendo uso de sus recursos -bastante escasos- para conservar y proteger el procedimiento arbitral y las partes de posibles iniquidades del tercero financiador⁵³⁰.

II.4.1.2 Los efectos de la financiación por terceros en el arbitraje internacional.

La prevalencia de la financiación por terceros en el arbitraje internacional ha tenido un impacto directo en las estrategias a seguir en el desarrollo de los procedimientos arbitrales con presencia de terceros financiadores en el ámbito internacional. Ningún Estado está exento de afrontar los efectos de dicha actividad, debido a la proliferación del arbitraje internacional, especialmente, del arbitraje inversionista-Estado, teniendo en cuenta el aumento de los tratados, ya sean bilaterales o multilaterales, que lo regulan.

El crecimiento de la actividad de financiación por terceros puede tener un efecto directo en los propios Estados, no solo para incentivar la regulación de dicha actividad a nivel nacional, según las características de los ordenamientos jurídicos que así lo permitan⁵³¹, sino también, para que los Estados puedan hacer mayor presión a la comunidad jurídica internacional en la búsqueda de un consenso y el logro de una regulación internacional sobre la financiación por terceros en el arbitraje internacional.

Este tipo de actividad en el arbitraje internacional, sin la correspondiente divulgación, puede influir en los costos del procedimiento⁵³² y en la duración de los mismos, e incluso, podría incidir, en determinadas ocasiones, en la existencia de comportamientos que pueden generar una “violación de la buena fe procesal de las partes en el procedimiento”⁵³³, así como introducir distorsiones en la relación abogado-cliente⁵³⁴ entre la parte a financiar y su abogado y en la

⁵³⁰ KALDERMIS, D., GIBBS, P.: “Third-party funding in international arbitration – lessons from litigation?”, *Kluwer Arbitration*, 2014, p. 2. Disponible en: <http://kluwerarbitrationblog.com>, consultado el 18/02/2019.

⁵³¹ BOOLIERIS, E.: *Third-Party Funding...op.cit...*, p. 56.

⁵³² Mucho se ha escrito respecto a la influencia de terceros financiadores en los costes del procedimiento arbitral, para un mejor análisis del tema puede consultarse, entre otros; KALICKI, J.: “Security for Costs in International Arbitration”, *TDM*, No. 5 2006. Disponible en: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=827, consultado el 18/02/2019; KIRTLEY, W., WIETRZYKOWSKI, K.: “Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding?”, *J. Int. Arb.*, Vol. 30, No. 1, 2013, pp. 26-27; LAMM C., HELLBECK E.R.: *Third-party funding in investor-state arbitration....op.cit...*, p. 111.

⁵³³ CREMADES, B.M.: *Third party funding in international arbitration....op.cit...* p. 7.

⁵³⁴ Estos efectos de la financiación por terceros constituyen hoy grandes preocupaciones respecto a la actividad, tanto es así, que hasta la propia Cámara de Comercio de los Estados Unidos ha manifestado su preocupación respecto a la influencia del tercero financiador en la relación abogado-cliente de la Parte financiada. Véase, LOWE R.: “Investment arbitration claims could be traded like derivatives”, *IBA Global Insight*, 2013. Disponible en: <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=02decc8d-bf67-4b86-a023-f2ef2aa4843b>, consultado el 18/02/2019.

naturaleza confidencial del arbitraje. Todo ello podría tener como principal causa la ausencia de normas procesales internacionales.

Básicamente, si nos encontramos ante un arbitraje comercial internacional, en el cual, el sólo hecho de que una de las partes le presente el caso a un tercero financiador para que éste evalúe la posibilidad de financiarlo, puede poner en peligro la confidencialidad⁵³⁵, teniendo en cuenta que el tercero financiador no sólo valorará la probabilidad de éxito a obtener, sino que, para poder llevar a cabo un minucioso estudio del caso, necesitará también que la parte a financiar le proporcione información respecto al procedimiento arbitral, como puede ser el acuerdo de arbitraje, la composición del tribunal arbitral, las leyes aplicables al arbitraje, la jurisdicción donde se ejecutará el laudo y la duración probable del arbitraje⁵³⁶. Además, si resulta viable la financiación, y el tercero financiador así lo decide, el mismo solicitará al reclamante -Parte financiada- que le mantenga informado del procedimiento, o sea, existirá una segunda fase en la cual el tercero financiador llevará un monitoreo constante del procedimiento arbitral.

El tercero financiador no está sujeto al acuerdo arbitral entre las partes en litigio y mucho menos a la confidencialidad⁵³⁷, por lo que al conocer las particularidades del caso, mediante la información que le proporcione la Parte financiada, ésta última puede correr el riesgo de incumplir sus obligaciones, llegando a aportar información que podría ocasionar consecuencias nefastas para la otra parte -no financiada- en litigio. Información ésta de la que se sustentará el financiador y que podría, en futuros litigios, hacer valer contra la propia parte no financiada⁵³⁸.

En relación con los costes del procedimiento, lo más relevante en cuanto a los efectos del tercero financiador es lo concerniente a los términos del acuerdo de financiación que les permita una mayor seguridad a las partes, principalmente a la demandada, en relación con los costes del procedimiento. Es decir, si en el acuerdo de financiación se ha establecido alguna obligación, *cautio judicatum solvi* (security for costs), que pueda hacer responsable al financiador de los costes adversos contra el reclamante. Y, en caso de que el financiador decida

⁵³⁵ VON GOELER, J.: *Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure*, Kluwer Law International, Vol. 35, The Netherlands, 2016, p. 298.

⁵³⁶ DOS SANTOS, C.: *Third-party funding in international comercial arbitration...op.cit....*, p. 922.

⁵³⁷ VON GOELER, J.: *Third-Party Funding in International Arbitration...op.cit....*, p. 299.

⁵³⁸ *Ibíd.*, p. 301.

rescindir el acuerdo de financiación, bajo qué condiciones lo hará⁵³⁹. Un procedimiento arbitral iniciado por un demandante financiado conlleva el riesgo de ocasionarle al demandado importantes gastos asociados al litigio, sin que el demandante cuente con la capacidad financiera necesaria para poder enfrentarlos. Además, pueden surgir ciertas circunstancias que pueden hacer aún más difícil la situación del demandado, como pueden ser: i) que la demanda sea rechazada por el tribunal, ii) que el tercero financiador decida retirar el financiamiento provocando la interrupción del procedimiento o iii) que el procedimiento continúe su curso y el demandado obtenga una resolución favorable, es decir, se condene en costas al demandante financiado. Encontrándonos ante tales situaciones, surge entonces la preocupación de cómo garantizar los derechos del demandado de recuperar los gastos generados durante el procedimiento.

La caución o *cautio judicatum solvi*, como medida provisional, permite “preservar los activos por los que se puede cumplir un laudo posterior”⁵⁴⁰, siendo una de las opciones con las que cuenta la parte demandada en un momento del proceso. Es una figura jurídica muy utilizada en el ámbito anglosajón que, con el transcurso del tiempo, se ha ido incorporando al arbitraje internacional. Como medida cautelar, permite que la parte demandada pueda solicitar al tribunal arbitral que ordene al demandante constituir una caución, es decir, que pague en concepto de fianza⁵⁴¹ una cierta cantidad de dinero con el objetivo de garantizar que la parte demandada pueda recuperar las costas del arbitraje si el procedimiento arbitral es resuelto mediante un laudo que condene en costas al demandante⁵⁴². En la actualidad, ha sido objeto de interesantes debates por la comunidad arbitral si entre las facultades concedidas al tribunal arbitral éste puede decretar una caución al inversionista financiado con el fin de garantizar el

⁵³⁹ En la actualidad, el tercero financiador puede rescindir el contrato de financiación dejando al Demandado sin posibilidades reales de poder recuperar los costes en los que ha incurrido, sin recurso alguno que permita la recuperación de los mismos, tal y como ha ocurrido en varios casos de arbitraje de inversiones. Véase, TREVINO, C.: “One of Three ICSID Argentine Bond Arbitrations Collapses Due to Lack of Funding”, *Investment Arbitration Reporter*, 2015; HARWOOD, M.K., BATIFORT, S.N., TRAHANAS, CH.: Third-Party Funding ..*op.cit.*., p. 115.

⁵⁴⁰ Las propias reglas de la CNUDMI, reconocen claramente la facultad del tribunal arbitral de poder establecer medidas provisionales; PETROCHILLOS, G.: “Interim Measures under the Revised UNCITRAL Arbitration Rules”, *ASA Bulletin*, Vol. 28, No. 4, p. 885. En este mismo sentido, véase también, WIRTH, M.: “Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland”. *ASA Bulletin*, Vol. 18, No. 1, 2000, pp. 32-40; YESILIRMAK, A.: *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, London, 2005, p. 48.

⁵⁴¹ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: La financiación por terceros en el arbitraje internacional...*op.cit.*., pp. 216-217.

⁵⁴² KIRTLEY, W., WIETRZYKOWSKI, K.: Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs...*op.cit.*., pp. 19-21.

pago de una condena en costas en su contra o de los gastos adversos generados durante el procedimiento.

Sin negar las amplias facultades con las que cuenta el tribunal, incluyendo la de ordenar al demandante que preste una caución, la doctrina no ha sido unánime al respecto, existiendo dos corrientes de pensamiento. Por un lado, nos encontramos algunos autores que consideran que es perfectamente posible⁵⁴³, al considerarlo como una facultad del tribunal arbitral para decretar medidas cautelares y que algunas reglas arbitrales y tratados de inversiones así lo establecen⁵⁴⁴. Cabe citar que el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI y el del CIADI reconocen la posibilidad del tribunal de establecer cualquier medida para preservar los bienes que puedan satisfacer una adjudicación posterior. En este sentido, el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, establece que: “*Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que, por ejemplo: Proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente*”⁵⁴⁵. Mientras que el Reglamento del CIADI reconoce que: “*En cualquier etapa una vez incoado el procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguardia de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas*”⁵⁴⁶, estando en relación con el artículo 47 del Convenio CIADI cuando establece: “*Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes*”.

⁵⁴³ Algunos autores reconocen que, aunque no esté expresamente regulado en las reglas arbitrales, debe considerarse, dentro de las facultades del tribunal arbitral para ordenar medidas provisionales, la inclusión de la caución de las costas. LEW, J.D.M, MISTELIS, L.A., KRÖLL, S.: *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, pp. 600–601; VOSER, N.: “New Rules on Domestic Arbitration in Switzerland: Overview of Most Important Changes to the Concordat and Comparison with Chapter 12 PILA”, Vol. 28, No. 4, *ASA Bulletin*, 2010, p. 762.

⁵⁴⁴ Véase, Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre, Article 24(k), 2013; Arbitration Rules of the Australian Centre for International Commercial Arbitration, Article 33.2(e), 2016; EU–Vietnam Free Trade Agreement, Chapter 8: Trade in Services, Investment and E-Commerce (the EU–Vietnam FTA), Section 3, Article 22.1, 2016; Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre, Draft for Public Consultation, Rule 26.k, 2016.

⁵⁴⁵ Art. 26.2.c del Reglamento de la CNUDMI, 2010.

⁵⁴⁶ Regla 39.1 del Reglamento del CIADI, 2006.

Desde el punto de vista comparativo, el estándar para aplicar medidas cautelares establecido en el Reglamento del CIADI es menos exigente que el establecido en el Reglamento de la CNUDMI. Tanto el Convenio como el Reglamento CIADI establecen que las medidas provisionales podrán dictarse por el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren con el objetivo de “salvaguardar los derechos de las partes”. Mientras que el Reglamento de la CNUDMI establece que el Tribunal, para poder dictar una medida cautelar, debe estar convencido, por un lado, de que existe cierta probabilidad de que se produzca un daño no resarcible adecuadamente por una indemnización por daños y perjuicios si la medida no se ordena, y que tal daño debe ser “significativamente más grave” que el que pudiera sufrir la parte contra la que se dirige la medida una vez otorgada. Y, por otra parte, que exista una posibilidad razonable de que la parte que solicita la caución tenga éxito en los méritos de la demanda, por supuesto, sin un juicio previo por parte del Tribunal.

Sin embargo, aún y cuando las exigencias establecidas en las reglas de arbitraje del CIADI carecen de cierta rigurosidad en relación con las establecidas en las reglas de arbitraje de la CNUDMI para dictar una *cautio judicatum solvi*, los tribunales arbitrales en procedimientos de arbitraje bajo las reglas del CIADI cuando han conocido de una solicitud de caución, han reconocido que dicha solicitud sólo puede otorgarse cuando existan circunstancias excepcionales. Requisito imprescindible para ordenar medidas provisionales bajo las Reglas de Arbitraje del CIADI y que le ha valido a los tribunales arbitrales para rechazar todas las solicitudes de caución presentadas hasta la fecha⁵⁴⁷, con la única excepción del caso *RSM vs. St. Lucia*, tal y como se demuestra en los casos analizados más adelante. Por tal motivo, ha resultado muy difícil para los tribunales arbitrales en el arbitraje inversionista-Estado, ordenen

⁵⁴⁷ Véase; *Alasdair Ross Anderson vs. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, paragraph 9, 2010; *Plama Consortium Limited vs. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Orden del Tribunal sobre la Solicitud del Demandante de Medidas Cautelares Urgentes, de fecha 6 de septiembre de 2005; *Saipem S.p.A. vs. República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/7, Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación de Medidas Cautelares, de fecha 21 de marzo de 2007; *Libananco Holdings Co. Limited vs. Turquía*, Caso CIADI No. ARB/06/8, Decisión sobre Cuestiones Preliminares, de fecha 23 de junio de 2008; *Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. vs. El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/17, Decisión sobre la Solicitud de *Cautio Judicatum Solvi*, de fecha 20 de septiembre de 2012; *Burimi S.R.L. and Eagle Games SH. A. vs. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/11/18, Orden Procesal No. 2, de fecha 3 de mayo de 2012; *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company vs. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre Medidas Cautelares, de fecha 17 de agosto de 2007; *Rachel S Grynberg, Stephen M Grynberg, Miriam Z Grynberg and RSM Production Corporation vs. Government of Grenada*, ICSID Case No. ARB/10/6, Decisión sobre la Solicitud del Demandado de *Cautio Judicatum Solvi*, de fecha 14 de octubre de 2010. Algunos de los casos aquí referenciados por su relevancia serán objeto de análisis en el presente epígrafe.

una caución al reclamante con el objetivo final de garantizar el cobro de los posibles costes adversos surgidos durante el procedimiento por la parte correspondiente.

En este sentido, nos encontramos con la otra parte de la doctrina reacio a admitir como facultades del tribunal el poder decretar al demandante la constitución de una caución, al considerar que el verdadero obligado será finalmente el tercero financiador. Los tribunales arbitrales han recibido una fuerte presión por quienes no defienden tal postura. Esta parte de la doctrina alega, como principal fundamento, que el tercero financiador no es parte del procedimiento, no ha participado en el contrato entre las partes en litigio⁵⁴⁸ y, por lo tanto, no puede verse obligado bajo los efectos de una orden de caución que emita el tribunal para garantizar los costos adversos generados durante el procedimiento⁵⁴⁹ o una futura condena en costas contra el demandante. Expuestos hasta aquí los diferentes puntos de vistas existentes en la doctrina en relación con la cuestión, no cabe duda que la existencia de circunstancias excepcionales se ha convertido en el factor principal para que el tribunal en el arbitraje inversionista-Estado pueda decretar una *cautio judicatum solvi*. Tal y como se demuestra en los casos que analizamos a continuación.

II.4.1.2.1 *South American Silver Limited vs. Bolivia.*

Los hechos que motivaron el procedimiento arbitral incoado por South American Silver Limited contra Bolivia, *South American Silver Limited vs. Bolivia*⁵⁵⁰, tuvieron como causa la revocación de las concesiones mineras otorgadas por el Gobierno boliviano al inversionista para realizar actividades mineras en territorios del norte de Potosí. Actividades que se llevaban a cabo a través de la empresa minera Compañía Minera Malku Khota (CMMK), constituida en Bolivia y propiedad del inversionista. CMMK ostentaba derechos mineros y otros derechos secundarios como las servidumbres sobre el suelo, subsuelo, recursos hídricos y otros que fuesen requeridos para sus operaciones en gran parte del territorio indígena donde se estableció, en desmedro de los derechos constitucionales de los indígenas. Durante el desarrollo de las

⁵⁴⁸ GALAGAN, D., ŽIVKOVIĆ, P.: If they finance your claim, will they pay me if i win: implications of third party funding on adverse costs awards in international arbitration...*op.cit.*..., p. 177; SCHERER, M.: "Third-Party Funding in Arbitration: Out in the Open?", *Commercial Dispute Resolution*, 2012, p. 57; WAINCYMER, J.: *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2012, p. 644; SANDROCK, O.: "The Cautio Judicatum Solvi in Arbitration Proceedings or The Duty of an Alien Claimant to Provide Security for the Costs of the Defendant", *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, No. 2, 1997, p. 34.

⁵⁴⁹ DARWAZEH, N., LELEU, A.: "Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding", *Journal of International Arbitration*, Vol. 33 No. 2, 2016, pp. 125-150.

⁵⁵⁰ *South American Silver Limited vs. Bolivia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2013-15.

actividades mineras, ésta comenzó a provocar efectos negativos en la salud de la población. La propia población indígena comenzó a presionar al gobierno exigiendo la reversión de las concesiones de la empresa, justificando dichas reacciones en que la empresa minera no estaba cumpliendo con sus obligaciones contraídas para el mejoramiento de la calidad de vida de la población. Reacciones que se tornaron en graves conflictos sociales, poniendo en riesgo la vida de los pobladores del territorio y de los propios trabajadores de la empresa como respuesta a las campañas realizadas por el empresa CMMK para buscar sumar adeptos para el consentimiento de las actividades de exploración⁵⁵¹. Ante la grave situación existente, el Estado boliviano intervino oportunamente en resguardo de los recursos naturales, la utilidad pública y el beneficio social, motivo por los cuales, en el año 2012 decreta la reversión al dominio originario del Estado la autorización minera concedida a CMMK.

Por la situación descrita anteriormente, el Demandante decide presentar una solicitud de arbitraje alegando, entre otros motivos, que la Demandanda había violado el Derecho internacional y el tratado entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República de Bolivia sobre el Fomento y la Protección de Inversiones de Capital, en vigor desde el 16 de febrero de 1990 y el artículo 3 del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, al nacionalizar sin compensación alguna el proyecto minero que desarrollaba el inversionista, ocasionándole la pérdida total del control del Demandante sobre sus inversiones. Por todo ello, concluye el reclamante, debe considerarse que la expropiación de las inversiones por parte del Gobierno boliviano y su patrón de trato injusto a la empresa minera CMMK, era constitutivo de una violación del TBI⁵⁵². Bolivia, en desacuerdo con los argumentos expuesto por el Demandante, alega que los motivos por los cuales revirtió las concesiones mineras otorgadas al inversionista fueron los enfrentamientos violentos ocurridos entre los habitantes indígenas en varias zonas del territorio, lo que demuestra que el Demandante atentó contra los Derechos humanos, los derechos sociales y colectivos de las comunidades indígenas, que el proyecto minero a desarrollarse por el Demandante fue rechazado por los propios pobladores de la región porque veían en él una violación a sus creencias ancestrales y un riesgo inminente al medio ambiente del que dependía su supervivencia.

⁵⁵¹ *Ibíd*em, Respuesta a la notificación de arbitraje, de fecha 28 de junio de 2013.

⁵⁵² *Ibíd*em, Demanda Arbitral y Memorial del Demandante, de fecha 24 de septiembre de 2014, párraf. 13.

Durante la celebración del procedimiento arbitral, Bolivia presentó al Tribunal una solicitud de *cautio judicatum solvi* contra el Demandante y que éste revelara la información del financiador que le financia el procedimiento, una vez demostrado la precaria situación económica del reclamante, siendo corroborado por la presencia de un tercero financiador. El Estado boliviano basó su solicitud en los siguientes argumentos: i) existe un alto riesgo de que el reclamante no tenga medios económicos suficientes para reembolsar al Estado los importantes gastos y costos incurridos en su defensa en este arbitraje, situación ésta que genera serias dudas sobre la posibilidad de hacer efectivo un laudo que condene al Demandante al pago de las costas del arbitraje, ii) es injusto exigir a Bolivia que continúe defendiéndose en un costoso arbitraje, con cargo al erario público, a sabiendas de que, llegado el momento, el Demandante no podrá reembolsar al Estado los gastos y costos incurridos en este arbitraje⁵⁵³, iii) existen serias dudas sobre la capacidad financiera del reclamante e incluso de su matriz canadiense para reembolsar las costas a Bolivia, iv) Los fondos públicos que Bolivia ha destinado y tendrá que destinar para su defensa en este arbitraje son fondos que deberían dedicarse al interés general y no a financiar reclamos de demandantes insolventes que escapan a la jurisdicción del Tribunal, y si esto último ocurriese, el Estado debe tener la seguridad de que la Demandante reembolsará sus costos y gastos llegado el momento, lo que sólo puede lograrse en este caso mediante el otorgamiento de una *cautio judicatum solvi*⁵⁵⁴, v) la Demandante es una Compañía fantasma (*shell company*) de Bermudas sin actividad económica ni activos, que tiene como único objetivo ser un vehículo de las operaciones comerciales de otra compañía, en este caso del verdadero inversionista South American Silver Corporation (SASC), para intentar, indebidamente, obtener protección bajo el tratado. Además, SASC, ha anunciado públicamente que prevé quedarse sin fondos a finales de año.

Por último, el Estado boliviano en su solicitud pide al tribunal que ordene al Demandante revelar la identidad de quien le financia el arbitraje, así como los términos del acuerdo de financiación suscrito, en aras de proteger la integridad del procedimiento (entre otras cosas, para permitir a Bolivia verificar la inexistencia de conflictos de interés). Por su parte, el reclamante se opuso a la solicitud de Bolivia, argumentado, entre otras cuestiones, que la contratación de un tercero financiador no justifica el otorgamiento de una *cautio judicatum*

⁵⁵³ Ibídem, Solicitud de *cautio judicatum solvi* y comunicación de información, de fecha 8 de octubre de 2015, párrafs. 3,4

⁵⁵⁴ Ibídem, párrafs. 5 y 7.

*solvi*⁵⁵⁵. No obstante, manifiesta su disposición, teniendo en cuenta la transparencia del procedimiento, en revelar la identidad del tercero financiador, pero solicita al tribunal que rechace también la solicitud de revelar los términos del acuerdo de financiación.

El Tribunal, una vez analizados los hechos y la solicitud presentada por Bolivia, y reconociendo que tiene poderes para dictar la caución solicitada⁵⁵⁶, la rechazó en parte. El Tribunal arbitral, si bien admitió que el reclamante debía de revelar el nombre y los datos del tercero financiador, no así los términos del acuerdo, denegó decretar la caución solicitada por Bolivia, fundamentando la misma en los siguientes argumentos: i) que la sola presencia de un tercero financiador en el arbitraje no es una causal excepcional que justifique otorgar una caución como la solicitada por Bolivia, admitiendo así lo ya declarado por el tribunal arbitral en el caso *Eurogas vs. Eslovaquia*⁵⁵⁷, ii) reconoció que los tribunales arbitrales han mantenido una posición generalmente unánime respecto a que la carencia de activos, la no posibilidad de que una empresa pueda mostrar los recursos económicos con que cuenta, así como el riesgo que pueda enfrentar los recursos financieros de una empresa, no son razones suficientes que justifican ordenar la medida solicitada⁵⁵⁸. Para ello, deben existir circunstancias excepcionales y extremas, en las que se pruebe una conducta abusiva y de mala fe por parte del Demandante, o que se demuestre un alto riesgo económico real para el Demandado⁵⁵⁹, iii) la sola presencia de un tercero financiador no puede ser un motivo que justifique la imposibilidad de pago o insolvencia, puede obtenerse financiación por otras razones y iv) la presencia de un tercero financiador no puede verse como un elemento determinante para decidir sobre una solicitud de caución; de ser así, siempre la parte demandada en un arbitraje internacional se vería beneficiada, lo que puede ser un impedimento para las reclamaciones legítimas. Además, en éste caso no hay evidencias de incumplimientos por parte del Demandante ante terceros, ni incumplimientos en este arbitraje u otros, ni evidencia de que el reclamante no quiera o no pueda pagar⁵⁶⁰.

En conclusión: el Estado boliviano no ha probado eficazmente la existencia de circunstancias extremas y excepcionales, es decir, la evidencia de abuso o incumplimiento

⁵⁵⁵ *Ibíd.*, Oposición del demandante a la solicitud de *cautio judicatum solvi* y comunicación de información de Bolivia, de fecha 14 de diciembre de 2015, párraf. 3.

⁵⁵⁶ *Ibíd.*, Procedural order No. 10, de fecha 11 de enero de 2016, párraf. 52.

⁵⁵⁷ *Ibíd.*, párraf. 61.

⁵⁵⁸ *Ibíd.*, párraf. 63.

⁵⁵⁹ *Ibíd.*, párraf. 59.

⁵⁶⁰ *Ibíd.*, párraf. 66.

constante por parte del reclamante que pueda ocasionar un daño irreparable si la medida no se concede⁵⁶¹.

II.4.1.2.2 *Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. vs. El Salvador.*

En el presente caso *Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. vs. El Salvador*⁵⁶², los hechos que motivaron el procedimiento arbitral pueden resumirse de la siguiente manera. Los Demandantes (*Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc*) empresas dedicadas a la producción de minerales preciosos que operaba en El Salvador (Demandado) mediante la obtención de una licencia de exploración y por los permisos ambientales previamente otorgados por el Estado salvadoreño. En el año 2006, el Gobierno salvadoreño revocó los permisos ambientales de los Demndantes y no renovó sus licencias de exploración, motivos por los cuales los Demandantes incoaron un procedimiento arbitral contra el Estado salvadoreño, alegando que las medidas tomadas por el Demandado constituyen una violación de sus obligaciones contraídas en el CAFTA-RD.

La Demandada, oponiéndose a los alegatos del Demandante, alega, entre otras cuestiones, que la presente diferencia se encontraba fuera de la jurisdicción del centro⁵⁶³. Que el Tribunal no era competente para entender de la diferencia ya que los Demandantes no cumplieron con la Disposición de Renuncia del CAFTA-RD al permitir que continúe un proceso judicial en trámite iniciado en El Salvador. “*A criterio de la Demandada, la adhesión a la Disposición de Renuncia es una condición previa al consentimiento de la Demandada al arbitraje tanto en virtud del CAFTA como del Convenio CIADI, y la inacción de las Demandantes a fin de remediar su incumplimiento con la Disposición de Renuncia una vez notificadas por la Demandada quiere decir que las Demandantes no preservaron sus reclamaciones oportunamente*”⁵⁶⁴. En conclusión, la Demandada alega que las reclamaciones de los Demandantes eran frívolas, sus intenciones eran incoar un procedimiento arbitral para dar tiempo a que la Suprema Corte salvadoreña emitiera su sentencia, dejando a salvo el procedimiento de arbitraje bajo el CAFTA-RD en caso de obtener una sentencia condenatoria.

⁵⁶¹ *Ibíd*em, párraf. 68.

⁵⁶² *Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. vs. El Salvador*. Caso CIADI No. ARB/09/17.

⁵⁶³ *Ibíd*em, Laudo, de fecha 14 de marzo de 2011, párraf. 18.

⁵⁶⁴ *Ibíd*em, párraf. 66.

Analizados los hechos por el Tribunal, éste emite un Laudo en el que admite no tener jurisdicción y competencia para conocer de la disputa según lo establecido en el CAFTA-RD, ordenándole a cada parte cubrir la mitad de los costos del arbitraje, sus honorarios y gastos de representación y desestima todas las reclamaciones o pretensiones de las partes. Los Demandantes, no conformes con la decisión del Tribunal, presentan una solicitud de anulación del laudo, fundamentando la misma en que el Tribunal había excedido sus facultades por los siguientes motivos: al desestimar sus pretensiones, incumpliendo así con lo establecido en el CAFTA-RD; al denegar las reclamaciones de los Demandantes en base a la revocación de la licencia de exploración de los reclamantes y las basadas en la prohibición de facto en la minería y que el laudo no expresa razonablemente las razones en que se basa, entre otros⁵⁶⁵.

Después de varios intercambios de cartas entre las partes y el comité *ad hoc*, en las que incluso los Demandantes a través de un nuevo representante legal comunican que el Demandado ha arrasado con sus medios económicos para financiar el procedimiento a través de las distintas acciones realizadas. Como era de esperar, el Demandado se opone al argumentar que los intentos de los Demandantes de culpar al Estado salvadoreño de su falta de fondos económicos para continuar con su solicitud de anulación, de su incapacidad para pagar los costos del arbitraje que decidieron iniciar, están claramente refutados por los hechos revelados en los documentos presentados durante el procedimiento por los Demandantes⁵⁶⁶. Además, que los Demandantes, a pesar de haber obtenido nuevos permisos y licencias para operar en El Salvador, no lograron reiniciar sus actividades de extracción de oro porque no tenían ingresos suficientes y que esperaban reiniciar las actividades una vez que tuviesen disponibilidad de fondos adecuados, fondos que nunca obtuvieron por lo que no cumplieron con los compromisos de inversión en El Salvador. Ésta situación de los Demandantes ha sido demostrada durante el procedimiento arbitral a través del informe anual de Commerce Group Corp, en el que se reflejó que la compañía tenía una deuda de 33 millones, incluidos décadas de sueldos acumulados, alquileres, honorarios legales y honorarios diferidos de los Directores.

Por todo ello, el Estado salvadoreño solicita la interrupción del procedimiento de anulación presentado por los reclamantes. En caso contrario, que la continuidad del procedimiento de anulación esté condicionada a la disposición y capacidad económica de los Demandantes para

⁵⁶⁵ *Ibíd*em, Application for annulment, de fecha 11 de julio de 2011, páraf. 41-90.

⁵⁶⁶ *Ibíd*em, El Salvador's Observations on Claimants' Inability to Pay the Costs for the Arbitration, de fecha 3 de julio de 2012.

proporcionar una caución que le garantice recuperar los gastos en los que ha incurrido. El Estado salvadoreño considera que no debería continuar gastando sus escasos recursos sin la esperanza de poder recuperar los gastos ocasionados durante el procedimiento. Máxime cuando los Demandantes han tenido un retraso considerable para pagar los costos administrativos del CIADI y se encuentran incapacitados económicamente para hacer frente al procedimiento.

Ante tal situación, el Tribunal, reconociendo la nefasta situación económica por la que atravesaban los Demandantes desde antes de iniciado el procedimiento arbitral y que les impedía financiar un procedimiento de anulación del laudo, lo que provocó una imposición de costos significativos al Estado salvadoreño una vez que el procedimiento había concluido en un tiempo razonable, y encontrándose el Demandado en una situación insostenible de tener que gastar recursos económicos importantes para el país⁵⁶⁷, no amparó la solicitud ni suspendió el procedimiento. Al argumentar que el retraso en el pago por los Demandantes no era una prueba suficiente de precariedad financiera y que, en todo caso, estarían actuando de buena fe una vez que se interesaron en la búsqueda de financiamiento de un tercero para cubrir los costos pendientes de pagos. Luego de dos años iniciado el arbitraje y con reiterados retrasos en los pagos, el Tribunal decide interrumpir el procedimiento y decide que el Demandado debe pagar los costos administrativos, pero no los costos y gastos en los que incurrió el Estado salvadoreño, al considerar que no existió mala fe por parte del Demandante⁵⁶⁸.

II.4.1.2.3 *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC vs. The Plurinational State of Bolivia.*

El caso *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC vs. The Plurinational State of Bolivia*⁵⁶⁹, según alegaron los Demandantes (Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC) en la solicitud de arbitraje, surge por los incumplimientos de la Demandada (Bolivia) de los Tratados entre el Gobierno de los Estados Unidos de America y el Gobierno de la Republica de Bolivia Relativo al Fomento y la Proteccion Reciproca de la Inversion, y el Convenio entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la Republica de Bolivia sobre el Fomento y la Protección de Inversiones de Capital (en adelante los Tratados), teniendo en cuenta los siguientes motivos: la Demandada decidió realizar cambios normativos en sus

⁵⁶⁷ *Ibidem*, El salvador's application for security for costs, de fecha 10 de agosto de 2012, páraf. 13.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, Decisión sobre la Solicitud de El Salvador de Cautio Judicatum Solvi, de fecha 20 de septiembre de 2012.

⁵⁶⁹ *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC vs. The Plurinational State of Bolivia*. UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17, 2010.

normas tributarias o regulatorias, afectando dramáticamente la inversión de los reclamantes, lo que trajo como consecuencias la expropiación de la inversión. Nacionalizada la inversión las partes discrepan, además, en cuanto al cálculo del valor justo de mercado de la participación accionaria de Guaracachi America, Inc. (“Guaracachi America”) en la Empresa Eléctrica Guaracachi S.A. (“EGSA”). El procedimiento se celebró de conformidad con el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI.

El Estado boliviano expresa su negación al respecto. A su vez, presenta una solicitud de bifurcación del procedimiento fundamentando la misma en los siguientes motivos: que existen serias objeciones a la jurisdicción del Tribunal Arbitral, que el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI faculta al tribunal discutir y decidir las objeciones a la jurisdicción como una cuestión previa, por razones de economía procesal y buena administración de justicia⁵⁷⁰. Los Demandantes se opusieron a dicha solicitud de bifurcación, alegando, entre otras cuestiones que; la solicitud de bifurcación es una táctica dilatoria que inobserva el acuerdo procesal alcanzado por las Partes, que el acuerdo procesal de las partes (especialmente el periodo extensivo de cinco meses para que el Demandado presentara su Respuesta) se realizó bajo la presuposición de que las partes no bifurcarían las objeciones jurisdiccionales, el Demandado no presentó a tiempo la cuestión de la bifurcación, que la bifurcación no generará ninguna mejora en eficiencia o economía, ya que no evitará la adjudicación sobre el fondo en la mayoría de los reclamos y que la bifurcación resulta especialmente inadecuada al no poder separarse las objeciones jurisdiccionales del Demandado del fondo de la disputa⁵⁷¹. El Tribunal considera que en el momento en el que se encuentra el procedimiento en el que carece de información completa de las Partes, le resulta imposible, o al menos difícil decidir sobre la solicitud de bifurcación, por lo que suspender el procedimiento de alegaciones en este momento del proceso, fijado ya de común acuerdo en órdenes procesales anteriores, no resulta necesario para realizar un análisis más profundo de las razones a favor y en contra de la bifurcación y dañaría la eficiencia del procedimiento arbitral⁵⁷².

Durante el curso del procedimiento, Bolivia presenta al Tribunal una solicitud de *cautio judicatum solvi*, fundamentando la misma en los siguientes argumentos: i) que las fianzas de una de las Demandantes, Rurelec PLC, según la información disponible y el balance de la

⁵⁷⁰ *Ibidem*, Orden de Procedimiento No. 6, de fecha 30 de agosto de 2012, párrafs. 1-3.

⁵⁷¹ *Ibidem*, párraf. 7-8.

⁵⁷² *Ibidem*, epígrafes E y D.

empresa, demuestran que no podrá hacer frente a un laudo adverso en su contra, ni siquiera la propia empresa cuenta con los recursos económicos necesarios para financiar sus propias costas en este arbitraje ni, *a fortiori*, las de Bolivia; ii) que el otro inversionista, Guaracachi America es una *shell company* del Estado de Delaware, en los Estados Unidos, sin actividad económica ni ingresos, y que fue constituida con el único propósito de adquirir y detener las acciones de EGSA y iii) que los reclamos son financiados por un tercero, tal y como ha informado uno de los Demandantes, sin garantía alguna de que éstos terceros se hagan cargo de las costas de Bolivia en este arbitraje⁵⁷³. Por los motivos aquí expuestos, afirma la Demandada, “*si Bolivia prospera en sus objeciones jurisdiccionales, no tendrá ninguna entidad solvente contra la que repetir los cuantiosos gastos y costos de este arbitraje*”⁵⁷⁴. Ante la similitud de los argumentos expresados por Bolivia en su solicitud de caución, en relación con los casos anteriores, cabe destacar que la diferencia radica en el fuerte énfasis realizado por la solicitante en cuanto a la presencia del tercero financiador en el procedimiento.

Oponiéndose los Demandantes a la solicitud de caución del Demandado, alegando que la misma carece de mérito legal o fáctico alguno y que este tipo de solicitud adolece de precedente alguno en el arbitraje de inversiones. Y, además, que la Demandada había mal interpretado la situación financiera de los Demandantes y la propia finalidad de la finación por un tercero para llevar a cabo el procedimiento. Ante tal situación, el Tribunal, admitiendo tener las competencias para otorgar medidas cautelares y reconociendo el carácter excepcional de la misma, y que el Demandado “*no ha sido capaz de proporcionar la evidencia suficiente para justificar la extraordinaria medida que solicita*”⁵⁷⁵, ni mucho menos ha probado una relación de causalidad para inferir que de la mera presencia de un tercero financiador que los Demandantes no serán capaces de pagar un futuro laudo en su contra; rechaza la solicitud de caución presentada por el Demandado.

II.4.1.2.4 *Alasdair Ross Anderson et al vs. Republic of Costa Rica.*

El 27 de marzo de 2007, 135 personas naturales de Canadá (Demandantes) presentaron ante el CIADI una solicitud de arbitraje contra la República de Costa Rica (Demandada). En dicha solicitud, los Demandantes reclamaron el incumplimiento de varias leyes nacionales e

⁵⁷³ *Ibíd*em, Solicitud de *cautio judicatum solvi*, 12 de febrero de 2013.

⁵⁷⁴ *Ibíd*em, párraf. 26.

⁵⁷⁵ *Ibíd*em, Orden de Procedimiento No.14, de fecha 11 de marzo de 2013, párraf. 7.

internacionales, en particular, del TBI entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito el 18 de marzo de 1998. El Tribunal fue constituido formalmente el 2 de mayo de 2008 para resolver la diferencia *Alasdair Ross Anderson et al vs. Republic of Costa Rica*⁵⁷⁶, programándose posteriormente una primera sesión. Oponiéndose la Demandada a la demanda presentada por los reclamantes y en la propia primera sesión en la que se discutieron las cuestiones procesales, la Demandada manifestó su intención de presentar una solicitud de ciertas medidas provisionales, quedando invitado por el propio Tribunal a presentar por escrito dicha solicitud con arreglo a las reglas arbitrales partadas.

Presentada por la Demandada la solicitud de medida provisional, ésta justificó la misma en la existencia de “circunstancias inusuales” presentes en el caso. Circunstancias que surgen teniendo en cuenta: (i) la inusual naturaleza de los Demandantes en este caso; (ii) las dificultades para ejecutar cualquier posible condena en costas contra los Demandantes debido a la naturaleza inusual de éstos; y (iii) la inusual naturaleza de los reclamos efectuados por los Demandantes⁵⁷⁷. Estas circunstancias pueden incrementar el riesgo, según la Demandada, de que los Demandantes incumplan cualquier obligación futura de pagar las costas del procedimiento. Por tales motivos, la Demandada solicita al Tribunal que ordene a los Demandantes presentar una garantía bancaria equivalente a los costos administrativos del CIADI en los que el Demandado podía incurrir y que los Demandantes declaren aceptar satisfacer en forma conjunta y solidariamente cualquier obligación de sufragar los honorarios y gastos en que hubiese incurrido la Demandada⁵⁷⁸.

Los Demandantes, oponiéndose a la solicitud realizada por la Demandada, y admitiendo que el Tribunal tiene plenas facultades para decretar cualquier medida provisional, dejan claro que dichas medidas son de carácter excepcional y sólo pueden otorgarse en situaciones extremas. Por tanto, la Demandada no ha proporcionado prueba alguna la existencia de una situación extrema del presente caso.

La cuestión básica a la que se enfrenta el Tribunal en el presente caso, consiste en determinar si los hechos presentados justifican el otorgamiento de las medidas solicitadas por la

⁵⁷⁶ *Alasdair Ross Anderson et al vs. Republic of Costa Rica*. ICSID Case No. ARB(AF)/07/3.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, Decisión sobre medidas provisionales, de fecha 5 de noviembre de 2008, párraf. 5.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, párraf. 3.

Demandada según los criterios normativos adecuados. Para ello, el Tribunal reconoció que deben existir dos factores fundamentales para poder decretar las medidas solicitadas por la Demandada: i) que las medidas deben ser necesarias para preservar los derechos de una de las partes y ii) la necesidad de dichas medidas debe ser urgente para evitar un daño irreparable. El propio Tribunal destaca que sólo puede dictarse una medida provisional ante la *existencia de situaciones de necesidad y urgencia para proteger derechos*, no meras expectativas, evitando así la existencia de daños irreparables para ambas partes⁵⁷⁹, circunstancias que no están presentes en el caso, por lo que no hay una situación urgente que implique un riesgo de daño irreparable a los derechos de la Demandada⁵⁸⁰. Motivos por los cuales no se justifica otorgar las medidas solicitada por la Demandada, denegando así la solicitud. Como puede apreciarse en el presente caso el Tribunal estableció un alto umbral, el estado de necesidad, a la hora de analizar la solicitud de caución presentada en comparación con el umbral de excepcionalidad también establecido por otros tribunales. La medida provisional es necesaria siempre que el solicitante la requiera para evitar daños o perjuicios en su contra.

Como se demuestra en los casos mencionados con anterioridad, los tribunales arbitrales en el arbitraje inversionista-Estado han mantenido siempre idéntica postura cuando han tenido que pronunciarse ante la solicitud de una medida provisional. En este sentido, no han considerado, como motivo suficiente, la presencia de un tercero financiador para decretar una *cautio judicatum solvi*. Todo lo contrario, exigen la presencia de circunstancias extremas y excepcionales, una situación de urgente necesidad, como elementos que acrediten la insolvencia económica de la parte, sin perjuicio de los requisitos de fondo reconocidos para decretar tal medida.

Esta misma posición ha quedado reflejada en el proyecto de informe (On Security for Costs and Costs) adoptado por el grupo de trabajo International Council for Commercial Arbitration (ICCA) y Queen Mary University of London (QMUL)⁵⁸¹, en el que se reconoce que el Tribunal tendrá que sopesar si la situación financiera del demandante habría empeorado de manera imprevisible desde la celebración del acuerdo arbitral, por lo que no puede ordenarse una medida provisional por el sólo hecho de la presencia de un tercero financiador. La amplia utilización del acuerdo de financiación en el arbitraje internacional no debería crear la presunción

⁵⁷⁹ *Ibidem*, párraf. 20.

⁵⁸⁰ *Ibidem*, párraf. 23.

⁵⁸¹ ICCA-QMUL Draft Report On Security for Costs and Costs, 1 de noviembre de 2015.

que el demandante se encuentra en una situación de precariedad financiera y no necesariamente debe conducir a la caución de costas adversas. Una de las pocas excepciones en la que se ha decretado una caución ha sido en el caso *RSM Production Corporation vs. St Lucia*⁵⁸².

II.4.1.2.5 *RSM Production Corporation vs. Saint Lucia.*

El caso que nos ocupa ha sido objeto de amplios debates a nivel internacional, en una decisión histórica por primera vez, se ordenó al Demandante una *caution judicatum solvi*. El Tribunal arbitral rompe con un precedente constante en el arbitraje del CIADI. Los hechos pueden resumirse de la siguiente manera. RSM Production Corporation (Demandante), empresa estadounidense, presentó una solicitud de arbitraje contra Santa Lucía (Demandada). La disputa se basó en la terminación de una licencia de exploración petrolera frente a la costa de Santa Lucía otorgada al inversionista, teniendo en cuenta los conflictos surgidos en relación a los límites en el área en que se extendía la actividad inversionista.

La Demandada, ante la deficitaria situación económica en la que se encontraba el reclamante, solicita al Tribunal que emita una *caution judicatum solvi* mediante una garantía bancaria exigida al Demandante, ante la cual el reclamante se negó. El Tribunal, al decidir sobre la solicitud presentada por la Demandada, determinó otorgar la misma, argumentando, entre otras cuestiones que la Demandante en este caso tenía limitaciones financieras por lo que se justificaba la necesidad de preservar los derechos de la Demandada; la existencia de un tercero financiador y que no era posible conocerse si éste asumiría responsabilidad frente a los costos generados en lugar del Demandante y, por último, el historial de incumplimiento por parte del reclamante de hacer frente a las costas en que había sido condenado en procedimientos anteriores, así como en procedimientos judiciales. Precisamente, a diferencia de los casos comentados con anterioridad, éste último elemento fue el que mayor peso tuvo en las circunstancias excepcionales presentes en el caso y que resultó suficiente en las consideraciones del Tribunal para inclinar la balanza a favor de dictar la caución.

En este sentido, y teniendo en cuenta los casos hasta aquí analizados, expresamos nuestro desacuerdo con aquella parte de la doctrina que cuestiona la facultad del tribunal para obligar al inversionista financiado a constituir una caución. Aún y cuando en la doctrina se defiende la existencia de una situación de urgente necesidad y circunstancias excepcionales, para que el

⁵⁸² *RSM Production Corporation vs. Saint Lucia*, ICSID Case No. ARB/12/10, 2012.

tribunal decreta una cuación, argumentándose que una reducción del umbral establecido puede favorecer a que los Estados puedan hacer suyo los activos del inversionista, teniendo en cuenta las características propias de este tipo de arbitraje⁵⁸³. Consideramos que el cuestionamiento de las medidas gubernativas, correctamente justificadas, llevadas a cabo por los Estados en el propio beneficio del interés público, como principal característica de este tipo de arbitraje, debe también ser considerado dentro del umbral establecido por los árbitros para dictar cualquier medida provisional.

La presencia de un tercero financiador en un procedimiento arbitral debe ser considerada como un factor de trascendental importancia para el Tribunal arbitral a la hora de evaluar una solicitud de cuación, aun y cuando el Reglamento y el Convenio CIADI no hacen referencia expresa a este tipo de medida, lo que puede ser fácilmente comprensible teniendo en cuenta que en el momento en que se elaboró el Convenio CIADI, en el año 1965, la actividad de la financiación por terceros y hasta la propia *caution judicatum solvi* no eran frecuente⁵⁸⁴.

Creemos que si el demandante carece de recursos suficientes para poder entablar un procedimiento arbitral, y depende de la financiación de un tercero, debe existir, como condición *sine qua non*, disposición por parte del tercero financiador a garantizar durante el procedimiento y frente a la otra parte, los costes adversos en que incurra la parte financiada⁵⁸⁵, cuestión que se justifica, mucho más, en aquellas circunstancias en las que el tercero financiador asume el control del procedimiento en lugar del demandante y dirige el procedimiento en el interés conjunto del demandante y el suyo propio, e incluso, en ocasiones, existiendo un predominio de los intereses del financiador frente a los del demandante, quedando claro que el tercero financiador es la parte realmente interesada en el procedimiento⁵⁸⁶ y; por lo tanto, podría asumir responsabilidades ante los costes adversos en los que ha incurrido el demandado⁵⁸⁷.

⁵⁸³ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: La financiación por terceros en el arbitraje internacional...*op.cit.*..., p. 218.

⁵⁸⁴ *RSM Production Corporation vs. Saint Lucia*. Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs, de fecha 13 de agosto de 2014, paragraph. 55.

⁵⁸⁵ BERGER, B.: "Arbitration Practice: Security for Costs: Trends and Developments in Swiss Arbitral Case Law", *ASA Bulletin*, Vol. 28, No. 1, 2010, p. 11.

⁵⁸⁶ Al respecto, ROSS, afirma: "[e] come to France, where we are very generous and flexible with respect to the participation of third parties in the arbitrations, the party must have some participation in the contract itself, not in the dispute that arises, but in the performance of the contract: being part of the case", ROSS, A.: "The Dynamics of Third-Party Funding". *GAR*, Vol. 7, No. 1, 2012, p. 22.

⁵⁸⁷ GALAGAN, D., ŽIVKOVIĆ, P.: "If they finance your claim, will they pay me if i win: implications of third party funding on adverse costs awards in international arbitration", *European Scientific Journal*, 2015, p. 176.

Como ya hemos comentado en epígrafes anteriores, en este tipo de arbitraje los Estados son los principales demandados, encontrándose obligados a enfrentar, con sus erarios, cuantiosos gastos al litigar. En este sentido, los Estados son parte de un procedimiento arbitral incoado por un reclamante sin capacidad financiera, por lo que éste último no correrá, en ninguna circunstancia, el riesgo de pérdidas económicas. Sin embargo, coincidiendo con la doctrina, si los Estados hacen caso omiso a la demanda, es probable que obtengan una resolución en su contra y, por otro lado, si son capaces de defenderse, también asumirán costosos gastos que, sin la debida medida provisional de constituirse una caución, serán difícilmente irrecuperables. Motivos estos que evidencian, que los Estados cuando son demandados en procedimientos de este tipo sólo tienen la opción de perder⁵⁸⁸. La constante falta de inclinación de los árbitros para decretar una *caution judicatum solvi* con el fin de garantizar que una de las partes pueda recuperar los posibles costos generados durante el procedimiento, principalmente en el arbitraje bajo las reglas del CIADI, es razón suficiente para comprender la filosofía inherente a este tipo de procedimientos en protección de los inversionistas. Así pues, el tercero financiador se encuentra totalmente protegido por la inmunidad de costos en el procedimiento. Pero resulta perfectamente posible que obtenga cuantiosos beneficios económicos si el reclamante obtiene un lado a su favor.

Por todo ello, creemos que la presencia de un tercero financiador, debería provocar una inversión automática de la carga de la prueba que le permita al tribunal decretar una *caution judicatum solvi* si el reclamante no es capaz de demostrar suficiente capacidad financiera para sufragar los posibles costos adversos generados por el arbitraje⁵⁸⁹. Ante tal situación, el financiador no debería continuar disfrutando de la misma protección que se le otorga al reclamante frente a una medida provisional como puede ser una orden de caución. En la práctica, ante las fuertes críticas por quienes se oponen a la caución, se han venido dando algunos pasos de avances al respecto. Debe reconocerse que la industria del tercero financiador en el arbitraje se ha ido adaptando a las contingencias y en la actualidad han ido ofreciendo dentro del paquete de servicios que ofrecen, su disposición en admitir la caución y el pago de las costas adversas⁵⁹⁰, generalmente mediante la contratación de un seguro ATE,

⁵⁸⁸ GU, W.: “Security for Costs in International Commercial Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, 2005, p.168. “The defendant in an arbitration initiated by a future bankruptcy only has the option of losing and becoming a debtor or becoming an unsecured creditor of the bankruptcy for the costs”.

⁵⁸⁹ Decision on Saint Lucia’s Request for Security for Costs, paragraph. 18.

⁵⁹⁰ BOGART, C.P.: “Third-Party Financing of International Arbitration”, *The Arbitration Review of the Americas*, 2017, p. 5. Véase, también; IMF Bentham <http://www.imf.com/au/practice-areas/commercial-litigation>; Harbour Litigation <https://harbourlitigationfunding.com/solutions/providing-security/>; Woodsford

proporcionando una indemnización suficiente que asegure el riesgo de los costos adversos. Tanto es así, que las pólizas de seguro de ATE se utilizan frecuentemente con el objetivo de satisfacer cualquier solicitud de garantía de costos presentada por las partes. Pero ante tan importante logro, continúan existiendo casos en los que, ni siquiera ofreciéndose un seguro de ésta magnitud, los tribunales arbitrales admiten una solicitud de caución, como sucedió en el caso *Eskosol S.p.A. in liquidazione vs. Italian Republic*⁵⁹¹.

II.4.1.2.6 *Eskosol S.p.A. in liquidazione vs. Italian Republic.*

EL presente caso nos demuestra, a diferencia de los casos anteriores, que aún y existiendo el beneficio de los fondos de terceros, los tribunales arbitrales se mantienen arraigados a su posición de no considerar necesario ordenar una medida provisional. Las reclamaciones que originaron el procedimiento arbitral se derivaron de una serie de decretos gubernamentales dictados por la Demandante (Italia) para reducir los incentivos arancelarios para algunos proyectos de energía solar. Según el Demandante (Eskosol) -establecida en Italia por una compañía belga, con el objetivo de llevar a cabo la planificación, el desarrollo y la construcción de plantas de energía solar fotovoltaica y para conectarlas a la red nacional-, dos medidas estatales adoptadas en marzo y mayo de 2011 hicieron inviable su proyecto fotovoltaico, no pudieron sufragar las deudas que habían contraído de modo que la empresa fue a la quiebra, motivo por el que presentó en el 2015 una solicitud de arbitraje ante el CIADI, basada en la supuesta violación por Italia del Tratado de la Carta de la Energía.

La Demandada en desacuerdo con los hechos planteados por el Demandante en su demanda, solicitó al Tribunal que desestimara la totalidad de las reclamaciones de Eskosol debido a su falta manifiesta de mérito legal de conformidad con la Regla de Arbitraje 41(5) del CIADI⁵⁹². Para ello, presentó cuatro objeciones, a saber: si Eskosol podría calificar como nacional de otro

Litigation Funding <http://woodsfordlitigationfunding.com/content/adverse-costs-risk>. “We do not charge an upfront fee for our adverse costs products. As with our classic funding, our return is conditional on success.”. Todos los sitios web fueron consultados el 18/02/2019.

⁵⁹¹ *Eskosol S.p.A. in liquidazione vs. Italian Republic*. ICSID Case No. ARB/15/50.

⁵⁹² Dicha regla establece; “*Salvo que las partes hayan acordado otro procedimiento expedito para presentar excepciones preliminares, una parte podrá, a más tardar 30 días después de la constitución del Tribunal, y en cualquier caso antes de la primera sesión del Tribunal, oponer una excepción relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación. La parte deberá especificar, tan precisamente como sea posible, el fundamento de su excepción. El Tribunal, después de dar a las partes la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la excepción, deberá, en su primera sesión o prontamente después, notificar a las partes su decisión sobre la excepción. La decisión del Tribunal será sin perjuicio del derecho de una parte a oponer una excepción conforme al párrafo (1) u oponer, en el curso del procedimiento, defensas de que una reclamación carece de mérito jurídico*”.

Estado contratante en virtud del Artículo 25.2.b) del Convenio del CIADI⁵⁹³, si Eskosol era un instrumento de Blusun (otra compañía) y sus dos propietarios, sobre la identidad de las partes (es decir, que Blusun y Eskosol eran las mismas partes), y sobre la identidad del objeto y la causa de la acción entre los casos de Blusun y Eskosol.

La decisión del Tribunal en un principio abordó sólo cuestiones preliminares como las objeciones de Italia. Sin embargo, una mirada más atenta ya podría vislumbrar lo que estaba por venir. Ante la nefasta situación económica del reclamante, la Demandada solicita al Tribunal que ordene una medida provisional contra el Demandante, obligando a éste a constituir una garantía bancaria con el fin de hacerle frente a los costes adversos en los que pueda incurrir. Italia argumentó la misma en que, dado que se había declarado la quiebra de Eskosol, existía un riesgo importante de que Eskosol no pudiera compensar a Italia por una eventual adjudicación de costos. Además, a pesar de que Eskosol cuenta con fondos de terceros, dicha tercera parte no estaría obligada por una orden de costos, ni tampoco estaría facultado un tribunal para ordenar al tercero que asuma un compromiso de asegurar el pago de los costos. Italia sostuvo que su solicitud era lo suficientemente urgente, ya que si su aplicación de la Regla 41 (5) se llega a confirmar, no habría más oportunidad de buscar protección para recuperar los gastos en que ha incurrido.

Italia se basó en parte en el ya citado caso *RSM vs. Santa Lucía*, en el cual se sugirió que la seguridad de los costos debería imponerse automáticamente a un reclamante financiado por un tercero, una opinión que ha sido cuestionada por los tribunales arbitrales de inversión posteriores. En suma, Italia sostiene su solicitud basada en dos cuestiones fundamentales: que existe un derecho que tiene que ser protegido y que las circunstancias presentes en el caso requieren que se ordene una medida provisional para preservar dicho derecho. Lo que demuestra que nos encontramos ante una situación de urgencia y que la medida solicitada es necesaria para prevenir daños irreparables al derecho de la parte a ser protegida. Es decir, la medida provisional solicitada por Italia tiene como principal objetivo la protección de su derecho a reclamar el reembolso de los costos en que incurra en el procedimiento⁵⁹⁴.

⁵⁹³ El cual establece; “*toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes presentaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieron acordado atribuir tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero*”.

⁵⁹⁴ *Eskosol S.p.A. in liquidazione vs. Italian Republic*. ICSID Case No. ARB/15/50. Procedural Order No. 3, Decision on Respondent’s Request for Provisional Measures, de fecha 12 de abril de 2017, párraf. 9-18.

Como era de esperar, Eskosol impugnó la facultad del Tribunal para imponer una medida como la solicitada por la Demandada, a tenor de lo establecido en artículo 47 del Convenio CIADI y la Regla de Arbitraje 39.1 del CIADI, al basarse en la opinión disidente del árbitro Nottingham en el caso *RSM vs Santa Lucía*. El Demandante argumentó que éste tipo de medida no era urgente ni necesaria para evitar daños irreparables, porque Eskosol tenía un seguro ATE con una cobertura de hasta 1.000.000 € que rebasa la cantidad solicitada por Italia, por lo que no existe un riesgo de impago de los costos por su parte y que la medida solicitada por la Demandada, una garantía bancaria irrevocable (irrevocable bank guarantee) aumentaría la carga financiera que tendrá que soportar el reclamante para poder continuar con el caso. Eskosol también sostuvo que su quiebra y la consiguiente necesidad de recurrir a fondos de terceros fueron, en su opinión, resultado de un mal comportamiento de Italia. Por lo que, de ser admitida por el Tribunal la solicitud de la Demandada, le permitiría a Italia beneficiarse de su propia mala conducta al imponerle una carga financiera aún mayor a Eskosol. Además, Eskosol sostuvo que la solicitud de Italia era puramente especulativa y, por lo tanto, no era urgente. Por todo ello, alega el Demandante, otorgar una medida de este tipo crearía un derecho procesal que en el marco del CIADI no se contempla, y permitiría a los Estados demandados reprimir las reclamaciones en su contra, teniendo en cuenta que una medida como la solicitada por la Demandada sólo puede ser posible ante la existencia de circunstancias excepcionales y que la quiebra del Demandante por sí misma no puede ser considerada como una circunstancia extraordinaria que debería de llevar al Tribunal a emitir una garantía bancaria como la solicitada por Italia⁵⁹⁵.

El Tribunal, reafirmando la posición de los tribunales arbitrales en los casos que antecedieron, no encontró ninguna exclusión o limitación sobre los tipos de medidas provisionales que un tribunal podría otorgar en virtud del Convenio del CIADI o las Reglas de Arbitraje del CIADI, y sobre esa base concluyó que tenía facultades para otorgar una caución en apoyo al arbitraje. En este sentido, el tribunal confirmó que una medida provisional solo debería otorgarse: (i) si es necesario preservar los derechos identificados, (ii) si se requiere con urgencia para ese propósito y (iii) las medidas solicitadas son proporcionales y no imponen tales cargas indebidas a la otra parte para superar la justificación para otorgarlos⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ *Ibidem*, párrafs. 7 y 19-30.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, párrafs. 31-36

El Tribunal, si bien reconoció la imposibilidad de que Eskosol pudiera hacer frente a los costos del procedimiento exigidos por Italia, y que el tercero financiador no estaba obligado al pago de los mismos, se mostró satisfecho con el hecho de que la solicitud de medidas provisionales de Italia no era necesaria ni urgente, dada la póliza de seguro ATE de Eskosol. La póliza se obtuvo con el propósito de proteger a Eskosol del riesgo de una posible orden de caución contra el Demandante ya sea por los costos adversos o un laudo que lo obligara a pagar las costas del procedimiento. Además, agrega el Tribunal, Italia no ha mostrado ninguna necesidad inminente de un mecanismo diferente, o que el umbral de la póliza de seguro sería insuficiente para cubrir sus costos. Incluso, si más adelante en el proceso Italia pudiera demostrar que sus costos legales potencialmente recuperables superarían los 1.000.000, € (importe del seguro ATE) aún tendría que demostrar que la protección de la capacidad potencial de Italia para recuperar dichos costos adicionales sería proporcional a la carga potencial de Eskosol para adquirir las cantidades adicionales⁵⁹⁷. Por los motivos expuestos, el Tribunal decide rechazar la solicitud presentada por la Demandada.

En este caso, el Tribunal reconoció la existencia de una dicotomía potencial entre la falta o no de facultades de un tribunal del CIADI para proteger el derecho del Demandante de tener un adecuado procedimiento arbitral y obtener un laudo favorable, y el poder del Tribunal de otorgar una medida provisional para proteger el derecho de un Estado para recuperar los gastos ocasionados por el procedimiento arbitral. El propio Tribunal reconoció que, si bien los Estados pueden estar legítimamente preocupados por no poder recuperar los costos en los que han incurrido durante el procedimiento, el Convenio del CIADI no lo prevé explícitamente. Aunque reconoció que la jurisprudencia arbitral no ha sido unánime al respecto, mientras que algunos tribunales arbitrales han dudado de que exista un peligro real que atente contra el derecho de la parte que solicite una protección mediante una medida provisional para garantizar los costos adversos, otros reconocen que tal derecho existe y que debe ser protegido en circunstancias excepcionales.

Sin embargo, consideramos que la conclusión a la que llegó el Tribunal careció de un mayor análisis de fondo de la cuestión al decidir que, aunque en principio Italia, como parte del procedimiento, tenía un derecho que debía de ser preservado, que merecía protección en circunstancias excepcionales, Italia no había demostrado la existencia de tales circunstancias.

⁵⁹⁷ *Ibíd.*, párraf. 37.

Por tales motivos, el Tribunal, al considerar el concepto del derecho que requiere protección y por el cual se otorgaría la garantía de costos solicitada por la Demandada, se distanció totalmente de las consideraciones del tribunal del caso *RSM vs. St Lucía*. Finalmente, el Tribunal en este caso no consideró si la garantía solicitada por Italia para recuperar los costos en el procedimiento tendría el efecto de preferir a Italia antes que a otros acreedores de Eskosol, motivo por el cual los tribunales a veces niegan tal solicitud.

En conclusión: el caso analizado nos demuestra la otra cara oscura respecto a la denegación de una *caution judicatum solvi* en el arbitraje internacional. Ni siquiera con la existencia de un seguro ATE para hacer frente a la misma es posible, aún y cuando las circunstancias de quiebra del reclamante están presentes.

Como se demuestra en el presente epígrafe, las facultades del tribunal arbitral en el procedimiento inversionista-Estado bajo las reglas del CIADI para otorgar una garantía de costos ha sido un tema muy cuestionado. Ahora bien, retomando una vez más las actuales enmiendas propuestas por el CIADI, podemos percatarnos que en el apartado de procedimientos especiales, se establecen los criterios de necesidad y urgencia que deben considerar el tribunal para poder decretar una medida provisional⁵⁹⁸, lo que consideramos un paso de avance muy importante en caso de ser aprobada dicha propuesta, al permitir que las partes puedan conocer aquellas situaciones por las cuales pueden solicitar dicha medida, encontrándose tácitamente reguladas en el Reglamento. Cuestión ésta que en la actualidad depende de la interpretación que realizan los propios tribunales teniendo en cuenta las particularidades del caso.

Por nuestra parte, constituye la regla excepcionalísima en las actuales propuestas de enmiendas del CIADI, la propuesta de una nueva e independiente regla que le permite al tribunal ordenar una garantía por costos: *“Una parte podrá solicitar que el Tribunal ordene que la otra parte otorgue una garantía por costos del procedimiento y determine los términos adecuados para el otorgamiento de dicha garantía”*⁵⁹⁹. Consideramos muy acertada la

⁵⁹⁸ Propuesta de Regla 50 del Reglamento de Arbitraje del CIADI: *“En cualquier momento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para salvaguardar sus derechos, lo cual incluye medidas para: (a) impedir acciones que probablemente ocasionen: (i) un daño actual o inminente a la otra parte; o (ii) un menoscabo al proceso arbitral; (b) mantener o restablecer el status quo hasta que se decida la diferencia; y c) preservar los medios de prueba que pudieran ser relevantes para la resolución de la diferencia”*.

⁵⁹⁹ Propuesta de Regla 51 del Reglamento de Arbitraje del CIADI.

propuesta. Aún y cuando su aplicación en la práctica demuestre que puede ser mejorada, al menos, son indicios de que el CIADI se ha interesado en el tema con la redacción de una nueva regla que regule únicamente la garantía por costos. De ser aprobada la misma, el tribunal arbitral deberá considerar, antes de ordenar tal medida, la capacidad que tiene la parte pertinente para cumplir con una decisión adversa en materia de costos y cualquier otra circunstancia relevante. En caso de incumplimiento de dicha orden por la parte obligada, el Tribunal podrá suspender el procedimiento durante un máximo de 90 días y, con posterioridad a esa fecha, podrá interrumpir el procedimiento previa consulta a las partes⁶⁰⁰. Lo que demuestra las amplias facultades otorgadas al tribunal en la nueva propuesta que, de ser aprobada, le permitirá a los Estados demandados, poder recuperar los costos incurridos en el procedimiento o, en caso contrario, la interrupción del procedimiento⁶⁰¹.

II.5 Las audiencias públicas en el arbitraje internacional: un análisis desde la práctica de los tribunales arbitrales en el arbitraje inversionista-Estado.

La privacidad es un concepto fuertemente arraigado en el arbitraje internacional y trae a colación el interrogante de si los procedimientos arbitrales pueden estar abiertos a la participación de terceras personas distintas a las partes litigantes. Dicha cuestión ocupa el centro del debate de la transparencia en la normativa respecto al arbitraje de inversiones, en la que se pone de manifiesto el derecho de las Partes contendientes a limitar el acceso de terceras personas al proceso.

El Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI, en su Regla 39(2) y la Regla 32(2) del Reglamento de Arbitraje del CIADI, coinciden en establecer una variante más amplia respecto a la posibilidad de participación de terceros ajenos al proceso en las audiencias ⁶⁰², o sea, permite que el propio tribunal pueda decidir sobre la participación de terceros en las audiencias una vez consultado al Secretario General y sin objeción de las partes, por lo que, a pesar de las facultades discrecionales otorgadas a los tribunales, los

⁶⁰⁰ Propuesta de Regla 51(4) del Reglamento de Arbitraje del CIADI: “*Si una parte incumpliera una orden de garantía por costos, el Tribunal podrá suspender el procedimiento hasta que se otorgue la garantía. Si el procedimiento se suspendiera durante más de 90 días, el Tribunal podrá, previa consulta a las partes, ordenar la discontinuación del procedimiento*”.

⁶⁰¹ Propuesta de Regla 57 del Reglamento de Arbitraje del CIADI: “*Si las partes omiten actuar dentro de los 30 días siguientes a la notificación a la que se hace referencia en el párrafo (1), se entenderá que las partes han discontinuado el procedimiento, y el Tribunal podrá emitir una resolución dejando constancia de la discontinuación*”.

⁶⁰² En este sentido, teniendo en cuenta la coincidencia entre el artículo 39 (2) del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario y el artículo 32 (2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

procedimientos se ventilaban a puerta cerrada, predominando esta forma de celebración de audiencias en relación con las audiencias abiertas o con participación de terceros.

En el año 2004, con el objetivo de responder a las grandes demandas de transparencia en el arbitraje de inversiones, el CIADI inicia un procedimiento de revisión de sus normas, en las que, en principio, y de acuerdo con la propuesta original, permitía que los tribunales arbitrales decidieran respecto a la participación de terceros en las audiencias, privando a las Partes contendiente de la decisión final sobre la privacidad de las mismas. Pero, como era de esperar, la propuesta fracasó, no obtuvo la cantidad de votos necesarios para su aprobación en el Consejo de Administración del CIADI⁶⁰³, optándose por una norma en la que el tribunal pudiera decidir la celebración de audiencias con participación de terceros siempre que conste el consentimiento de las partes. La única diferencia material entre las reglas original y la revisada es que, en lugar de que el tribunal tenga que buscar activamente el consentimiento de las partes, es decir, el deber de actuar, de acuerdo con las reglas actuales, en la revisada el tribunal podía decidir abrir audiencias por sí mismo, correspondiendo a las partes protestar la decisión, existiendo un cambio de una “regla de consentimiento” a una “regla de veto”⁶⁰⁴. Por lo que la privacidad de los procedimientos sigue estando en manos de las partes.

Como resultado de la estricta norma de privacidad de las audiencias en el arbitraje de inversiones, nos encontramos que solo pueden celebrarse públicamente siempre que exista el consentimiento de las partes. En el caso *Aguas Argentinas S.A, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A and Vivendi Universal S.A vs. Argentina*, puede apreciarse el pronunciamiento claro del tribunal respecto a la privacidad de las audiencias, al expresar: “*Rule 32 (2) is clear that no other persons, except those specifically named in the Rule, may attend hearings unless both Claimants and Respondent affirmatively agree to the attendance of those persons ... Although the Tribunal, as the Petition asserts, does have certain inherent powers with respect to arbitral procedure, it has no authority to exercise such power in opposition to a clear directive in the Arbitration Rules, which both Claimants and Respondent have agreed*

⁶⁰³ ASTERITI, A., TAMS, CH. J.: “Transparency and Representation of the Public Interest in Investment Treaty Arbitration” in Schill, S. (Ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, 2010, p. 794.

⁶⁰⁴ PLAGAKIS, S.: “Webcasting” in NAKAGAWA, J. (Ed.): *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement*, London, 2013, p. 90.

will govern the issue ... The crucial element of consent by both parties to the dispute is absent in this case”⁶⁰⁵.

En ese mismo sentido, respecto a la privacidad de las audiencias en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, varios de los tribunales que operan bajo las Reglas del TLCAN no difieren en sus manifestaciones a las de los Tribunales del CIADI⁶⁰⁶. La ambigüedad de las normas aplicables, así como la falta de voluntad de los propios tribunales para intentar ampliar sus facultades procesales, ante un fuerte e inamovible principio de privacidad, reafirman la imposibilidad de llevar a cabo una apertura de los procedimientos en el arbitraje de inversiones, lo que impide, a su vez, una mayor transparencia en el proceso. Por lo que sigue estando la cuestión de publicidad de las audiencias en manos de las partes en litigio, a menos que dicha cuestión sea expresamente regulada por los Estados en el propio tratado. Mientras los tratados sigan remitiendo la cuestión de publicidad de las audiencias a las normas aplicables, las partes en el tratado, como tales, no tienen influencia sobre las mismas, por lo que la publicidad de las audiencias seguirá en manos de las Partes contendientes.

Sin embargo, la rigidez del sistema actual no significa que no haya habido desarrollo con respecto a la apertura de procedimientos de arbitraje de inversión. Como hemos comentado en el capítulo anterior, desde el 2004, las partes del TLCAN, bajo el Capítulo Once, se han comprometido a consentir audiencias públicas en procedimientos de arbitraje. Como resultado, la mayoría de las audiencias de dicho capítulo están abiertas al público. Las audiencias abiertas en los procedimientos del Capítulo Once en el marco del Mecanismo Complementario del CIADI, suelen contar con el apoyo de las instalaciones del CIADI en Washington. Las audiencias en los procedimientos del Capítulo Once bajo las reglas de la CNUDMI, son a menudo apoyadas por las oficinas del CIADI o la Corte Permanente de Arbitraje⁶⁰⁷ con sede en la Haya. Cuando se acuerdan audiencias abiertas, son estas instituciones en cooperación con los tribunales las que proporcionan los arreglos logísticos necesarios. Pero, el último desarrollo

⁶⁰⁵ *Aguas Argentinas S.A, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A, Vivendi Universal S.A vs. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amici Curiae, 2005. Una explicación detallada del caso puede consultarse en; FERNÁNDEZ MASÍA, E.: “Primeras aplicaciones de las nuevas reglas de arbitraje del CIADI sobre transparencia y participación de terceros en el procedimiento arbitral”, *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 4, 2007, pp. 229-237.

⁶⁰⁶ Al respecto, véase los casos; *Methanex vs. Estados Unidos de América*, Caso CNUDMI, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as Amici Curiae, paragraph 40-42, 2001. *United Parcel Service vs. Canadá*, Caso CNUDMI, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as Amici Curiae, paragraph 67, 2001.

⁶⁰⁷ En lo adelante CPA.

logístico es la difusión de los procedimientos de arbitraje a través de Internet. La divulgación por Internet tiene ventajas significativas en comparación con la difusión en circuito cerrado, al facilitar el acceso al público, los problemas relacionados con la capacidad del local, la distancia geográfica y, en cierta medida, el coste económico de los procedimientos no resulta del todo preocupante.

El primer arbitraje de inversiones que incluyó audiencias públicas transmitidas a través de internet fue el caso de *Pac Rim Cayman LLC vs. República de El Salvador*⁶⁰⁸, establecido bajo las Reglas del CIADI sobre la base del TLC CAFTA-DR⁶⁰⁹. También se repitió en el procedimiento *Corporación de Desarrollo Ferroviario vs. República de Guatemala y Comercio Group Corp. y San Sebastián Mines de Oro Inc. vs. República de El Salvador*⁶¹⁰, ambos casos se llevaron a cabo dentro del mismo tratado y marco institucional que el caso *Pac-Rim Cayman LLC vs. República de El Salvador*. Las audiencias del arbitraje del caso *Bilcon vs. Canadá*⁶¹¹, bajo las reglas del TLCAN, llevado a cabo de acuerdo con las normas de la CNUDMI con los auspicios de la CPA, también fueron retransmitidas por internet desde la sede de la CPA en La Haya.

Sin embargo, si bien las audiencias celebradas bajo el TLCAN y el CAFTA-DR se han celebrado de forma abierta, públicas, no podemos decir lo mismo respecto a las audiencias celebradas ante el CIADI. Tanto es así, que se hace imposible poder conocer hasta la fecha cuántas de las audiencias celebradas ante el CIADI han sido públicas, aunque debe reconocerse que los tratados a través de los cuales se llevan a cabo dichos arbitrajes no establecen la obligatoriedad de la publicidad de dichos procesos, a diferencia del TLCAN y el CAFTA-DR. Por lo que los vientos siguen soplando a favor de la no publicidad y en contra de la transparencia en la gran mayoría de los procedimientos de arbitraje de inversiones que se celebran a nivel mundial.

No obstante, reconociendo que los avances obtenidos respecto a la participación de terceros y la celebración de audiencias públicas no han sido lo suficientemente satisfactorios, resulta

⁶⁰⁸ *Pac Rim Cayman LLC vs. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, 2009.

⁶⁰⁹ El cual, en su Artículo 10.21 (2), prevé audiencias públicas obligatorias.

⁶¹⁰ Véase; *Railroad Development Corporation (RDC) vs. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, 2007; *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. vs. The Republic of El Salvador*.

⁶¹¹ *Bilcon of Delaware vs. Government of Canada* (UNCITRAL), PCA Case No. 2009/04, 2008. Véase, PCA Press Release. Disponible en: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1341, consultado el 18/02/2019.

muy importante el avance que se ha obtenido en el texto de propuesta del TPP al respecto, el cual prevé la celebración de audiencias públicas⁶¹², lo que constituye un hecho trascendental para el arbitraje de inversiones a nivel internacional. A diferencia de las reglas arbitrales comentadas antes, el TPP da un paso cualitativamente superior respecto a la celebración de las audiencias públicas: las mismas son de carácter obligatorio y sólo se permite su celebración de forma privada, cerradas al público, de forma temporal. Tanto es así, que el propio tratado no otorga facultades al tribunal para que pueda eludir las normas de transparencias establecidas y se priva de cualquier discrecionalidad residual al tribunal para que por motivos logísticos o de integridad del proceso arbitral -como sucede en las reglas de transparencia de la CNUDMI- pueda interponer excepciones a las normas de transparencia, lo que resulta un paso muy importante en busca de una mayor transparencia en el procedimiento arbitral de inversiones. El fortalecimiento de iniciativas como estas puede propiciar, en un futuro próximo, la existencia de un derecho de acceso público a las audiencias en el arbitraje inversionista-Estado equivalente al derecho de acceso público a los procedimientos judiciales.

Por todo lo anterior, resulta difícil predecir la publicidad de las audiencias en el arbitraje de inversiones en el futuro. Es poco probable que los tribunales puedan enfatizar en dicha cuestión e incentivar la publicidad del proceso, debido a que los propios tratados firmados entre los Estados no favorecen dicha condición y es ínfimo el número de tratados que establecen la publicidad de las audiencias en el arbitraje de inversiones. No obstante, existe presión por parte de la sociedad civil, ONGs, que exigen un cambio de perspectiva respecto a la publicidad del arbitraje. En este sentido, podemos apreciar que dichas exigencias van siendo aceptadas por algunos de los Estados, lo que se evidencia en el propio TLCAN, el cual en la Sección 2.2, no establece una obligatoriedad respecto a la publicidad de las audiencias. Sin embargo, la mayoría de las audiencias, un gran número de los arbitrajes celebrados bajo el Capítulo Once han sido públicas, los propios Estados han manifestado su consentimiento en que dichas audiencias así lo sean. En este mismo sentido, las propuestas de enmiendas del CIADI presentadas a finales del año 2018, muestran el interés del CIADI por la apertura al público de las audiencias. Aunque no se reconoce de forma obligatoria las audiencias públicas, se propone

⁶¹² El Art. 9.23(2) del TPP establece: “*The tribunal shall conduct hearings open to the public and shall determine, in consultation with the disputing parties, the appropriate logistical arrangements. If a disputing party intends to use information in a hearing that is designated as protected information or otherwise subject to [protection under] paragraph 3 it shall so advise the tribunal. The tribunal shall make appropriate arrangements to protect such information from disclosure which may include closing the hearing for the duration of the discussion of that information*”.

establecer que las mismas lo serán siempre que una de las partes no se oponga. Es decir, a diferencia de las actuales reglas en las que debe existir el consentimiento de las partes, en la nueva propuesta existe una presunción de que serán públicas las audiencias con la única excepción de que una de las partes no esté de acuerdo⁶¹³.

Consideramos que no puede sostenerse la idea de que la mayoría de los inversores están en contra de dotar de más publicidad y transparencia los procedimientos de arbitraje, porque de ser así estaríamos incurriendo en una generalización gratuita. Por el contrario, a la luz del debate sobre la legitimidad y el nivel generalmente bajo de comprensión y conciencia del Derecho de inversiones entre la población en general, resulta de gran interés, tanto para los inversionistas como para los propios Estados, permitir el acceso a los procedimientos como una forma de mostrar en qué consiste realmente este tipo de disputas.

II.6 Conclusiones Parciales.

PRIMERA: En el ámbito del arbitraje internacional, la transparencia ha ganado mayor espacio, teniendo éxito en algunas cuestiones clave. Tanto las ONGs como diversas representaciones de la sociedad civil, han logrado más derechos de participación en los procedimientos de arbitraje internacional de inversiones, especialmente en la aceptación de las comunicaciones *amicus curiae*, algo que se refleja en las enmiendas del Reglamento de Arbitraje del CIADI, la adopción de las nuevas Reglas de Transparencia de la CNUDMI y, la jurisprudencia. Sin embargo, aunque los esfuerzos recientes muestran signos de mejora, el nivel de participación de terceros en los procedimientos sigue siendo limitado. La transparencia en cuanto al conocimiento de los documentos es relativamente restringida y la mayoría de las audiencias se celebran en privado.

SEGUNDA: La participación de terceros no debe verse como un obstáculo al arbitraje internacional en materia de inversión extranjera, sino como una manera de garantizar la transparencia del mismo, medida que podría ser complementada con una mayor publicidad de los fallos que en ellos se emitan. Ello permitirá un fortalecimiento y legitimación del ISDS, al complementarse los argumentos de las partes en conflicto en causas de interés público, con los

⁶¹³ Propuesta de Regla 47 del Reglamento de Arbitraje del CIADI: “*El Tribunal permitirá que otras personas además de las partes, sus representantes, testigos y peritos(as) durante su testimonio, así como las personas que asistan al Tribunal observen las audiencias, a menos que cualquiera de las partes se oponga*”.

puntos de vista que legítimamente pueden plantear un tercero a la controversia y que y que pudiesen verse indirectamente afectados por la solución de la controversia que se trate.

TERCERA: La brecha de transparencia existente entre el arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversiones debe ser mantenida como cuestión general. Pero el interés público en determinados casos de arbitraje comercial internacional puede ser significativo, especialmente, en los casos en los que existe presencia del Estado o relacionados con entes públicos, en los cuales la privacidad y confidencialidad deben ceder su espacio a la transparencia del procedimiento, siendo mucho más evidente en el arbitraje de inversión.

CUARTA: El hecho de que una de las partes en el arbitraje de inversiones sea el Estado es razón suficiente para exigir transparencia en el procedimiento, teniendo en cuenta la fuerte presencia de interés público. Dado que el arbitraje internacional de inversiones sigue siendo en la gran mayoría de los casos confidencial y, teniendo en cuenta el hecho de que los intereses públicos están a menudo en juego, surge la necesidad de un argumento defendible que pasa por alto la confidencialidad en favor de la transparencia.

QUINTA: Existe una ausencia en las reglas institucionales, normas internacionales y hasta en los propios TBI -en el caso específico del arbitraje de inversiones-, que regulen la práctica de la financiación por terceros en el arbitraje internacional, que permitan, a la vez, un equilibrio entre el tercero financiador y el resto de las partes en la relación jurídica, lo que ha propiciado que el tercero financiador se convierta en un eslabón imprescindible para el Demandante en el arbitraje internacional, sin restricciones legislativas al respecto. Es por ello que, en busca de una mayor transparencia de los procedimientos de arbitraje con presencia de terceros financiadores, especialmente en el arbitraje inversionista-Estado, se hace necesario una actualización de las reglas arbitrales y que las mismas establezcan: primero, la obligación de revelación del tercero financiador y el acuerdo de financiación a todas las partes involucradas en el caso; creemos que dicha obligación es muy útil y necesaria, a la luz de las graves consecuencias que un acuerdo de financiación desconocido, no revelado, puede causar al procedimiento arbitral, como puede ser, entre otras, la existencia de posibles conflictos de interés. Y, en segundo lugar, que dicha regulación, otorgue mayor competencia al tribunal arbitral para que el mismo pueda pronunciarse respecto al acuerdo de financiación y la relación del tercero financiador con el procedimiento arbitral. De esta forma, se le confiere al tribunal mayor responsabilidad pública y alto nivel de transparencia en el arbitraje internacional.

También es necesario que la comunidad arbitral internacional asuma un rol más activo en la construcción de un régimen significativo que regule la participación de terceros financiadores en el arbitraje internacional.

SEXTA: En relación con la financiación por terceros en el arbitraje internacional, y ante la ausencia total de una regulación internacional de dicha actividad que permita revelar la presencia de un tercero financiador en el procedimiento arbitral, proponemos, como posibles modificaciones parciales a las actuales reglas institucionales, las siguientes:

- que en todo procedimiento arbitral se tenga en cuenta, para la evaluación o información de la independencia e imparcialidad de los árbitros, la información sobre posibles relaciones o tratos de éstos con terceros financiadores. Información que actualmente no es tomada en cuenta, debido al estado embrionario en el que se encuentra la financiación por terceros;
- que exista un deber de información de la Parte financiada hacia la institución arbitral, o autoridad responsable del nombramiento de los árbitros -en caso de un arbitraje bajo reglas *ad hoc*-, de que la misma está siendo financiada por un tercero, revelando a su vez, los posibles conflictos de interés del financiador con relación a otras actividades inversoras llevadas a cabo;
- una vez que la institución reciba la notificación de una de las Partes contendientes de que está siendo financiada por un tercero, la institución debe, automáticamente, verificar la posible existencia de conflictos de interés, manteniendo siempre la protección de la información confidencial que guarda relación con el caso y;
- debe garantizarse, en principio, y a consideración del tribunal, que la existencia de un tercero financiador no sea tomada en cuenta en la decisión del procedimiento, en relación con los costos o la seguridad de los mismos, ya que, si el Demandante obtiene un resultado favorable en el procedimiento, disfrutará el éxito. Pero, en caso contrario, teniendo en cuenta que el Demandante acudió al financiador por carencia financiera para hacer frente al procedimiento, ¿quién asume entonces las costas del mismo? Es por ello, que proponemos que sea a consideración o facultad del propio tribunal arbitral,

el tener en cuenta la presencia del tercero financiador en la decisión final respecto a los costos.

CAPÍTULO III: LA TRANSPARENCIA EN LA DESIGNACIÓN DE LOS ARBITROS Y LA PREVENCIÓN DEL CONFLICTO DE INTERÉS

III.1 Introducción.

El arbitraje internacional es muy utilizado por los actores del comercio y los negocios internacionales en la solución de sus disputas, tanto en el arbitraje comercial en el que la inmensa mayoría de los contratos contienen cláusulas o convenios arbitrales para dirimir sus controversias como en el arbitraje de inversiones, siendo incorporado en contratos o cláusulas de TBI entre Estados e inversionistas. Es escogido el arbitraje, entre otras razones, por ser un foro en teoría neutral, despojado de toda injerencia que pueda poner en duda la imparcialidad e independencia del árbitro. Sin embargo, no está exento de críticas y problemas relacionados con la parcialidad y dependencia de los árbitros, dudas que ponen en peligro la credibilidad del sistema arbitral y la confianza de las partes en el instituto del arbitraje, piedra angular del mismo.

El arbitraje como mecanismo de solución de controversias, coincidiendo con la primera sección del Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje (CEA), debe garantizar la posibilidad de generar decisiones arbitrales que sean percibidas por las partes como imparciales⁶¹⁴. Las normas de ética profesional, “principio de orden moral por el que debe regirse la actuación de todo profesional”⁶¹⁵, deben estar presentes en toda profesión. Sin embargo, adquieren mucha más relevancia en el desempeño del ejercicio profesional del árbitro, teniendo en cuenta las particularidades del arbitraje que lo hacen ser distinto del resto de especialidades en el ámbito jurídico, principalmente a partir de la función cuasijudicial que desarrollan los árbitros. Las características que se valoran en los árbitros son semejantes a las que aspiramos que tengan los jueces nacionales, no basta con que los árbitros sean capaces de contar con una renombrada carrera profesional o gran prestigio internacional, sino también que cuenten con amplios conocimientos del Derecho en la especialidad más relevante del litigio, así como su formación integral, la imparcialidad y la independencia. Una de las reglas fundamentales en todo reglamento arbitral es que el árbitro actúe siempre de manera imparcial,

⁶¹⁴ Código de Buenas Prácticas Arbitrales del CEA, 2005, p. 3. Disponible en: www.clubarbitraje.com, consultado 18/02/2019.

⁶¹⁵ FIGUEROA VALDES, J.E.: “La etica en el arbitraje internacional”, *XXXIX Conferencia de la Inter-American Bar Association*, New Orleans, 2003, p. 3.

independiente, diligente y eficientemente durante todo el procedimiento, para que pueda brindarle a las partes una resolución justa y efectiva de la disputa⁶¹⁶.

Desde el momento en que el nombramiento de los árbitros se funda en la confianza y seguridad de las partes en litigio, el obligado respeto y cumplimiento de las normas de ética profesional por parte de los árbitros reviste una trascendental importancia, de ello depende no solo la dignidad del árbitro y la integridad del procedimiento arbitral, sino también el prestigio del instituto del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos⁶¹⁷. El desarrollo de la profesión legal y la del árbitro a nivel internacional han tenido que ir perfeccionándose con el decursar del tiempo para poderse adaptar a los imperantes cambios de un mundo cada vez más globalizado, en el que las relaciones comerciales transfronterizas se han multiplicado en las últimas décadas, favoreciendo, en gran medida, no sólo el auge del arbitraje y su perfeccionamiento como institución, sino también que profesionales del Derecho con sobrada experiencia en el quehacer de su profesión puedan actuar como representantes legales de las partes y, en determinadas ocasiones, desempeñarse también como árbitros.

Esta dualidad de roles en el ejercicio profesional ha sido muy criticada a nivel internacional, por las dudas que puede generar respecto al cumplimiento de los requisitos de imparcialidad e independencia por parte de abogados y árbitros en el arbitraje internacional⁶¹⁸, lo que puede traer a colación el surgimiento de situaciones o ciertas circunstancias en el marco del arbitraje internacional generadoras de conflicto de interés⁶¹⁹. Es por ello, que en el arbitraje internacional la exigencia de neutralidad de los árbitros es siempre máxima, tanto es así que la búsqueda de un estándar de neutralidad en el arbitraje internacional se ha convertido en una de las principales reclamaciones a nivel internacional, lo que no deja de tener grandes complejidades⁶²⁰ en el arbitraje de inversiones a partir del reducido número de árbitros especializados que condiciona una repetición en el nombramiento de los árbitros.

⁶¹⁶ PARK, W.W.: "Arbitrators and Accuracy", *J. Int'l Disp. Settl.*, Vol. I, No.1, 2010, pp. 25-53.

⁶¹⁷ NOEMÍ PUCCI, A.: "O Arbitro Na Arbitragem Intenacional Principios Éticos", en NOEMÍ PUCCI, A.: *Arbitragem Comercial Internacional*, Editora LTR, Sao Paulo, Brasil, 1998, p. 118.

⁶¹⁸ FIERRO VALLE, E.J.: "Conflicto de intereses en el arbitraje internacional: el fenómeno del Double-Hatting", *Arbitraje PUCP*, 2014, p. 59.

⁶¹⁹ CARLEVARIS, A.: "Global Development: The 1998 ICC Rules and Some Recent Trends in International Commercial Arbitration", *Croatian Arbitration Yearbook*, 2002, p. 9.

⁶²⁰ ROGERS, C.A.: "Regulating International Arbitrators: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct", *STAN. J INT'L L.*, Vol. 41, 2005, p. 56.

En el ámbito del arbitraje internacional se entiende por conflicto de interés cualquier situación que pueda dar indicios a que el árbitro pueda tener algún interés directo o indirectamente en el resultado final del litigio⁶²¹. Ante tal situación, juegan un papel fundamental las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional⁶²², que tienen como principal objetivo lograr a nivel global una homogeneidad en relación con aquellas situaciones que pueden favorecer a la existencia de conflictos de intereses en el arbitraje internacional, las cuales son capaces de determinar los supuestos en los que el árbitro debe o no revelar ciertas situaciones, haciendo del principio de imparcialidad e independencia del árbitro su esencia principal.

Las Directrices se basan en las mejores prácticas actuales en el arbitraje internacional, ofrecen un conjunto de normas con el principal objetivo de favorecer la búsqueda de una mayor seguridad jurídica y preservar la integridad, la transparencia y equidad de los procedimientos de arbitraje⁶²³, motivo por el cual son objeto de reflexión en el presente capítulo, a partir de un análisis del conflicto de interés, los mecanismos existentes para su prevención, el principio de imparcialidad e independencia en la actuación del árbitro y la influencia que tiene la transgresión de dichos principios en el laudo arbitral.

III.2 El nombramiento de los árbitros, el conflicto de interés y su prevención en el arbitraje internacional.

El nombramiento de los árbitros una vez designados por las partes⁶²⁴, así como la autonomía de éstas es un rasgo característico del arbitraje⁶²⁵, una de sus principales ventajas es que las partes eligen los árbitros que decidirán sobre la controversia⁶²⁶. Sin embargo, dichas ventajas

⁶²¹ D FRY, J., STAMPALJA, J.I.: “Forged Independence and Impartiality: Conflicts of Interest of International Arbitrators in Investment Disputes”, *Arbitration International*, Vol. 30, 2014, p. 193.

⁶²² En lo adelante, Directrices.

⁶²³ SESSLER A.C.: “The 2014 IBA Guideline on Conflicts of Interest in International Arbitration”, *Skadden*, 2015, p. 1.

⁶²⁴ VAN HARTEN, G.: “Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law”, in SCHILL, S.W (Ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, p. 643.

⁶²⁵ “Report of the ASIL-ICCA Joint Task Force on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration”, International Council for Commercial Arbitration (ICCA), No. 3, 2016, p. 9. Disponible en: http://www.arbitrationicca.org/media/6/81372711507986/asil-icca_report_final5_april_final_ridderprint.pdf, consultado el 18/02/2019.

⁶²⁶ En este sentido, el Convenio del CIADI, Art. 37(2) a), establece que: “*El tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombra según lo acuerden las partes*”; estando en relación con la Regla 3, del Reglamento de arbitraje del CIADI. El reglamento de la CCI, coincide en que los árbitros serán designados por voluntad de las partes al reconocer, en su Art. 13.2, “*El secretario General podrá confirmar como coárbitros, árbitros únicos y presidentes de tribunal arbitral a aquellas personas, designadas por las partes o en*

no están exentas de problemas. Para algunos autores⁶²⁷ pueden afectar negativamente la independencia e imparcialidad del árbitro.

En el arbitraje internacional no sólo deben establecerse normas de transparencia que rijan únicamente el procedimiento arbitral, sino también las actuaciones y nombramientos de los árbitros y del tribunal arbitral, máxime cuando el árbitro, a diferencia de un juez estatal, es un sujeto privado nombrado por las partes para resolver una disputa específica, el cual no está exento de desarrollar varias funciones en el ejercicio profesional⁶²⁸. Pero el desempeño de su función arbitral no puede estar desprovisto del cumplimiento de principios como la independencia y la imparcialidad, inherentes a su condición de árbitro.

La imparcialidad y la independencia deben tenerse en cuenta a la hora de encomendarle a cualquier profesional la función de arbitrar una disputa determinada, es decir de ser parte de un tribunal arbitral para dirimir un conflicto en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales o de las inversiones extranjeras, ya que el futuro laudo que resuelva el litigio tendrá la misma eficacia que si de una sentencia judicial se tratase, lo que justifica la confianza depositada en el tribunal arbitral que es equivalente a la depositada en el juez, aunque la presunción de imparcialidad e independencia del árbitro no es asumida, *prima facie*, de igual manera que por el órgano judicial, al que la imparcialidad le es inherente por normas constitucionales del debido proceso⁶²⁹. Condición ésta que también justifica la necesidad de existencia de normas de transparencia en el nombramiento de árbitros y la prevención del conflicto de interés.

Precisamente, el conflicto de interés tiene cabida cuando existen indicios o circunstancias que demuestren la existencia de un interés personal del árbitro que le impide actuar independiente e imparcialmente mientras ejerce su función arbitral⁶³⁰, cuando existe un interés

virtud de lo acordado por éstas (...)". De este mismo modo, los Arts. 7 y 8 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, reconocen que el nombramiento de los árbitros será siempre que las partes hayan manifestado su consentimiento al respecto, en caso contrario, actuará la autoridad nominadora, quedando establecido en el Art. 7.1 que, "*Si las partes no han convenido previamente en el número de árbitros (...)*".

⁶²⁷ CLEIS, M.N.: *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions*, Brill Nijhoff, Leiden | Boston, Vol. 8, 2017, p. 23.

⁶²⁸ ALONSO, J.M.: "Transparencia en la designación de árbitros y la prevención de conflictos de intereses", *Revista Jurídica de Castilla y León*, No. 29, 2013, p. 3.

⁶²⁹ TRAPPE, J.: "The Arbitration Proceedings: Fundamental Principles and Rights of the Parties", *JIA*, Vol. 15, 1998, p. 94.

⁶³⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión", *Arbitraje*, Vol. VI, No. 3, 2013, p. 807.

material del árbitro en la decisión, una prevalencia de los beneficios del árbitro sobre el ejercicio de su deber de actuar independiente e imparcial. El conflicto de interés constituye la materialización de la dependencia y parcialidad del árbitro, o al menos la existencia de “dudas justificadas y suficientes sobre la ausencia de estos principios”⁶³¹. Con el desarrollo del arbitraje internacional y de la propia profesión legal son muchas las situaciones que pueden ser constitutivas de un conflicto de interés, destacándose actualmente el “*double-hatting*”, muy común en el arbitraje internacional y que se materializa cuando árbitros en una controversia administrada por una institución determinada actúan también como abogados representantes de partes en una disputa ante la misma institución, lo que tiene como causa fundamental el hermético marco en el que se encuentran los profesionales que se dedican al arbitraje, por el reducido número de árbitros. Tanto es así que actualmente forman parte del selecto club un pequeño número de abogados de los grandes despachos a nivel internacional y algunos profesores de gran prestigio en la materia, lo que favorece la existencia de una dualidad en el desempeño de sus funciones, como árbitros y abogados de parte, es decir, quienes recusan un árbitro hoy pueden ser objeto de recusación mañana⁶³².

El fenómeno del “*double-hatting*” no deja de ser objeto de críticas a nivel internacional, críticas que se fundamentan en las dudas que genera respecto de la imparcialidad e independencia de los árbitros y que han intentado prohibir, frenar, la práctica de que abogados que representen intereses de partes comúnmente puedan participar también como árbitros, mediante el desarrollo de nuevas propuestas como la creación de un cuerpo neutral e independiente que nombre a los árbitros, la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones, reformar la normativa existente, etc. Pero dichas propuestas no han tenido éxito.

Uno de los casos más representativos del “*double-hatting*” es el caso *Telekom Malaysia vs. Republica de Ghana*⁶³³. En 1996, *Telekom Malaysia Berhad* empresa de telecomunicaciones de Malasia, invierte 38 millones de dólares en *Ghana Telecommunications Company Limited* y como resultado adquiere el 30% de las acciones, así como el control y la gestión de la estatal Ghana Telecommunications, con la condición de instalar 400.000 líneas telefónicas durante los

⁶³¹ FIERRO VALLE, E.J.: “Conflicto objetivo de intereses en el arbitraje internacional: El fenómeno del “*double-hatting*”, *Universidad San Francisco de Quito*, 2013, p. 99.

⁶³² ROSS LUTTRELL, S.: “Bias Challenges in International Arbitration: The need for a “Real Danger Test” *Tesis Doctoral en Filosofía de Derecho*. Universidad de Murdoch, 2008.p. 5.

⁶³³ *Telekom Malaysia Berhad vs. The Republic of Ghana*, Case No. HA/RK 2004, 788. Decision (District Court of the Hague), 2004. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/documents/1201>, consultado el 18/02/2019.

cinco años de vigencia del contrato. A partir del año 2000 Ghana se enfrenta a una profunda crisis política y financiera y una constante devaluación de la moneda, provocando grandes pérdidas a *Telekom Malaysia Berhad*. Al momento de la expiración del contrato, *Telekom Malaysia Berhad* presidía una red mal configurada, con solo 275,000 líneas fijas en servicio, muy por debajo de las 400,000 obligatorias, por lo que el gobierno se negó a renovar el acuerdo de *Telekom Malaysia Berhad* y licitar la administración de la compañía. Desde entonces, las relaciones entre el Estado de Ghana y *Telekom Malaysia Berhad* comienzan a deteriorarse hasta el punto en que la compañía malaya intentó vender su participación al gobierno y recuperar lo invertido más una cantidad significativa en daños y perjuicios, considerando la existencia de un “trato injusto”. Sin llegar a un acuerdo entre las partes, en el año 2002 el inversionista *Telekom Malaysia Berhad* inicia un arbitraje bajo las Reglas de la CNUDMI ante la Corte Permanente de Arbitraje. Una vez nombrado los árbitros, Samuel Asante y Nigel Blackaby, y conformado el tribunal, se presenta por las Parte litigantes una solicitud de recusación de los árbitros nombrados, recurso que exitosamente prosperó.

Posteriormente, *Telekom Malaysia Berhad* nombra a Emmanuel Gaillard y la Secretaría General de la Corte a Robert Layton como árbitros sustitutos. Durante la celebración de las audiencias *Telekom Malaysia Berhad* fundamenta gran parte de su alegato de defensa basándose en el caso *RFCC vs. Royaume du Maroc*⁶³⁴, lo que motivó al árbitro recién nombrado Sr. Gaillard a revelar a las partes su participación como abogado de parte en el caso. A continuación, el Estado de Ghana presenta solicitud de recusación del Sr. Gaillard, quien se rehusó a renunciar, continuando con el procedimiento arbitral. Ante tal negativa, el Estado de Ghana presenta una solicitud de recusación ante la Secretaría General de la Corte, siendo también negada la recusación del árbitro. El gobierno de Ghana, no convencido con los resultados obtenidos, presenta una solicitud de medidas cautelares ante la Corte del Distrito de la Haya con el objetivo de lograr la recusación del Sr. Gaillard, argumentando que el rol desempeñado por el árbitro Gaillard en favor de *RFCC* en la disputa *RFCC vs. Marruecos* es incompatible con la independencia e imparcialidad que requiere su función como árbitro en el presente caso, teniendo en cuenta las similitudes entre ambos litigios, lo que puede traer consigo la existencia de riesgos de prejuzgamiento. El Estado de Ghana añade que el Sr. Gaillard, como árbitro del caso, no actuará plenamente imparcial cuando fue capaz de juzgar las cuestiones alegadas por su contra parte en la resolución del caso *RFCC vs. Marruecos*, caso

⁶³⁴ *Consortium RFCC vs. Royaume du Maroc*, ICSID Case No. ARB/00/6, 2001. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/325>, consultado el 18/02/2019.

éste en el que el árbitro Gaillard participó como abogado de parte⁶³⁵. *Telekom Malaysia Berhad* en respuesta a la solicitud de recusación del Sr. Gaillard por la demandada, alega que el Sr. Gaillard había participado como árbitro en casos anteriores como representante de los Estados demandados, casos que tienen cierta coincidencia con algunos de los puntos que conforman las alegaciones del Estado de Ghana y que éste no recusó su intervención, sosteniendo, además, que el caso *RFCC vs. Marruecos* es diferente al presente arbitraje.

Una vez escuchado y analizado los argumentos presentados por las Partes y los del propio árbitro, la Corte sostiene que toda decisión de recusación de un árbitro debe basarse en un análisis objetivo según los hechos y circunstancias del caso y si los mismos pueden producir apariencia de parcialidad. A partir del análisis realizado y en relación al “*double-hatting*”⁶³⁶, la Corte decidió aceptar la alegación del Estado de Ghana y ordenó al árbitro a renunciar a su cargo como abogado en el caso *RFCC vs. Marruecos* en el término de diez días.

El caso comentado demuestra la importancia que tiene el cumplimiento de los principios de independencia e imparcialidad por los árbitros y la trascendencia de la doble función -árbitro y abogado- que pueden desempeñar en un momento determinado, ya sea de manera simultánea o consecutiva en arbitrajes que se relacionan entre sí, o que comparten similitudes en cuanto al problema jurídico, e incluso hasta en casos totalmente distintos, teniendo en cuenta que el “*double-hatting*” tiene cabida tanto en el arbitraje de inversiones como en el arbitraje

⁶³⁵ *Telekom Malaysia Berhad vs. The Republic of Ghana*, Case No. HA/RK 2004, 788. Decision (District Court of The Hague), 2004, pp. 3-4. “(...) on the basis of the so-called ‘third person test’ the petitioner takes the view that prof. Gaillard, who in his capacity of counsel opposes a specific notion or approach, cannot be unbiased in his judgement of the same notion or approach in a case in which he acts as an arbitrator”. “Prof. Gaillard in his capacity of counsel to RFCC will of course advance all the arguments he can think of in order to plead the reversal of the judgement in the RFCC/ Marrocco case. By contrast prof. Gaillard in his capacity of arbitrator should be unbiased when judging the question whether or not the ruling in the RFCC/Marrocco case is relevant to the examination of the case in the present arbitration proceeding. In this situation he will not be able as an arbitrator to be unbiased participant in consultation with his fellow arbitrators, or appearances will at any rate be against him”.

⁶³⁶ En relación al “*double-hatting*”, la Corte específicamente refirió que: “(...) the fact that the arbitrator in the capacity of attorney will regard it as his duty to put forward all possibly conceivable objections against the RFCC/Morocco award. This attitude is incompatible with the stance Prof. Gaillard has to take as an arbitrator in the present case, i.e. to be unbiased and open to all the merits of the RFCC/Morocco award and to be unbiased when examining these in the present case and consulting thereon in chambers with his fellow arbitrators. Even if this arbitrator were able to sufficiently distance himself in chambers from his role as attorney in the annulment proceedings against the RFCC/Morocco award, account should in any event be taken of the appearance of his not being able to observe said distance. Since he has to play these two parts, it is in any case impossible for him to avoid giving the appearance of not being able to keep these two parts strictly separated”. *Ibidem*, p. 6.

comercial⁶³⁷. Es por ello, que las normas y reglas arbitrales a nivel internacional consagran ambos principios como dos de los pilares básicos de la función arbitral, incluyendo, cuando sea necesario, el deber de revelación de los árbitros como mecanismo preventivo ante una situación que pueda generar un conflicto de interés. Por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI establece: “*La persona a quien se comuniquen su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas*”⁶³⁸.

Debe tenerse en cuenta, tal y como lo reafirman las propias Directrices de la IBA, que la simple exigencia de recusación o revelación por parte de un árbitro no puede ser motivo que implique “la existencia de dudas sobre la imparcialidad o independencia del árbitro”⁶³⁹. La revelación por el árbitro de ciertas situaciones que pueden generar dudas en cuanto a su imparcialidad e independencia no implica la existencia de conflicto de interés, mucho menos la posibilidad de dudas respecto al árbitro, sino el actuar de buena fé del árbitro en todas sus actuaciones, a partir de las particularidades del propio caso y en consideración de las partes, el tribunal y la búsqueda de una mayor transparencia del procedimiento arbitral⁶⁴⁰.

Son los propios árbitros los que una vez que conozcan del caso a arbitrar los que pueden tener mejor conocimiento de todas aquellas actuaciones que pueden interferir en el buen funcionamiento del procedimiento arbitral y que pueden favorecer la existencia de posibles conflictos de intereses. Al respecto, resulta muy útil poder encontrar un equilibrio entre el deber de revelar del árbitro y toda información que las partes deben conocer, su desconocimiento puede poner en juego la eficacia del principio de independencia e imparcialidad del árbitro. En este sentido, tienen una importante función las Directrices de la IBA.

⁶³⁷ Véase, el informe: The IBA Conflict of Interest Subcommittee, a Subcommittee of the IBA Arbitration Committee. *The IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration: The first five years 2004-2009*.

⁶³⁸ Art. 12.1 de Ley Modelo de la CNUDMI.

⁶³⁹ Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014, p. iii.

⁶⁴⁰ DE TRAZEGNIES GRANDA, F.: “Conflictuando el conflicto. Los conflictos de interés en el arbitraje”, *Lima Arbitration*, No. 1, 2006, p. 172.

Las Directrices se estructuran en dos partes. La primera establece siete Normas Generales que fijan criterios generales relacionados con la imparcialidad, la independencia y el deber de revelación del árbitro, las cuales imponen el deber de imparcialidad e independencia del árbitro durante todo el procedimiento, así como la obligación de revelación de toda situación que pueda generar alguna duda sobre su imparcialidad e independencia por las propias partes en litigio. Las Directrices IBA son muy específicas en cuanto a la revelación de toda situación que pueda generar alguna inseguridad o perjudique la correcta efectividad de los principios de imparcialidad e independencia del árbitro, tanto es así que ante la duda que pueda tener el árbitro a la hora de revelar o no una situación determinada, las propias Directrices establecen que “ha de resolverse a favor de darla a conocer”⁶⁴¹, de esta manera permite que ante cualquier duda, el árbitro sea capaz de revelar toda información o situación susceptible de generar un conflicto de interés. De esta manera, se evita que en una etapa avanzada del procedimiento se conozca alguna situación del árbitro que no fue revelada en su momento, lo que afecta el buen desarrollo del mismo.

La segunda parte de las Directrices presenta una serie de situaciones, no exhaustivas, susceptibles de presentarse en la práctica que reflejan las circunstancias en las que puede encontrarse el árbitro y que configuran su deber de revelación. En este sentido, las Directrices tienen como principal objetivo ofrecer a los árbitros, las instituciones arbitrales y hasta los propios órganos judiciales qué tipo de circunstancias pueden generar un conflicto de interés y cuáles deben o no ser reveladas⁶⁴², las cuales según la gravedad del conflicto de interés se clasifican por colores en una Lista Verde, otra Naranja y una Roja.

El Listado Verde está formado por varias situaciones que normalmente no pueden provocar, desde el punto de vista objetivo, en una persona razonable, la percepción de dependencia o parcialidad, es decir, dichas situaciones no representan objetivamente la existencia de un conflicto de interés. Por ello, el árbitro no tiene obligación alguna de revelar las situaciones incluidas en este listado, como pueden ser: que el árbitro haya expresado con anterioridad su opinión legal en una revista jurídica o en una conferencia abierta al público sobre una cuestión materia del arbitraje, pero dicha opinión no tenga relación con el arbitraje en cuestión; que el

⁶⁴¹ Tal y como lo establece la Norma General 3.d) de las Directrices IBA, al establecer que: “*Cualesquiera dudas que surjan acerca de si un árbitro debe revelar algún hecho o circunstancia deberán resolverse a favor de su revelación*”.

⁶⁴² Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, 2014, Parte II: “Aplicación práctica de las normas generales”, p. 20.

árbitro tenga relación con el abogado de una de las partes por pertenecer a la misma asociación profesional u organización de tipo social o a través de una red social; o que el árbitro sea propietario de una cuantía insignificante de acciones de una de las partes o de una afiliada de éstas, siempre que sean sociedades que coticen en bolsa⁶⁴³.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las Directrices carecen de una distinción entre independencia e imparcialidad del árbitro, basándose esencialmente en la Ley Modelo de UNCITRAL, creemos que existe alguna situación de las enumeradas en la lista verde que posee un radio de actuación muy amplio, de manera que pudiera dar lugar a dudas sobre la existencia de un posible conflicto de interés, motivo por el que consideramos que dicha situación pudiera enmarcarse en la lista naranja. Por ejemplo, puede darse el caso de que uno de los árbitros en un procedimiento arbitral sea un eminente jurista, con amplia trayectoria investigativa y que durante el desarrollo de su profesión haya logrado imponer una cierta teoría o interpretación jurídica en la doctrina. Y que durante la celebración del procedimiento arbitral, uno de los abogados de las partes se acoja a su teoría o interpretación jurídica. En este sentido, teniendo en cuenta el fuerte basamento subjetivo en el que se sustenta el principio de imparcialidad, puede existir cierta inclinación del árbitro hacia la posición defendida por el abogado, siendo perfectamente posible, por una tercera persona, la percepción de parcialidad del árbitro.

En su caso, el Listado Naranja incluye aquellas situaciones que podrían provocar, en una persona razonable, la percepción de infracción de los principios de independencia o imparcialidad, por lo que se recomienda sean reveladas por el árbitro para que las partes puedan evaluar su posible nombramiento. Aun y cuando es decisión de éste aceptar o no el encargo sin que resulte directamente en su descalificación la existencia y revelación de tales situaciones, entre las cuales podemos citar: la prestación de servicios legales por el árbitro a una de las partes con anterioridad al arbitraje; que el bufete de abogados del árbitro actualmente preste servicios profesionales a una de las partes o a una afiliada de éstas sin que haya surgido entre ellos una relación comercial significativa y sin la intervención del árbitro; que el árbitro o su bufete de abogados representa con regularidad a una de las partes en el arbitraje o a una afiliada de éstas, o que el árbitro y otro árbitro son abogados del mismo bufete⁶⁴⁴. Las situaciones comprendidas en la presente lista responden a un criterio subjetivo, dependen del juicio que de ellas puedan hacer las propias partes antes de decidir la recusación o no del árbitro.

⁶⁴³ *Ibíd.*, pp. 29-31.

⁶⁴⁴ *Ibíd.*, pp. 26-29.

El Listado Rojo se divide en situaciones renunciables e irrenunciables. Las situaciones renunciables no son consideradas lo suficientemente graves como las incluídas en el listado rojo irrenunciable. En ellas el conflicto de interés es manifiesto, por lo que deben ser reveladas, siendo expresamente aceptadas por las partes y la institución antes de la aceptación por el árbitro de su nominación. Como consecuencia, si las partes son conscientes de la existencia de tales situaciones y las aceptan, el árbitro podrá desarrollar su función. Por ejemplo, que exista una relación del árbitro con la controversia, ya sea que el árbitro haya intervenido en el asunto en el pasado o haya emitido un dictamen o prestado asesoramiento legal respecto de la controversia para una de las partes, que exista un interés directo o indirecto del árbitro en la controversia, o que el árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes o a una entidad afiliada de una de las partes⁶⁴⁵.

Las situaciones irrenunciables son aquellas por las que el árbitro está en la obligación de renunciar a su nombramiento⁶⁴⁶, es decir, existen circunstancias que, desde un punto de vistas objetivo, dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad e independencia del árbitro. Es por ello, que aún y cuando el árbitro revele dichas circunstancias no podrá solucionar el conflicto de interés, por lo que deberá rechazar su nombramiento. Entre las situaciones irrenunciables nos encontramos aquellas en las que existe identidad entre el árbitro y una de las partes, cuando el árbitro tiene una relación de control sobre una de las partes en el arbitraje o sobre una entidad que tienen un interés económico directo en el laudo que se emitirá, o cuando el árbitro tiene un interés económico o personal significativo en una de las partes⁶⁴⁷. En suma, las situaciones más graves que pueden ser constitutivas de un conflicto de interés se resumen en el Listado Rojo y se definen en función de un *test* objetivo, en función de una tercera persona razonable que al tener conocimiento de las circunstancias considerará “la existencia de un conflicto de interés objetivo”⁶⁴⁸.

Como puede apreciarse, las Directrices tratan de resolver las situaciones de posibles conflictos de interés de tres maneras: las más graves que traen como consecuencia la renuncia

⁶⁴⁵ *Ibidem*, pp. 24-25.

⁶⁴⁶ Puede verse una explicación del significado de los colores establecidos en las Directrices IBA 2014, parte ii, “Aplicación práctica de las normas generales” en; ALONSO, J.M.: *Transparencia en la designación de árbitros...op.cit...*, pp. 8-9; DE TRAZEGNIES GRANDA, F.: *Conflictuando el conflicto...op.cit...*, p. 173-183; ESCOBAR-MARTÍNEZ, L.M.: “La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro”, *International law, Revista colombiana de Derecho Internacional*, No. 15, 2009, p. 204.

⁶⁴⁷ Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, 2014, pp. 23-24.

⁶⁴⁸ ZOLEZZI IBÁRCENA, L.: “Ética de los árbitros”, en CASTILLO FREYRE, M.(Dir.): *Tercer congreso internacional de arbitraje 2009*, Palestra Editores, Vol. 12, 2010, p. 19.

directa del árbitro, aquellas que deben revelarse por el árbitro a las partes y que pueden ser constitutivas de recusación y, por último, aquellas situaciones que no generan un conflicto de interés y que el árbitro no está obligado a declarar, pero a los efectos de una mayor transparencia en el procedimiento arbitral el árbitro las revela, sin que sea motivo de recusación. Las situaciones que pueden presentarse son múltiples y variadas, abarcan un amplio radio de acción de los árbitros, por lo que pueden afectar tanto la imparcialidad como la independencia de éste.

Las Directrices no son normas jurídicas, carecen de fuerza legal⁶⁴⁹, al no ser vinculantes no son de obligatorio cumplimiento o aplicación sin el previo consentimiento de las partes, aunque constituyen un referente a nivel internacional tanto en el ámbito del arbitraje comercial internacional como en el de inversiones en lo que al conflicto de interés se refiere. Pero reconociéndose su aplicación al arbitraje en general, debe destacarse que las Directrices no están diseñadas para abordar cuestiones específicas que surjan respecto del arbitraje de inversiones. Ahora bien, las Directrices permiten lograr un estándar a nivel internacional e interno de los Estados en cuanto a los principios de imparcialidad e independencia del árbitro, lo que las hace ser un instrumento de valiosa significación en el arbitraje internacional, proveen tanto a las partes como al tribunal de un marco razonable a la hora de establecer una correcta definición de estos criterios y de todos los problemas que puedan surgir respecto al conflicto de interés.

La aplicación de las Directrices en el ámbito del arbitraje internacional es satisfactoria. Estudios al respecto demuestran que las mismas han sido considerablemente referenciadas en un alto número de casos de arbitraje internacional⁶⁵⁰ administrados por diferentes instituciones internacionales, lo que ha contribuido a una mayor transparencia por parte de las instituciones arbitrales en cuanto al conflicto de interés y, de esta manera, ha favorecido, ante la práctica poco ética de interponer recusaciones injustificadas a los árbitros con el único objetivo de prolongar los procedimientos o privar a las partes del árbitro que han nombrado, poner a disposición de las partes en el arbitraje información relacionada con distintas situaciones que pueden dar motivos al conflicto de interés. En este sentido, se permite una mayor protección

⁶⁴⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, F.: *Conflictuando el conflicto...op.cit...*, p. 170; FIERRO VALLE, E.J.: *Conflicto de intereses en el arbitraje internacional...op.cit...*, p. 61.

⁶⁵⁰ Véase, The IBA Arbitration Guidelines and Rules Subcommittee. Report on the reception of the IBA arbitration soft law products, 2016.

de los laudos contra impugnaciones basadas en presuntas omisiones de revelación, así como una relación de igualdad, un equilibrio entre las partes en litigio, el tribunal, y hasta las propias instituciones y abogados que participen en el proceso.

A partir del consenso a nivel internacional en cuanto a la utilización de las Directrices de la IBA, se han facilitado estándares de armonización a aplicar en los conflictos de intereses en el arbitraje internacional. En este sentido, se les ha otorgado una mayor seguridad y uniformidad a las partes para gestionar el conflicto de interés en el complicado mundo del arbitraje internacional. Las modificaciones a las Directrices realizadas en el año 2014 no sólo facilitan conocer las prácticas que no deben prevalecer en el arbitraje internacional y el aumento de la obligación de divulgación de las partes que deben revelar, lo antes posible, todas las relaciones directas e indirectas que tengan con el árbitro o un tercero financiador, sino también que a través de dichas obligaciones, se permite una disminución de la discrecionalidad⁶⁵¹ del árbitro en sus actuaciones. De esta manera, se favorece a una mayor transparencia en el procedimiento arbitral, lo que ha permitido que las Directrices, desde el propio inicio de su publicación, hayan tenido un innegable impacto en el arbitraje internacional.

Las Directrices también demuestran la necesidad de reformas necesarias en el arbitraje internacional, principalmente del arbitraje de inversiones. Reconocen el marco adecuado que debe ser utilizado para enfrentar y resolver los problemas relacionados con el conflicto de interés, siendo mucho más significativo en el arbitraje de inversiones porque las controversias suelen tener cierta similitud y cuentan con un estrecho marco legal para su resolución, es decir, el inversionista podrá presentar sus reclamos contra los Estados basados en un limitado número de disposiciones legales en las que comúnmente se fundamentan las controversias de inversiones, a diferencia de lo que sucede en el arbitraje comercial internacional en el que la disputa tiene como origen un incumplimiento contractual entre partes privadas y se cuenta con un amplio número de distintas disposiciones legales, donde la aplicación en un caso determinado no tendrá necesariamente relevancia ni relación con otros⁶⁵².

⁶⁵¹ Al respecto, ROGERS, destaca que las obligaciones establecidas a través de las Directrices de la IBA, “recalibran las obligaciones de los árbitros reduciendo su discrecionalidad”; ROGERS, C.A.: “Transparency in Arbitrator Selection”, p. 2. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2705878>, consultado el 18/02/2019.

⁶⁵² BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, L., MARSHALL, F.: “Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the dual role of arbitrator and counsel”, *IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators*, Background Papers, 2010, p. 3.

Sin embargo, las Directrices no se han liberado de ciertas críticas, principalmente relacionadas con la autonomía de la voluntad de las partes, columna vertebral del arbitraje internacional. En este sentido, contemplar una lista de situaciones no renunciables puede lacerar en determinadas circunstancias la autonomía de la voluntad de las partes cuando éstas, conociendo de algunas de las situaciones establecidas en la lista como no renunciables, admitiesen designar a una persona para ejercer como árbitro, lo que puede coartar hasta cierto punto el consentimiento otorgado por las partes.

III. 2.1 ¿Cómo prevenir el conflicto de interés en el arbitraje internacional? Los mecanismos preventivos y correctivos en busca de una mayor transparencia en el arbitraje.

Son varios los mecanismos que se utilizan en el arbitraje internacional con el fin de prevenir o corregir ciertas situaciones que puedan propiciar el surgimiento de un conflicto de interés, o enfrentar el propio conflicto de interés en sí, entre los cuales se encuentran los mecanismos preventivos y de corrección. Como mecanismos preventivos podemos destacar el deber de revelación y la renuncia por parte del árbitro a su nombramiento; como mecanismos de corrección encontramos la recusación o descalificación del árbitro y la impugnación del laudo. Estos últimos mecanismos surten efectos tanto al inicio como concluido el procedimiento, pudiendo dejar sin efectos el mismo, lo que hace que dichos mecanismos encuentren mayor resistencia a la hora de su implementación. De ahí, la necesidad de establecer e implementar en la práctica arbitral actual mecanismos preventivos que eviten tener que llegar a un nivel avanzado del procedimiento, o a la conclusión del mismo para poder recusar a un árbitro o impugnar un laudo por la existencia de un conflicto de interés. Al respecto, el deber de revelación no sólo como mecanismo de prevención, sino también en aras de una mayor transparencia en el procedimiento arbitral se impone.

III.2.1.1 Los mecanismos de prevención del conflicto de interés: el deber de revelación y la renuncia por parte del árbitro a su nombramiento

III.2.1.1.1 El deber de revelar.

En cuanto a la revelación del árbitro la principal interrogante que nos hacemos es ¿qué debe revelarse? Como bien establece la ya mencionada Ley Modelo de la CNUDMI, el árbitro debe revelar “*circunstancias que puedan dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad e*

independencia”. Cuestión que, coincidiendo con algunos autores⁶⁵³, tiene un marcado carácter subjetivista. Por lo que se hace muy difícil dotar el ejercicio de tal deber de un contenido concreto, además, la citada norma presenta una ambigua redacción para valorar la imparcialidad del árbitro, qué debe entenderse por “dudas razonables”, a través de qué criterios debemos guiarnos para conocer cuándo una duda es razonable o no, lo que hace muy difícil poder encontrar el límite del deber de revelación del árbitro, siendo extremadamente complicado en la práctica, teniendo en cuenta que no existe una lista detalladamente exhaustiva, con excepción de las situaciones reconocidas en las Directrices de la IBA, de hechos o circunstancias por las que pueden orientarse los árbitros a la hora de conocer si alguna de sus actuaciones debe ser objeto de revelación para prevenir el conflicto de interés. Es por ello que el contenido de la revelación debe ser lo más exhaustiva y precisa posible⁶⁵⁴, que permita una mejor valoración o enjuiciamiento de su contenido por las partes antes que decidan presentar la recusación del árbitro.

El propio deber de revelación del árbitro es una de las principales dificultades a las que se enfrenta una vez nombrado y, a la vez, es un elemento de prevención ante la existencia de conflictos de intereses. La principal dificultad radica en la ausencia de mecanismos que puedan facilitar una mejor revelación de las actuaciones por parte de los árbitros que pueden ser constitutivas de un conflicto de interés. Principalmente cuando nos encontramos ante casos muy complejos en los que existe una pluralidad de partes, o las consecuencias del litigio afectan a terceros, coincidiendo, mayormente, en casos de arbitrajes de inversión en los que confluyen una multitud de materias con gran influencia en el interés público de los Estados involucrados⁶⁵⁵ y en los que, para poder garantizar una correcta transparencia, la revelación por parte del árbitro debe ser de conocimiento de todas las partes afectadas. De esta manera, deben ser las propias partes las que decidan si la actuación revelada por el árbitro puede o no afectar la resolución del litigio. De ser así la parte afectada tendrá motivos para presentar la correspondiente solicitud de recusación del árbitro. Decir, la obligación de revelación del árbitro no sólo permite garantizar su plena independencia e imparcialidad (razón por la cual ha

⁶⁵³ ALONSO, J.M.: *Transparencia en la designación de árbitros...op.cit...*, p. 4.

⁶⁵⁴ Respecto al contenido de la revelación, FERNÁNDEZ ROZAS, reconoce que la misma debe contener, a título de ejemplo: “las relaciones de negocios que, directa o indirectamente, mantenga el árbitro con alguna de las partes, las relaciones académicas, las relaciones sociales y profesionales de contenido sustancial que en forma continua puedan surgir entre el árbitro y alguna de las partes, las relaciones de negocios que, directa o indirectamente, tenga con alguna de las empresas competidoras de las partes del arbitraje”; FERNÁNDEZ ROZAS J.C.: “Contenido ético del oficio de árbitro”, *Congreso de Arbitraje de La Habana*, 2010, p.11.

⁶⁵⁵ BARROS BOURIE, E., GERMAIN RONCO, A.: “Los conflictos de interés en el arbitraje internacional”, *CAM Santiago de Chile*, 2014, p. 5.

ocupado un lugar relevante como mecanismo de prevención del conflicto de interés en el arbitraje⁶⁵⁶), sino también le permite a las partes poder ejercer su derecho de recusación, que las mismas, en el ejercicio de su voluntad puedan o no admitir aquellas situaciones reveladas por el árbitro, o ejercer cualquier acción que determinen conveniente⁶⁵⁷.

La obligación del árbitro de revelar a las partes toda situación que pueda poner en duda su imparcialidad e independencia⁶⁵⁸ se establece en un gran número de reglas arbitrales. Existe unanimidad en el arbitraje internacional a la hora de considerarse la importancia que tiene el deber de revelación. Sin embargo, una cuestión clave es hasta qué punto un árbitro debe revelar sus actuaciones incluyendo los posibles conflictos de intereses pasados y presentes, y cuáles son las posibles consecuencias si no los revela⁶⁵⁹. Lo más beneficioso para las partes, la integridad y efectividad del procedimiento arbitral, es que la obligación de revelación del árbitro permanezca durante todo el procedimiento, de esta manera todo hecho sobreviniente también será objeto de revelación⁶⁶⁰.

Las instituciones arbitrales siempre han prestado mucha atención a las declaraciones de los árbitros, no sólo por el hecho de que se celebren procedimientos arbitrales con total respeto de las garantías procesales y el estricto cumplimiento del principio de buena fé por todas las partes involucradas, incluyendo el actuar independiente e imparcial de los árbitros, sino también por salvaguardar su propio prestigio como institución y favorecer así a una mayor transparencia institucional. Al respecto, las reglas de CNUDMI reconocen como principal obligación del árbitro, revelar a las partes desde el inicio y durante todo el procedimiento cualquier situación o circunstancia que pueda poner en tela de juicio la independencia y la imparcialidad del árbitro⁶⁶¹. No obstante, el propio Art. 12.1 de las Reglas de la CUNDMI establece como causal

⁶⁵⁶ SHORE, L.: "Disclosure and Impartiality: An Arbitrator's Responsibility vis-a-vis Legal Standards", *Disp. Res. J.*, 2002. Disponible en: http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_200202/ai_n9069935/, consultado el 18/02/2019.

⁶⁵⁷ GAILLARD, E., SAVAGE, J.: *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, London, 1999, p. 580.

⁶⁵⁸ ALONSO PUIG, J.M.: "El deber de revelación del árbitro", en SOTO COAGUILA, C.A. (Dir.): *Arbitraje comercial y arbitraje de inversiones. El arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto peruano de arbitraje, Perú, 2008, p. 323.

⁶⁵⁹ ALLEN LARSON, D.: "Conflicts of Interest and Disclosures: Are we Making a Mountain out of a Molehill?", *South Texas Law Review*, Vol. 49, 2008, p. 880.

⁶⁶⁰ BORN, G.B.: *International Commercial Arbitration...op.cit...*, pp. 1855-1856.

⁶⁶¹ Al respecto, el Art. 11 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, establece que: "Cuando se haga saber a una persona la posibilidad de que sea designada para actuar como árbitro, dicha persona deberá revelar toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. A partir de su nombramiento y a lo largo de todo el procedimiento, todo árbitro revelará sin demora a las partes y a los demás árbitros tales circunstancias, salvo que ya le hubiere informado al respecto".

de recusación del árbitro la existencia de “*circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de la imparcialidad o independencia*”, precisando en el apartado 2 cierto margen temporal para interponer la recusación, al establecer que sólo se podrá recusar al árbitro nombrado cuando existan causas posteriores a su designación⁶⁶².

En el caso de las Reglas del CIADI⁶⁶³, coincidentes con las Reglas de la CNUDMI, la CCI y la CAM, establecen una declaración de modelos de imparcialidad e independencia para los árbitros a partir de las modificaciones introducidas en el año 2006. Se reconoce el deber de revelación ante cualquier circunstancia por la que una de las partes pueda cuestionar la confianza y la imparcialidad del árbitro. Ahora bien, aunque algunos autores⁶⁶⁴ reconozcan un aumento de las garantías de imparcialidad e independencia a través de las modificaciones introducidas por el CIADI, consideramos que no son lo suficientemente amplias como para lograr una plena garantía de imparcialidad e independencia del árbitro. En las actuales Reglas del CIADI existe una ligera restricción del amplio deber de revelación que se establece en las Reglas de la CNUDMI. Las Reglas del CIADI tienen un marcado carácter subjetivo, deja el deber de revelación a la consideración de todo aquello que “las partes consideren debe ser revelado”⁶⁶⁵ por el árbitro, al igual que las actuales Directrices de la IBA y la Reglas de arbitraje de la CCI.

En este sentido, las Directrices de la IBA, aunque establecen normas que complementan el deber general de revelación, tienen también un marcado carácter subjetivo, porque el deber de revelación está condicionado a lo que “las partes puedan percibir como dudoso en cuanto al

⁶⁶² El Art. 12 del reglamento de la CNUDMI establecen que: 1. “*Un árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia*”, 2. “*Una parte no podrá recusar al árbitro nombrado por ella sino por causas de las que haya tenido conocimiento después de la designación*”.

⁶⁶³ El Art. 6(2) de las Reglas del CIADI, el cual establece: *En la primera sesión del Tribunal o antes, cada árbitro firmará una declaración cuyo texto será el siguiente: (...) adjunto una declaración sobre a) mi experiencia profesional, de negocios y otras relacionaes (de haberlas) con las partes, tanto anteriores como actuales y b) cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en mi imparcialidad de juicio. Reconozco que al firmar esta declaración asumo una obligación continua de notificar prontamente al Secretario General del Centro cualquier relación o circunstancia de aquéllas mencionadas que surjan posteriormente durante este procedimiento*”.

⁶⁶⁴ Al respecto, FERNÁNDEZ ROZAS, en cita a pie de página No. 29, reconoce que: “En la reforma de 2006 del Regl. CIADI se ha pretendido aumentar las garantías de independencia e imparcialidad de los árbitros. En la declaración que deben firmar todos los árbitros en el momento de la constitución del tribunal incorporada en la regla 6 se ha añadido la obligación de los árbitros de declarar cualquier circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en la imparcialidad de juicio del árbitro”; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Contenido ético del oficio de árbitro...op.cit...*, p. 8.

⁶⁶⁵ DAELE, K.: *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, p. 25.

actuar imparcial e independiente del árbitro”⁶⁶⁶, coincidiendo así con las Reglas de la CCI, las cuales, una vez impuesto el deber de imparcialidad e independencia del árbitro durante todo el procedimiento⁶⁶⁷, reconocen que toda persona propuesta como árbitro debe dar a conocer a la Secretaría “todas aquellas circunstancias que, desde el punto de vista de las partes ponen en duda la imparcialidad o independencia del árbitro”⁶⁶⁸. En ambas reglas, está presente la fórmula de la tercera persona racional y objetiva capaz de conocer o percibir cualquier circunstancia o hecho que pueda atentar contra la imparcialidad e independencia del árbitro. No obstante, aunque difieren ligeramente en su redacción, creemos que no existe impedimento alguno para que los árbitros desarrollen una práctica arbitral en la que el deber de revelación ocupe un espectro amplio, revelen todo cuanto consideren que pueda ocasionar dudas respecto a su imparcialidad e independencia⁶⁶⁹ y que afecte la integridad del procedimiento arbitral⁶⁷⁰, lo que para algunos autores es considerado como una verdadera “obligación que se configura como un auténtico principio fundamental del arbitraje tanto interno como internacional y que es una consecuencia directa del principio general de buena fe”⁶⁷¹.

La jurisprudencia ha demostrado, en varias ocasiones, que la obligación de revelación del árbitro constituye el cauce fundamental a través del cual la aplicación de los principios de independencia e imparcialidad, surten efectos en el procedimiento arbitral. Tal obligación, permite a las partes ejercer su derecho de recusación ante cualquier miembro del tribunal arbitral. En este sentido, de gran relevancia ha sido el caso *Metropolitan Property & Casualty*

⁶⁶⁶ Véase, Norma General 3 a) de las Directrices de la IBA, la cual establece: “Si en opinión de las partes existieren hechos o circunstancias que pudieren generar dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, éste deberá poner de manifiesto tales hechos o circunstancias ante las partes, la institución arbitral o cualquier otra institución nominadora (si la hubiere y siempre que así lo prevea el reglamento de arbitraje aplicable) y los co-árbitros, de haberlos, antes de aceptar su designación o, si sobrevinieren tras la aceptación, tan pronto como tenga conocimiento de ellos”.

⁶⁶⁷ Al respecto, el Art. 11 del Reglamento de la CCI, establece que: “Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje”.

⁶⁶⁸ En este sentido, el Art. 11.2 del Reglamento de la CCI, reconoce que: “Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. La persona propuesta como árbitro debe dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad. La secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que éstas realicen sus comentarios”.

⁶⁶⁹ HOFFMANN, A.K.: “Duty of Disclosure and Challenge of Arbitrators: the Standard Applicable under the New IBA Guidelines on Conflicts of Interests and the German Approach”, *Arb. Int’l*, Vol. 21, No. 3, 2005, pp. 427-436.

⁶⁷⁰ BARROS BOURIE, E., GERMAIN RONCO, A.: Los conflictos de interés...*op.cit.*...p. 17; DAELE, K.: Challenge and Disqualification of Arbitrators...*op.cit.*..., pp. 63-64.

⁶⁷¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: Contenido ético del oficio de árbitro...*op.cit.*..., 8.

*Insurance Co. vs. JC Penney Casualty Insurance Co.*⁶⁷², en el que uno de los árbitros antes de ser nombrado acepta la invitación de uno de los litigantes para viajar a la ciudad de Dallas. Allí comentan las particularidades del caso, e incluso, revisa varios documentos que le fueron presentados antes del nombramiento del resto de miembros del tribunal. Ante tal situación, y una vez conocido por la contraparte, ésta solicita la recusación del árbitro por no haber revelado previamente la relación previa con la parte que lo ha designado. Al respecto, la Corte, reconociendo la neutralidad de los árbitros y su obligación en cuanto al cumplimiento de los deberes éticos de participar como miembros del procedimiento de forma honesta, justa y de buena fe, declara que la no revelación de la relación previa entre el árbitro y la parte que lo ha designado, es motivo suficiente para presumir la existencia de un sesgo del árbitro que lo descalifica para poder asumir su rol de árbitro.

En suma, el árbitro no sólo debe permanecer independiente e imparcial *ab initio*⁶⁷³, el deber de revelación del árbitro está presente en todo momento, desde la propuesta o designación del nombramiento y permanece latente durante todo el procedimiento hasta la emisión del laudo final, siendo materializado en “declaraciones escritas acerca de posibles conflictos de intereses”⁶⁷⁴. Al respecto, coincidimos con quienes consideran que el deber de revelación no supone en sí la existencia de un conflicto de interés. Pero la omisión negligente o deliberada⁶⁷⁵ de tal deber por parte del árbitro afecta directamente la transparencia de sus actuaciones y del propio procedimiento arbitral. Es la omisión negligente de revelación como causal de recusación del árbitro lo que impide su nombramiento a tales efectos, consideración ésta que se sustenta en el criterio de algunos tribunales arbitrales que reconocen que el deber de revelación del árbitro juega un papel importante para desarrollar con éxitos un procedimiento arbitral. Tanto es así, que en el ámbito del arbitraje de inversiones se reconoce que el árbitro no puede descansar en la *due diligence* de los abogados de las partes. El deber de revelación

⁶⁷² *Metropolitan Property & Casualty Insurance Co. v. JC Penney Casualty Insurance Co.*, 780 F. Supp. 88. US Court District, District of Connecticut, 1991.

⁶⁷³ ALONSO PUIG, J.M.: El deber de revelación del árbitro...*op.cit.*..., p. 324.

⁶⁷⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: Contenido ético del oficio de árbitro...*op.cit.*..., p. 12.

⁶⁷⁵ Algunos casos así lo demuestran, como puede ser; *Conoco Phillips Company ET AL vs The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on the Proposal to Disqualify L. Yves Fortier, Q.C., Arbitrator, 2012. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0223.pdf>; *Highbury International AVV, Compañía Minera de Bajo Caroní AVV y Ramstein Trading Inc vs. República Bolivariana de Venezuela*, ICSID Case No ARB/14/10, Decisión sobre la Propuesta de Recusación de la Profesora Brigitte Stern, 2015. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4328.pdf>. Ambos sitios web fueron consultados en fecha 18/02/2019.

abarca, además, la información de dominio público⁶⁷⁶. Debe revelarse siempre toda relación profesional del árbitro con cualquiera de los abogados que representan a las partes por muy inapreciable que haya sido tal relación⁶⁷⁷.

III.2.1.1.2 La renuncia o rechazo por parte del árbitro a su nombramiento.

La renuncia por parte del árbitro a su nombramiento, o el rechazo al aceptar el mismo, son también mecanismos de prevención de futuros conflictos de intereses cuando pueden verse vulnerados los principios de independencia e imparcialidad del árbitro. Lo que es corroborado por las propias Directrices de la IBA⁶⁷⁸, en las cuales puede continuar presenciándose el fuerte basamento subjetivo que contienen, ya que deja a conciencia del árbitro la posibilidad de renunciar o rechazar su nombramiento cuando éste sea capaz de presenciar ciertas “dudas” en cuanto a su capacidad para ser imparcial e independiente. Solución que nos parece acertada por cuanto estamos ante una cuestión exclusivamente personal, en la que encuentran difícil acomodo criterios de razonabilidad⁶⁷⁹, ya que es el propio árbitro quien puede o no dudar de su propia capacidad para actuar independiente e imparcial.

Al respecto, creemos que la decisión de un árbitro de renunciar o rechazar su nombramiento por las posibles dudas que pueda tener en cuanto a su capacidad para actuar con independencia e imparcialidad en el procedimiento arbitral debe potenciarse⁶⁸⁰, y convertirse en una regla general de actuación a nivel internacional y no una excepción. Principalmente en el ámbito del arbitraje de inversiones, en el que a partir del notable aumento de los casos y la jurisprudencia al respecto, el reducido número de árbitros especialistas en este ámbito y las complejas materias

⁶⁷⁶ *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. vs. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator, 2010. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1096>, consultado el 18/02/2019.

⁶⁷⁷ *Universal Compression vs. Venezuela*, ICSID Case No ARB/10/9, Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, Arbitrators, 2011. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1141>, consultado el 18/02/2019.

⁶⁷⁸ La Norma General 2 a) de las Directrices de la IBA, reconocen que: “*El árbitro no deberá aceptar su designación si tuviere dudas acerca de su imparcialidad o independencia y, si le surgieren dudas una vez comenzado el procedimiento, deberá negarse a seguir actuando como árbitro*”.

⁶⁷⁹ BARROS BOURIE, E., GERMAIN RONCO, A.: Los conflictos de interés...*op.cit.*...p. 21.

⁶⁸⁰ Así lo reconoce el Art. 57 de la Convención del CIADI en relación con el Art. 14(1), cuando establece: “*Cualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión o Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14. Las partes en el procedimiento de arbitraje podrán, asimismo, proponer la recusación por las causas establecidas en la Sección 2 del Capítulo IV*”. A su vez, el art. 14 (1) reconoce que: “*Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Arbitros*”.

jurídicas implicadas en el mismo, son motivos suficientes para asegurar que el arbitraje de inversiones es más proclive a la existencia de conflicto de interés que el arbitraje comercial internacional⁶⁸¹.

La compleja práctica del arbitraje de inversiones a nivel internacional así lo demuestra, a partir de un considerable número de casos en los que la solicitud de recusación interpuesta por una de las partes ha dado motivo al posterior rechazo del árbitro recusado. Ejemplo de ello es, entre otros, el caso *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd vs. Bolivarian Republic of Venezuela*⁶⁸². Las reclamaciones se derivaron de la presunta expropiación indirecta de ciertas instalaciones de turismo rehabilitadas por el reclamante (Blue Bank International & Trust Ltd.) a través de corporaciones intermedias a las que se les había otorgado concesiones para desarrollarlas y operarlas, incluida la supuesta denegación de permisos y la posterior rescisión de los acuerdos de concesión pertinentes. Constituído el Tribunal, las partes presentaron objeciones contra todos los miembros del tribunal. El Demandante consideró que el árbitro propuesto por Venezuela no era el adecuado, alegando que el árbitro ya había sido nombrado en varios casos anteriores por la misma parte y que todas sus consideraciones o decisiones siempre se mostraban a favor de quien lo nombró⁶⁸³, obteniendo como resultado la renuncia del árbitro.

No caben dudas de que los mecanismos de prevención comentados hasta aquí juegan un papel trascendental en la búsqueda de una mejor actuación de los operadores jurídicos, especialmente de los árbitros en el arbitraje internacional. La plena efectividad de éstos permite la participación de árbitros plenamente independientes e imparciales en el arbitraje internacional. El desafío actual se encuentra en la efectividad y transparencia de dichos mecanismos como elementos fundamentales de la integridad del procedimiento arbitral, fundamentalmente, del arbitraje de inversiones⁶⁸⁴, no sólo por la amplia connotación que tiene, sino también por el amplio radio que abarca sus consecuencias, que no solo afectan a las partes en disputas sino también directamente a terceros. No obstante, creemos que la legitimidad de

⁶⁸¹ MARKERT, L.: "Challenging Arbitrators in Investment Arbitration: The Challenging Search for Relevant Standards and Ethical Guidelines", *Contemp. Asia Arb. J.*, Vol 3(2), 2010, p. 240.

⁶⁸² *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd vs. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID CASE No. ARB/12/20,

⁶⁸³ *Ibidem*, Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal, de fecha 12 de noviembre de 2013, paragraph. 45.

⁶⁸⁴ BOTTINI, G.: "Should Arbitrators live on Mars? Challenge of Arbitrators in Investment Arbitration", *Suffolk Transnat'l L. Rev.*, Vol. 32, 2008, p. 341.

este tipo de procedimiento depende, en gran medida, de la percepción que pueden llegar a tener los involucrados en el mismo de que toda decisión, incluyendo el propio laudo final, ha sido dictada por árbitros independientes e imparciales.

III.2.1.2 Los mecanismos de corrección del conflicto de interés: la recusación o descalificación del árbitro y la impugnación del laudo.

III.2.1.2.1 La recusación o descalificación del árbitro.

La recusación es otro de los mecanismos existentes para enfrentar el conflicto de interés. Por supuesto, este mecanismo a diferencia de los anteriores surte efecto a *posteriori*, es decir una vez nombrado el árbitro por la correspondiente parte. En la práctica actual del arbitraje de inversiones, la recusación o descalificación del árbitro es siempre la opción más utilizada por una de las partes en litigio cuando considera vulnerados los principios de independencia e imparcialidad del árbitro, a los que nos referiremos más adelante. En el arbitraje comercial internacional no suele darse con mucha frecuencia la recusación de los árbitros, aunque las cifras en general, no son significativas⁶⁸⁵. Sin embargo, en cuanto al arbitraje de inversiones nos resulta muy preocupante que, en el caso del CIADI como principal institución internacional, las estadísticas de los casos que administra, publicadas semestralmente en su página web, carecen de un desglose de las recusaciones, descalificaciones o propuestas de descalificación de árbitros que han sido aceptadas o anuladas⁶⁸⁶. Esta carencia no solo impide el conocimiento público en cuanto a dicha información, sino que desafortunadamente va en contra de una mayor transparencia institucional del CIADI, aunque existe puntualmente la publicación de algún caso aislado, como veremos más adelante.

En cuanto a la regulación de la recusación del árbitro en las principales reglas arbitrales, a nivel internacional no existen amplias diferencias al respecto. En general, existe una similitud en cuanto a los aspectos de fondo que sustentan el conflicto de interés, partiendo del análisis de que el mismo, desde el punto de vista objetivo, debe ser percibido y analizado, razonablemente, por un tercero informado⁶⁸⁷. No obstante, desde el punto de vista de una mayor

⁶⁸⁵ MOSES, M.: "Reasoned Decisions in Arbitrator Challenges", *Univ. of Chi. Sch. of L., Pub.L. & Legal Theory Research Paper*, No. 2012-011. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2114551>, consultado el 18/02/2019.

⁶⁸⁶ Al respecto, puede consultarse la Carga de Casos del CIADI-Estadísticas, cita 230, *supra*.

⁶⁸⁷ BARROS BOURIE, E., GERMAIN RONCO, A.: Los conflictos de interés...*op.cit.*...pp. 21-22.

transparencia en el procedimiento arbitral, existen dos diferencias en el aspecto procesal en las reglas arbitrales, éstas son: el órgano competente que resuelve la objeción, y los plazos para impugnarla. Aunque ésta última no es tan significativa, tanto las reglas de la CCI y la CNUDMI, se basan en la idea de que la recusación del árbitro cuando exista un conflicto de interés debe ser planteada tan pronto como se tenga conocimiento de las circunstancias en las que se funda el recurso. Desde el punto de vista de las reglas del CIADI no existe un plazo fijo para interponer la recusación del árbitro, las mismas exigen que el recurso sea interpuesto *sin demora* y antes del cierre del procedimiento⁶⁸⁸. Sin embargo, si nos adentramos en el ordenamiento interno, podemos encontrarnos que en el caso de las reglas del Corte de Arbitraje de Madrid (CAM), éstas fijan como plazo para interponer la recusación de 15 días posteriores al nombramiento o confirmación del árbitro⁶⁸⁹.

En relación al órgano competente para resolver la recusación tanto en las reglas del CIADI⁶⁹⁰ como en la Ley Modelo de la CNUDMI⁶⁹¹, la decisión final sobre la recusación del árbitro queda en mano del resto de miembros del tribunal que no son recusados, es decir de los coárbitros. En lo que se refiere a la Ley Modelo de la CNUDMI puede admitirse perfectamente, teniendo en cuenta que no existe una institución administrativa al respecto, dicha ley se ha creado para regir un procedimiento básico pensado fundamentalmente para arbitrajes *ad-hoc*. Sin embargo, cuestión muy distinta resulta la regulación establecida en las reglas del CIADI. Creemos que dejar en manos del resto de los árbitros del tribunal que no son recusados la decisión que resuelve la recusación de uno de sus miembros, puede generar grandes dudas en cuanto al análisis de las circunstancias que fundamentan el recurso desde la perspectiva de un

⁶⁸⁸ Al respecto, el Art. 9(1) de las Reglas del CIADI, establecen que: “*La parte que proponga la recusación de un árbitro de conformidad con el Artículo 57 del Convenio presentará su propuesta al Secretario General sin demora y en todo caso antes que se cierre el procedimiento, dando a conocer las causales en que la funde*”.

⁶⁸⁹ La regla 15.5 del reglamento de la CAM, establece: “*La recusación deberá formularse en el plazo de quince días desde la recepción de la comunicación del nombramiento o confirmación del árbitro o desde la fecha, si fuera posterior, en que la parte conociera los hechos en que funde la recusación*”.

⁶⁹⁰ El Art. 58 de la Convención del CIADI, establece que: “*La decisión sobre la recusación de un conciliador o árbitro se adoptará por los demás miembros de la Comisión o Tribunal, según los casos, pero, si hubiere empate de votos o se tratare de recusación de un conciliador o árbitro único, o de la mayoría de los miembros de una Comisión o Tribunal, corresponderá resolver al Presidente. Si la recusación fuere estimada, el conciliador o árbitro afectado deberá ser sustituido en la forma prescrita en la Sección 2 del Capítulo III y Sección 2 del Capítulo IV*”.

⁶⁹¹ El Art. 13.2 de la Ley Modelo de la CNUDMI reconoce que: “*A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2) del artículo 12, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta*”.

tercero externo no parte del procedimiento⁶⁹². Además, puede existir cierta reticencia entre los propios coárbitros para admitir la recusación. Algunos estudios al respecto así lo demuestran⁶⁹³. Es por ello, que consideramos más acertada la posibilidad de que se “externalice la decisión de recusación del árbitro, que no recaiga dicha decisión en el resto de los coárbitros”⁶⁹⁴.

Las reglas de arbitraje de la CNUDMI⁶⁹⁵ en este aspecto se distancian de las anteriores. En ésta la decisión sobre la recusación de un árbitro recae en la propia institución, pero tampoco están exentas de críticas. En las reglas de la CNUDMI quien decide sobre la recusación del árbitro es la autoridad nominadora que lo ha nombrado, por lo que no deja de ser cuestionable. La decisión se produce en un marco de actuación cerrado en el que los fundamentos que la sustentan pueden carecer de un análisis sólido de los fundamentos del recurso desde la perspectiva de un tercero ajeno.

En el caso de las reglas de arbitraje de la CCI la decisión que resuelve la recusación queda en manos de la propia corte arbitral⁶⁹⁶, siendo éste el sistema más racional en comparación con los anteriores, ya que las propias instituciones arbitrales pueden crear internamente a través de su estructura, mecanismos o grupos especializados que, desde una perspectiva imparcial, pueden analizar los argumentos que fundamenten la recusación y pronunciarse al respecto.

En el ámbito nacional, la CAM en su afán de modernizar sus reglas a partir de la experiencia de las instituciones arbitrales de referencia internacional, da un paso de avance al respecto, permitiendo, salvo pacto en contrario, que la decisión final sobre la recusación del árbitro corresponda a la Corte, “(...) *Salvo acuerdo en contra de las partes, corresponderá a la Corte*

⁶⁹² D FRY, J., STAMPALIJA, J.I.: Forged Independence and Impartiality...*op.cit.*...p. 257.

⁶⁹³ SHALAKANY, A.A.: “Arbitration and the Third World: A Plea for Reassessing Bias Under the Specter of Neoliberalism”, *HARV. INT’L L.J.*, Vol. 41, 2000, p. 426.

⁶⁹⁴ FACH GÓMEZ, K.: “Los tribunales arbitrales de inversiones internacionales: algunas reflexiones en torno al mecanismo de recusación de sus árbitros”, AA. VV.: *Universidad El Externado*, Colombia, 2019, p. 13.

⁶⁹⁵ El Art. 13.4 del Reglamento de la CNUDMI, reconoce que: “*Si, dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se notifique la recusación, todas las partes no dan su conformidad a la recusación o el árbitro recusado no renuncia, la parte que presente la recusación podrá optar por mantenerla. En tal caso, en el plazo de 30 días a partir de la fecha en que se haya notificado la recusación, podrá solicitar que la autoridad nominadora adopte una decisión sobre la recusación*”.

⁶⁹⁶ En este sentido, el Art. 14.3 del Reglamento de Arbitraje de la CCI establece que: “*La Corte debe pronunciarse sobre la admisibilidad y, al mismo tiempo y si hubiere lugar a ello, sobre el fondo de la solicitud de recusación, después que la Secretaría haya otorgado al árbitro en cuestión, la(s) otra(s) parte(s) y, si es el caso, a los demás miembros del tribunal arbitral la oportunidad de presentar sus comentarios por escritos dentro de un plazo adecuado. Dichos comentarios deberán ser comunicados a las partes y a los árbitros*”.

decidir sobre las recusaciones formuladas”⁶⁹⁷. En caso contrario, resolverán los coárbitros, lo que permite cierta flexibilidad, que las partes puedan mediante su voluntad, determinar quién resuelve el recurso sobre la recusación del árbitro o los árbitros que pueda presentarse.

Sin embargo, teniendo en cuenta que las instituciones arbitrales también intervienen en la nominación o designación de los árbitros, consideramos que la forma más idónea al respecto es que las propias instituciones arbitrales a nivel internacional, ante la ausencia de acuerdo entre las partes que resuelven el recurso, o la denegación de recusarse del propio árbitro, adopten políticas institucionales que les permitan crear un órgano o comisión independiente de la institución para el análisis de fondo de la recusación de un árbitro cuando existan dudas de su imparcialidad e independencia, lo que puede favorecer a una mayor transparencia institucional.

III.2.1.2.2 La impugnación del laudo.

La impugnación del laudo es el último⁶⁹⁸ eslabón dentro de la cadena de mecanismos con los que cuentan las partes para hacer valer el conflicto de interés por motivos de no imparcialidad e independencia⁶⁹⁹ del árbitro en el arbitraje internacional. Tanto es así que algunos autores consideran que la peor consecuencia que pueda derivarse de la omisión de un árbitro de revelar el conflicto de interés es la renuncia al laudo arbitral⁷⁰⁰. Los remedios procesales para alegar la validez del laudo se encuentran establecidos tanto en la legislación del país donde se pretende la ejecución del laudo, o en la legislación del lugar de la sede arbitral.

En el ámbito del arbitraje comercial internacional los países que se han acogido a la Ley Modelo de la CNUDMI o han suscrito la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, cuentan, especialmente, con dos alternativas: alegar la nulidad del laudo, u oponerse a su ejecución, las cuales se encuentran fundamentadas⁷⁰¹ en causales

⁶⁹⁷ Al respecto, la Regla 15 del Reglamento de la CAM establece: 1. “*La recusación de un árbitro, fundada en la falta de independencia, imparcialidad o cualquier otro motivo, deberá formularse ante la Corte mediante un escrito en el que se precisarán y acreditarán los hechos en que se funde la recusación. Salvo acuerdo en contra de las partes, corresponderá a la Corte decidir sobre las recusaciones formuladas*”.

⁶⁹⁸ BARROS BOURIE, E., GERMAIN RONCO, A.: Los conflictos de interés...*op.cit.*...p. 25.

⁶⁹⁹ GAILLARD, E., SAVAGE, J.: Fouchard Gaillard Goldman...*op.cit.*..., p. 583.

⁷⁰⁰ ALLEN LARSON, D.: Conflicts of Interest and Disclosures...*op.cit.*..., p. 882.

⁷⁰¹ TIMMER, L.J.E.: “The Quality, Independence and Impartiality of the Arbitrator in International Commercial Arbitration”, *Arbitration*, Vol. 78, No. 4, 2012, pp. 355-357.

muy bien justificadas tanto para evitar la ejecución del laudo como para dejarlo sin efectos, siempre que se vulnere algún principio básico o de garantía procesal del debido proceso.

En el arbitraje de inversiones administrado bajo las reglas del CIADI, las posibilidades de impugnar el laudo son mucho más reducidas, teniendo en cuenta las complejidades del mismo, su deslocalización y, principalmente, porque los laudos en este tipo de procedimiento tienen el mismo efecto que una sentencia nacional en cualquier Estado miembro, por lo que son obligatorios⁷⁰², carecen absolutamente de un mecanismo de revisión en el ámbito interno de los Estados. El único mecanismo para poder llevar a cabo la revisión o anulación del laudo está establecido en las propias reglas del CIADI y se realiza ante dicha institución según las causales establecidas a tales efectos⁷⁰³, por lo que el laudo está totalmente blindado de revisión por los tribunales nacionales del Estado en el que se debe ejecutar.

No caben dudas, que los mecanismos hasta aquí descritos constituyen una garantía para las partes en el procedimiento arbitral para prevenir o hacer valer el conflicto de interés cuando exista duda razonable en relación con la independencia e imparcialidad de los árbitros, los cuales no pueden ser tratados sin tener en cuenta la transparencia institucional, a través de la cual, las propias instituciones pueden optar por la publicación no solo de sus procedimientos, sino también de todas las decisiones que pueden ser tomadas cuando se ha presentado una solicitud de recusación del árbitro. En este sentido, puede favorecer el conocimiento público de aquellas situaciones más usuales a nivel internacional por las que se ha solicitado la recusación del árbitro, así como el análisis, los criterios o fundamentos en los que se basan tanto las instituciones arbitrales como los propios tribunales arbitrales para sustentar sus decisiones al resolver la recusación. Tal y como ha sucedido en algún caso de arbitraje CIADI⁷⁰⁴ en el que se ha presentado recusación de algunos de los árbitros y se ha hecho público,

⁷⁰² El Art. 53.1 del Convenio CIADI establece que. “El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio”.

⁷⁰³ Tal y como lo reconocen los Arts. 51 y 52 de la Convención CIADI cuando establecen que: Art. 51.1 “Cualquiera de las partes podrá pedir, mediante escrito dirigido al Secretario General, la revisión del laudo..(..); Art. 52, “cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en uno o más de las siguientes causales: a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; b) que el Tribuna se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde”.

⁷⁰⁴ Tal y como sucedió en el caso *Repsol, S.A. and Repsol Butano, S.A. vs. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/12/38, 2013; *Conoco Phillips Company ET AL vs The Bolivarian Republic of Venezuela*.

en el propio sitio web de la institución, un extracto de la decisión que resuelve la recusación y alguna otra información como comunicaciones o declaraciones de los árbitros.

La publicidad de dicha información no puede estar al margen de los criterios de confidencialidad que las partes hayan pactado, debe respetarse siempre la voluntad de las partes, por lo que es preciso a nivel institucional crear los mecanismos idóneos que permitan un equilibrio entre el interés de las partes de mantener todas sus actuaciones lejos del conocimiento público y la necesidad de una mayor transparencia institucional ante la presencia de un posible conflicto de interés. La necesidad de publicitar, de conocerse públicamente aquellas situaciones en las que se funda la recusación y el razonamiento utilizado por el órgano competente para resolver la misma, lo que favorece a una mayor transparencia de las instituciones en cuanto al conocimiento público de sus actuaciones y de la manera en que se resuelve tanto el procedimiento arbitral como todas aquellas actuaciones o circunstancias que surgen durante el desarrollo del arbitraje y posterior al mismo. En este sentido, permitirá tanto a los Estados como a las partes en el arbitraje, no solo el conocimiento de los medios adecuados a través de los cuales pueden impugnar la actuación del árbitro, sino también conocer e interpretar las pautas de calificación que utilizan las instituciones arbitrales, o el órgano competente al interpretar cualquier recurso presentado que cuestione la independencia e imparcialidad de los árbitros⁷⁰⁵.

No obstante, ante la exigencia de una mayor transparencia al respecto, nos encontramos con un inconveniente que no puede pasar desapercibido, a saber, el escaso número de descalificaciones de árbitros en comparación con el elevado número de casos generados en las últimas décadas, lo que puede incidir en que los estándares respecto a la descalificación de los árbitros por actuaciones parciales y no independientes establecidas en algunas reglas, como el CIADI, sean un poco vaga, no clara, debido a la falta de una mayor aplicación e interpretación práctica⁷⁰⁶.

En suma, existen razones suficientes para que las instituciones arbitrales ante la existencia de normas y reglas inconsistentes en cuanto al conflicto de interés, actualicen, modifiquen, sus actuales reglas de arbitraje con el objetivo de adoptar un estándar más uniforme a la hora de

⁷⁰⁵ CIANCIO, N.: “The Implications of Recent ICSID Arbitrator Disqualifications for Latin America”, *Yearbook on Arbitration and Mediation*, Vol. 6, 2014, p. 440.

⁷⁰⁶ *Ibidem*, p. 449.

determinar posibles conflictos de intereses. Y, de esta manera, no solo puedan asegurar sus expectativas como institución en cuanto a que los conflictos de intereses y la divulgación de los mismos puedan ser definidos de la forma más clara posible, sino también que los propios tribunales arbitales puedan, basados en criterios más homogéneos, poder determinar aquellas situaciones en las que han incurrido los árbitros y que pueden ser constitutivas de un conflicto de interés. Por estos motivos, vale la pena entonces un estricto cumplimiento de los principios éticos en el arbitraje internacional, a los que por su importancia le dedicaremos nuestra atención a continuación.

III.3 Los principios éticos en el arbitraje internacional: La independencia y la imparcialidad del árbitro.

La estricta observancia de requisitos éticos está presente en todas las ramas de la ciencia, en cualquier actividad profesional⁷⁰⁷, las instituciones universitarias, sus planes de estudios de pre y postgrados, las empresas, las instituciones y organismos internacionales y los propios Estados, hacen eco de ello. Por supuesto, el Derecho no está aislado, el conocimiento jurídico y las distintas especialidades en las que se ejerce tan importante profesión también han sido objeto de transformación desde el punto de vista ético. No existe un área del Derecho en la que las normas éticas no estén presentes, e incluso en algunas hasta han proliferado Códigos Éticos o de Buenas Conductas, como puede ser en el ámbito del arbitraje internacional. Son varios los Códigos de Ética existentes en un muchas de las instituciones arbitales⁷⁰⁸, gran parte de ellos con el objetivo de homologar y elevar sus propios estándares éticos en la práctica arbitral se adhieren a otros con mayor relevancia y connotación a nivel internacional, como puede ser el Código Ético para el Arbitraje Internacional de la *International Bar Association*.

⁷⁰⁷ SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M.: “Ética del árbitro”, *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. IV, No. 1, 2011, pp. 31-33, 40.

⁷⁰⁸ Entre otros códigos, cabe destacar: el Código Ético del Tribunal Arbitral de Barcelona, 2009. Disponible en: <http://tab.es/index.php?lang=es>. El Código CEA de Buenas Prácticas Arbitrales, 2005. Disponible en: https://www.clubarbitraje.com/sites/default/files/090216_buenas_practicas_arbitrales_castellano_1.pdf. El Código de Ética del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, 2008. Disponible en: <https://www.camaralima.org.pe/principal/categoria/codigo-de-etica/524/c-524>. Las Rules of Ethics for International Arbitrator de la IBA, 2014. Disponible en: https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Standards,%20Principles%20and%20Ethics y, el propio Code of Ethics for Arbitrators in Commercial de la American Arbitration Association, 2004. Disponible en: https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Commercial_Code_of_Ethics_for_Arbitrators_2010_10_14.pdf. Todos los sitios web han sido consultados el 18/02/2019; Se recomienda también, CREMADES, B.M.: “Nuevo Código ético para los árbitros internacionales”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. IV, 1987, pp. 9-14.

La importancia que ha adquirido el arbitraje internacional como principal forma de solución de controversias en las relaciones comerciales internacionales y la inversión extranjera, ha favorecido no solo la existencia de acérrimos defensores del instituto del arbitraje, sino también de quienes critican, en ocasiones con discutible fundamento, esta forma de resolución de diferencias. Es por ello, que con el aumento de la brecha existente entre ambas partes, entre defensores y detractores del arbitraje internacional, la existencia de Códigos Éticos resulta imprescindible⁷⁰⁹. Cabe recordar que estos códigos o directrices que rigen la conducta de las partes en el arbitraje no son normas obligatorias de carácter general ni prevalecen sobre las normas que rigen el arbitraje, surten sus efectos una vez que las partes así lo acuerdan, permaneciendo dichas normas éticas y obligaciones desde el propio nombramiento del árbitro y durante todo el procedimiento arbitral. En este sentido, existen dos etapas del procedimiento perfectamente identificables en las que pueden jugar un papel importante el cumplimiento de los principios de independencia e imparcialidad en el arbitraje internacional, la etapa de nombramiento del árbitro y durante la celebración del procedimiento, y una vez concluido el procedimiento arbitral, con la anulación del laudo, éste último recurso se encuentra sujeto a estrictos requisitos.

En el ejercicio del arbitraje y, especialmente, por la función cuasi jurisdiccional que ejercen los árbitros en base a la autonomía de la voluntad de las partes que los han nombrado, los principios éticos juegan un papel trascendental, teniendo en cuenta la labor encomendada a los árbitros⁷¹⁰ que no sólo realizan exclusivamente la función arbitral, es evidente la semejanza existente con la función judicial⁷¹¹. Estos principios se encuentran fuertemente arraigados a dos pilares básicos del actuar de los árbitros: la independencia e imparcialidad⁷¹². Tanto es así, que en la práctica actual la calidad del arbitraje se encuentra también condicionada a las

⁷⁰⁹ VEEDER, V.V.: “Is there any Need for a Code of Ethics for International Commercial Arbitrators?”, *Les arbitres internationaux: Colloque du 4 fevrier 2005*, Centre Français de Droit Comparé, 2005, pp. 187-194.

⁷¹⁰ ANDRIGHI, F.N.: “A ética como pilar de segurança da arbitragem”, *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, No. 53, 1997, pp. 24-26; MITCHARD, P.: “Ethics in European Arbitration”, *The European & Middle Eastern Arbitration Review*, 2009. Disponible en: <http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/14/sections/53/chapters/509/ethics-european-arbitration/>, consultado el 18/02/2019; MULLERAT BALMAÑA, R.: “Ethical Rules for Arbitrators”, *Anuario de Justicia Alternativa*, No. 6, 2005, pp. 77-117.

⁷¹¹ JIJÓN LETORT, R.: “La Independencia e Imparcialidad de los Árbitros”, *Revista del colegio de Jurisprudencia de Quito*, Año VII, No. 11, 2007, p. 26. En este sentido, ESCOBAR-MARTÍNEZ, afirma que, “un árbitro es un juez privado, cuya jurisdicción deriva de la voluntad de las partes”; ESCOBAR-MARTÍNEZ, L.M.: La independencia, imparcialidad...*op.cit.*, p. 196.

⁷¹² FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: Contenido ético del oficio de árbitro...*op.cit.*, p. 3; MANZANARES BASTIDA, B.: “The independence and impartiality of arbitrators in international commercial arbitration”, *Revist@ e-Mercatoria*, Vol. 6, No.1, 2007, p. 1.

características de los árbitros, un buen procedimiento arbitral depende, sin duda alguna, del buen comportamiento ético de los árbitros elegidos por las partes⁷¹³, teniendo en cuenta el origen consensuado del mismo. A diferencia de lo que ocurre en el ámbito judicial⁷¹⁴ en el que los jueces son asignados a un caso concreto, su autoridad les viene por mandato constitucional, son funcionarios públicos que asumen grandes responsabilidades estrechamente relacionadas con las políticas públicas y la soberanía de los Estados, muy distantes de las funciones propias de un árbitro que les vienen encomendadas por las propias partes o las instituciones arbitrales.

La necesidad de normas éticas en el arbitraje internacional ha generado siempre un debate constante en el ámbito internacional⁷¹⁵, lo que ha favorecido que la independencia y la imparcialidad del árbitro tenga una amplia acogida en las reglas arbitrales como principios intrínsecos al arbitraje. No existe un solo reglamento arbitral en el que no se regulen, al menos, uno de los dos principios, tanto es así, que los propios reglamentos les confieren a los árbitros, ya sea explícita e implícitamente, facultades para garantizar una plena integridad del proceso⁷¹⁶, lo que no puede garantizarse sin la debida ejecución de los valores éticos y morales que entrañan el arbitraje como institución. Es por ello, que la observancia de los principios éticos de independencia e imparcialidad del árbitro constituye el factor más importante dentro del proceso⁷¹⁷.

Las reglas arbitrales están dirigidas a la mejora constante de las actuaciones de las partes en la práctica del arbitraje. De ahí que existan mecanismos sancionadores que son activados en caso de un quebrantamiento de los principios éticos en el arbitraje no sólo a nivel internacional sino también en el ámbito nacional. Estas exigencias obedecen ineludiblemente a la necesidad de que el arbitraje se adecue a las necesidades sociales actuales y, a la vez, ante la crisis de confianza a nivel internacional que afecta al sistema alternativo de resolución de diferencias, fortalecer la confianza en el arbitraje. Que las partes en el procedimiento puedan disfrutar de

⁷¹³ Es un axioma muy citado en la comunidad arbitral que un procedimiento arbitral es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen; SANDERS, P.: *Quo vadis arbitration? Sixty years of arbitration practice*, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 1999, p. 224; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: Contenido ético del deber de revelación...*op.cit.*..., p. 800.

⁷¹⁴ DEZALAY, Y., GARTH, B.G.: *Dealing in Virtue. International commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*, The University of Chicago Press, 1996, p. 8.

⁷¹⁵ SUSSMAN, E.: "Can Counsel Ethics Beat Guerrilla Tactics?: Background and Impact of the New IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration," *NYDRL*, Vol. 6, No 2, 2013, p. 47.

⁷¹⁶ GUAIA, C.I.: Facultades implícitas del tribunal arbitral...*op.cit.*..., p. 89.

⁷¹⁷ En este sentido, GRIGERA NAÓN comenta, "arbitral impartiality and independence constitute the moral or ethical aspect of arbitral fairness"; GRIGERA NAÓN, H.: "Factors to Consider in Choosing an Efficient Arbitrator." *ICCA Congress Series*. No. 9, 1999, p. 289.

una mayor seguridad jurídica, de un proceso despojado de toda práctica desleal y que pueda sustentarse en reglas y normas que surjan de los principios fundamentales de la buena fe. Existe una obligada necesidad de consolidar la transparencia, la legitimidad y una mayor publicidad en el arbitraje internacional. De ahí que, la diligencia, eficiencia, independiencia e imparcialidad, constituyan principios inquebrantables en la correcta actuación de los árbitros, su incumplimiento puede condicionar la integridad del procedimiento arbitral⁷¹⁸.

Sin embargo, cabe señalar que los reglamentos arbitrales establecen que los árbitros deben actuar siempre con imparcialidad e independiencia. Pero al igual que gran parte de las legislaciones nacionales⁷¹⁹, se carece de un concepto de los mencionados principios. Los reglamentos de arbitraje de la CCI, UNCITRAL y el CIADI adolecen de una definición de la imparcialidad e independiencia del árbitro, sólo se limitan a reconocer que los árbitros deben cumplir con dichos principios durante todo el procedimiento, divulgando o revelando cualquier circunstancia que atente contra la imparcialidad e independiencia de éstos. Pero dicha obligación como requisito inmutable del árbitro durante todo el procedimiento carece de un estándar en los códigos o normas arbitrales a nivel internacional, lo que trae como consecuencia una diferencia en la regulación de tal obligación entre las propias instituciones arbitrales⁷²⁰. No obstante, somos partidarios de que los buenos hábitos y la correcta práctica arbitral, “la virtud en la actuación arbitral”⁷²¹, no es el resultado del cumplimiento mecánico de los Códigos Éticos, la no existencia de los mismos no es un presupuesto que asegure la ausencia de una correcta actuación y administración de justicia por los árbitros, ni mucho menos una garantía del férreo cumplimiento del deber ético por parte de todos los árbitros.

⁷¹⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: Contenido ético del oficio de árbitro...*op.cit.*..., p. 1.

⁷¹⁹ En este sentido, DE TRAZEGNIES reconoce que: “Sin embargo, la mayor parte de los ordenamientos legales no precisan estos términos “imparcial e independiente”, como no lo hace la nueva ley peruana [de Arbitraje]. De ahí la importancia de ensayar un desarrollo al nivel de principios aplicados a situaciones específicas, a fin de permitir su aplicación más segura y objetiva a los casos concretos”; DE TRAZEGNIES GRANDA, F.: “Artículo 28- Motivos de abstención y de recusación”, en SOTO COAGUILA, C.A., BULLARD GONZÁLEZ, A.: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima, Tomo 1, 2011. Pág. 343. Sin embargo, en el ámbito del poder judicial y del Estado de Derecho, son muy bien conocidos los conceptos de imparcialidad e independiencia en las legislaciones nacionales; SCHACHERER, S.: “Independence and Impartiality of Arbitrators. A Rule of Law Analysis”, *Seminar: International Investment Law and the Rule of Law*, 2018, p. 3.

⁷²⁰ MANZANARES BASTIDA, B.: The independence and impartiality....*op.cit.*..., p. 10.

⁷²¹ DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, P.: “Árbitros, ética y administración de justicia”, *Arbitraje PUCP*, 2014, p. 53.

III.3.1 La independencia del árbitro.

La independencia es considerada como una de las principales “garantías básicas del arbitraje”⁷²². El principio de independencia del árbitro en el arbitraje internacional es una situación de carácter estrictamente objetiva, su análisis debe basarse en criterios objetivos⁷²³. Se caracteriza por la ausencia de control o presión externa que puedan ejercer sobre el árbitro en la toma de decisiones⁷²⁴. La independencia es considerada como un derecho imperativo de las partes⁷²⁵; para algunos autores⁷²⁶, es la cara legítima del árbitro internacional. La independencia está relacionada con la ausencia o falta de vinculación entre los propios árbitros que forman parte del tribunal y de estos con el resto de las partes en el procedimiento, incluyendo los abogados que representan a las partes. Vínculos que no solo se deben a las posibles relaciones de carácter personales, sino también económicas, financieras, sociales o de cualquier otra naturaleza⁷²⁷. O sea, la independencia requiere que todo árbitro divulgue toda circunstancia o hecho que pueda ser constitutivo de conflicto de interés ya sea con las partes en litigios o con terceros.

En cuanto a la relación con algunos de los abogados de las partes la cuestión debe ser analizada en términos generales, es decir, no ceñirse únicamente a la relación personal que pueda existir, sino también debe tenerse en cuenta la relación entre el árbitro y el despacho de abogados al que pertenece el representante legal de la parte. Resulta aconsejable que los árbitros en la declaración de independencia que realizan manifiesten también las veces que han sido nombrados por los abogados que los han propuesto. De esta forma, se reduce aún más el

⁷²² CREMADES, B.M.: “El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española”, *Lima Arbitration*, No. 1, 2006, p. 196.

⁷²³ Al respecto, ESCOBAR-MARTÍNEZ, afirma que, “la dependencia, para ser tal, debe ser determinable por un test objetivo”; ESCOBAR-MARTÍNEZ, L.M.: La independencia, imparcialidad...*op.cit.*, p. 191.

⁷²⁴ Tal y como ha sido reconocido en la decisión sobre descalificación de uno de los árbitros en el caso, *Abaclat and Others vs Argentina Republic*, en la que se reconoce que: “*Impartiality refers to the absence of bias or predisposition towards a party. Independence is characterized by the absence of external control. Independence and impartiality both protect parties against arbitrators being influenced by factors other than those related to the merits of the case*”; *Abaclat and Others vs Argentina Republic*, ICSID Case No ARB/07/5, Decision to Disqualify a Majority of the Tribunal, 2014, paragraph. 75.

⁷²⁵ LALIVE, P., POUURET, J.F., REYMOND, C.: *Le Droit de l'Arbitrage Interne et International en Suisse*, Payot S.A., Lausanne, La Haya, 1989, pp. 338-339.

⁷²⁶ DE BOISSÉSON, M.: *Le Droit français de l'arbitrage interne et international*, GNL Editions, París, 1990, p. 778.

⁷²⁷ En cuanto a los vínculos o contenidos del deber de independencia del árbitro, véase: TRAKMAN, L.: “The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered”, *Int'l Arb'n L.Rev.*, Vol. 10, No. 4, 2007, pp. 124-134; ALAM, N.: “Independencia and Imparciality in International Arbitration. As Assessment”, *TDM*, Vol. I, No. 2, 2004. Disponible en: http://www.transnational-isputemanagement.com/samples/freearticles/tv1-2-article205b.htm#_ftn2, consultado el 18/02/2019.

marco del deber de independencia del árbitro y se proporciona un ámbito diferencial en cuanto a la participación como árbitro nombrado por los grandes despachos, lo que nos lleva a considerar el alcance que debemos proporcionarle al despacho al que pertenece el abogado de la parte, si es una firma internacional con representación en varios países o un despacho miembro de una red internacional, asociación o alianza de despachos jurídicos internacionales. Ahora bien, cabe insistir en que la pertenencia a un mismo despacho de amplias dimensiones, con varias representaciones y especializaciones no significa la existencia de una agrupación o comunidad de intereses que sea motivo de recusación del árbitro, aunque estos tipos de despachos sean más proclives al mantenimiento de conflictos de intereses.

La independencia del árbitro no puede verse solamente con relación a las partes en el proceso, sino también con la propia institución arbitral respecto a su facultad para decidir, es decir, el árbitro no puede delegar en terceros la posibilidad de decidir o resolver el litigio, siendo el máximo responsable de la decisión de dictar el laudo y de todo lo expresado en el mismo, lo que equivale a decir que la independencia se caracteriza por la carencia de cualquier control externo que pueda ejercerse contra el árbitro. Además, es de vital importancia que las propias instituciones arbitrales también se mantengan independientes al momento de administrar justicia⁷²⁸. De ésta manera, la independencia cumple dos objetivos principales: garantizar la transparencia necesaria para las partes⁷²⁹ y la integridad del procedimiento.

III.3.2 La imparcialidad del árbitro.

La selección del árbitro es un eslabón fundamental en la cadena procesal del arbitraje, cobrando especial importancia la imparcialidad en todas sus actuaciones. La imparcialidad del árbitro exige la ausencia de predisposición subjetiva hacia una de las partes. La imparcialidad del árbitro se presupone por las partes desde el inicio del procedimiento arbitral, con el objetivo del que el mismo pueda establecerse válidamente⁷³⁰, se refiere a la ausencia de sesgo del árbitro

⁷²⁸ En este sentido el CEA, en su Código de Buenas Prácticas Arbitrales establece varios parámetros que deben ser cumplido por las propias instituciones, como pueden ser; la prohibición de asesoría jurídica sobre asuntos que esté o puedan estar bajo conocimiento de la institución; prohibición de recomendación de abogados por parte de la institución; la revelación por parte de la institución a las partes de todas las circunstancias que puedan afectar la independencia e imparcialidad, entre otras.

⁷²⁹ La falta de transparencia puede ser manifiesta por el árbitro de varias formas, véase: FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: Contenido ético del oficio de árbitro...*op.cit.*..., p. 20.

⁷³⁰ FERREIRA LEMES, S.M.: "Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. direito brasileiro e comparado", *Revista de la Corte Espanhola de Arbitraje*, Vol. VII, 1991, p. 47.

hacia una de las partes⁷³¹, que no exisita un previo posicionamiento del árbitro por la materia en disputa. En relación con este último, algunos autores destacan la distinción de dos conceptos: predilección y parcialidad. El primero, significa que “el árbitro favorezca a una de las partes sin provocarles perjuicios a la otra, mientras que el segundo significa lo contrario, o sea, que al favorecer a una de las partes ocasione daños a la otra”⁷³².

La imparcialidad tiene una fuerte incidencia subjetiva, implica que la actuación del árbitro debe carecer subjetivamente de cualquier interés a favor o en contra de las partes⁷³³, en no tener un criterio anticipado que le impida su función de juzgar⁷³⁴, tiene relación con la actitud, con un estado mental del árbitro. Por su propio carácter subjetivo resulta muy difícil de probar. Tal y como lo reconoce la doctrina, “la imparcialidad, en la medida que es un estado de la mente, es un concepto subjetivo y bastante abstracto muy difícil de probar”⁷³⁵. Sin embargo, la imparcialidad solo puede ser identificada desde el punto de vista práctico⁷³⁶, es decir basándose en situaciones de hechos objetivos que demuestren los vínculos del árbitro con algunas de las partes que den indicios al cuestionamiento de la imparcialidad y, por supuesto, al desarrollo de un procedimiento arbitral justo⁷³⁷. Por lo tanto, se establece una relación de complementaridad entre el aspecto subjetivo, el estado mental del árbitro y la evaluación objetiva, mediante la cual es posible vincular la falta de imparcialidad del árbitro, lo que trae como consecuencia que la imparcialidad y la independencia tengan un marcado carácter subjetivo, de ahí su vaguedad⁷³⁸.

⁷³¹ *Burlington Resources Inc. Vs. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña, 2013, paragraph 66.

⁷³² FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: Contenido ético del oficio de árbitro...*op.cit.*..., p. 14; BRANSON, D.J.: “American Party-Appointed Arbitrators –Not the Three Monkeys”, *University of Dayton L. Rev.*, Vol. 30, No. 1, 2004, pp. 1-62.

⁷³³ Al respecto, GOLDSCHMIDT reconoce que “*La Imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Este debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad. La imparcialidad es en la esfera emocional lo que la objetividad es en la órbita intelectual*”. GOLDSCHMIDT W.: “Conducta y Norma, La Imparcialidad como principio básico del proceso”, *Revista Justicia y Verdad*, 1978, p. 153; SINGHAL, S.: “Independence and impartiality of arbitrators”. *International Arbitration Law*, 2008, pp. 124-141.

⁷³⁴ JIJÓN LETORT, R.: “Independencia de los árbitros”, en SOTO COAGUILA, C.A. (Dir.): *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto peruano de arbitraje, Perú, 2008, p. 348.

⁷³⁵ LEW, J.D.M, MISTELIS, L.A., KRÖLL, S. M.: *Comparative International Commercial Arbitration...op.cit.*..., p. 258.

⁷³⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: Contenido ético dearbl oficio de árbitro...*op.cit.*..., p. 13.

⁷³⁷ BISHOP, D., REED, L.: “Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration”, *Arb. Int'l*, Vol. 14, No. 4, 1998, pp. 407-423.

⁷³⁸ CLEIS, M.N.: *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators...op.cit.*..., p. 22.

La imparcialidad tiene gran relación con la motivación. El árbitro debe anteponer a sus consideraciones personales las condiciones subjetivas en relación con los hechos, el objeto. La imparcialidad “es, en la esfera emocional, lo que la objetividad es en la órbita intelectual”⁷³⁹, lo que permite que el laudo dictado por el árbitro esté correctamente fundamentado en la verdad, lo justo, resolviendo legalmente la controversia, debido a que la principal garantía de las partes para asegurar la plena efectividad del postulado que tratamos es la impugnación del laudo ante la existencia de indicios de parcialidad. Parcialidad del árbitro que, en el procedimiento arbitral, puede ser considerado como un quebrantamiento del orden público⁷⁴⁰. Así, lo ha confirmado, en reiteradas ocasiones, la jurisprudencia española al reconocer; “(...) *deberá denegarse la ejecución cuando el contenido sea contrario al orden público, entendido, desde la perspectiva constitucional, como el conjunto de principios jurídico públicos, privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de sociedad en un pueblo y época determinados*”⁷⁴¹.

El principio de imparcialidad no deja de tener sus complejidades en la actuación del árbitro. Los árbitros no solo deben manifestar su imparcialidad desde el punto de vista intelectual, sino también mostrar cierta apariencia de imparcialidad⁷⁴², es decir, tener buena reputación moral, actuar siempre honestamente. De esta forma, se evita que ocurran hechos como el que tuvo lugar en el Tribunal Irán-EEUU, en el que varios árbitros iraníes llegaron a declarar amenazas de muerte y atacaron violentamente al árbitro sueco, el Sr. Nils Mangard, al considerar que éste era parcial y carecía de la necesaria independencia, que la falta de neutralidad y la sumisión del Sr. Mangard a los intereses del gobierno y las empresas estadounidenses, causaba un daño irreparable a Irán⁷⁴³.

El cumplimiento de las normas éticas y la buena reputación moral del árbitro son cuestiones trascendentales para el arbitraje internacional, teniendo en cuenta que en el procedimiento el

⁷³⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: Contenido ético del oficio de árbitro...*op.cit.*..., p. 14.

⁷⁴⁰ GIOVANNUCCI ORLANDI, C.: “Ethics for International Arbitrators”, *University of Missouri-Kansas City L. Rev.*, Vol. 67, 1998, pp. 93-109.

⁷⁴¹ Véase, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, No. 184/2005, Sección: 14, de 29 de julio de 2005, Roj: AAP M 7137/2005, en el que se cita las sentencias, STC 11/87, de 11 de febrero, STC 116/1988, de 20 de junio y STC54/1989, de 23 de febrero.

⁷⁴² SERRADA, J., “Designación de árbitros. Cuestiones que suscitan”, en JIMÉNEZ-BLANCO, G., *Anuario de Arbitraje*, Aranzadi, 2016, p. 202.

⁷⁴³ BROWER, C., BRUESCHKE, J.: *The Iran-United States Claims Tribunal*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1998, p. 169. Además, ha sido citado por ABERCROMBIE BAKER, S., DAVIS, M.D.: *The UNCITRAL arbitration rule in practice, the experience of the Irán-U.S claims tribunal*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1992, pp. 40-41.

árbitro se enfrenta a dos partes totalmente distintas, con intereses y culturas jurídicas diferentes, por lo que una actitud determinada del árbitro puede ser asumida como imparcial por una de las partes mientras que para la otra puede no serlo⁷⁴⁴, lo que provoca una colisión entre costumbres, y dificulta a nivel internacional la creación de un estándar ético en el arbitraje. En este sentido, los árbitros quedan obligados a cumplir un riguroso estatus de imparcialidad y hasta de su propia manera de conducir sus actuaciones. Un tribunal arbitral puede ser dependiente, pero nunca parcial. Un árbitro imparcial con algún sesgo de dependencia en sus actuaciones, se puede considerar, mientras que un árbitro independiente, pero parcial, debe ser automáticamente descalificado⁷⁴⁵. Sin embargo, debe reconocerse que cuánto más dependiente sea un árbitro de una de las partes, menos posibilidades tendrá de ser considerado como imparcial, resultando muy difícil para las instituciones arbitrales y los propios tribunales nacionales poder determinar, objetivamente, el grado de compromiso de la imparcialidad⁷⁴⁶. En este sentido, algunos autores consideran que “la parcialidad expresada a través de un prejuizamiento del caso crea un innecesario costo social”⁷⁴⁷; la pérdida de la confianza en el arbitraje. Es por ello, que el árbitro no solo debe ser imparcial sino también parecerlo, por la sencilla razón que “el arbitraje se basa en la confianza”⁷⁴⁸, de ahí la función principal del árbitro, la búsqueda de un acuerdo entre las partes⁷⁴⁹. Con la garantía de un árbitro imparcial el procedimiento arbitral no solo es efectivo técnicamente, sino también ético, lo que permite que las partes puedan obtener una resolución justa del litigio⁷⁵⁰.

La imparcialidad del árbitro constituye una garantía procesal de la cual depende la propia existencia de la función arbitral y así ha quedado demostrado en el ámbito jurisdiccional. La Audiencia Provincial de Madrid, en el ya citado Auto No. 184/2005, de 29 de julio, reconoce: “(...) No obstante, si algo caracteriza a la institución arbitral, como órgano privado de heterocomposición, es la exigencia de imparcialidad, y esa imparcialidad debe exigirse a todos los que intervienen en las funciones arbitrales; tanto a los árbitros como a las instituciones

⁷⁴⁴ SALVANESCHI, L.: “Sull'imparzialità dell'árbitro”, *Riv. Dir. Proc.*, Vol. 59, pp. 409-434.

⁷⁴⁵ BISHOP, D., REED, L.: *Practical Guidelines for Interviewing...op.cit...*p. 399.

⁷⁴⁶ RUBINS, N., LAUTERBURG, B.: “Independence, Impartiality and Duty of Disclosure in Investment Arbitration”, en KNAHR, CH., KOLLER, CH., RECHBERGER, W., REINISCH, A. (Eds.): *Investment and Commercial Arbitration-Similarities and Divergences*, Eleven International Publishing. The Netherlands, 2010, p. 156.

⁷⁴⁷ FIERRO VALLE, E.J.: *Conflicto objetivo de intereses...op.cit...*, p. 83.

⁷⁴⁸ GONZÁLEZ DE COSSÍO, F.: “Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2002, p. 460.

⁷⁴⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Contenido ético del oficio de árbitro...op.cit...*, p. 1.

⁷⁵⁰ ALONSO, J.M.: “La independencia e imparcialidad de los árbitros”, *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 2, 2006, p. 97.

administradoras del arbitraje, de forma que su misión de administración, control y prestación del arbitraje no se solape con otras de asesoramiento previo a una de las partes en el conflicto. En los diversos sistemas de designación de árbitros siempre hay un componente importantísimo de imparcialidad: se buscan árbitros de común acuerdo, se encomienda a un extraño el nombramiento del tercer árbitro que equilibre la composición del colegio arbitral cuando cada parte haya elegido uno, se confía el arbitraje a institución ajena al interés de las partes en la confianza de su imparcialidad, se fuerza la intervención de la autoridad judicial que los insacula, o se toma otra medida para preservar al órgano decisorio del conflicto de las influencias de uno de los intereses en juego”⁷⁵¹.

Los principios de independencia e imparcialidad del árbitro siempre se han visto como ambas caras de una misma moneda, lo que ha propiciado, erróneamente, que en la práctica sean utilizados como equivalentes. Pero ambos principios difieren entre sí, las circunstancias, hechos o situaciones a través de los que se manifiestan son totalmente distintas, lo que ha sido perfectamente reconocido no sólo en el ámbito doctrinal⁷⁵², sino también por el precedente arbitral. Por ejemplo, en los casos *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. vs. Argentina* y *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Vivendi Universal S.A. vs. Argentina*, en los que la Demandada (República de Argentina) presentó solicitud de recusación de un árbitro, la prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, en virtud de la existencia objetiva de dudas justificadas respecto de su imparcialidad, fundamentando dicha solicitud en que Kaufmann-Kohler había sido miembro de otro tribunal en el que se dictó laudo contra Argentina y que presentaba errores en sus conclusiones respecto de los hechos y las pruebas, motivos por los cuales consideran que su participación en la elaboración de esa decisión de por sí “(...) *demuestra prima facie falta de imparcialidad de la mencionada árbitro, manifestándose a través de las inconsistencias más salientes del laudo que generan una plena falta de confianza*”⁷⁵³.

En la decisión que resolvió la solicitud de recusación, aun y cuando el tribunal rechazó la solicitud de descalificación presentada por la Demandada, al considerar que no se presentó de manera oportuna y por la falta de hechos que demostraran una manifiesta falta de

⁷⁵¹ Véase, cita 775, *supra*.

⁷⁵² TRAKMAN, L., *The impartiality and Independence...op.cit...*, p. 6; GONZÁLEZ DE COSSÍO, F.: *Independencia, imparcialidad...op.cit...*, p. 460.

⁷⁵³ Véase, *Decision on the proposal for the disqualification of a member of the arbitral tribunal*, 2007.

independencia o imparcialidad del árbitro, se reconoció que: “*independencia e imparcialidad, aunque mutuamente relacionados, con frecuencia se consideran claramente diferentes, aunque no siempre es fácil percibir con precisión la naturaleza de la distinción. El concepto de independencia se refiere a la inexistencia de relaciones con una parte, que pueda influir sobre la decisión del árbitro. Por imparcialidad, en cambio, se entiende la inexistencia de un sesgo o predisposición favorable hacia alguna de las partes*”⁷⁵⁴. Sin embargo, consideramos que para ambos principios resulta necesaria la existencia de sesgo, sesgo que rara vez puede ser probado en la práctica⁷⁵⁵.

En este sentido, coincidiendo con algunos autores⁷⁵⁶, cabe destacar algunas consideraciones en relación con los principios de independencia e imparcialidad: i) ambos principios son complementarios entre sí, pero la existencia de uno no es condición que garantice la existencia del otro, son conceptos absolutos⁷⁵⁷, es decir, “o se es completamente independiente e imparcial o no”⁷⁵⁸; ii) los dos principios deben ser analizados según el caso y las circunstancias específicas de éste, no pueden verse de forma general ni mucho menos pensarse que tienen igual acogida en todos los litigios y iii) la falta de independencia o imparcialidad en un árbitro no presupone, *ipso facto*, un cuestionamiento de las cualidades profesionales o morales del árbitro, debe existir un razonamiento y análisis previo que así lo demuestre. Los principios de imparcialidad e independencia también abarcan la ausencia de apariencia de parcialidad o dependencia del árbitro.

En suma, la obligación de los árbitros de mantenerse imparciales e independientes es un principio fundamental del procedimiento arbitral, le confiere legitimidad al proceso y, a la vez, es inherente a la propia función arbitral. Ambos principios blindan a las partes contra posibles

⁷⁵⁴ Véase, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. vs. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17 y, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Vivendi Universal S.A. vs. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19. Decisión sobre la propuesta de recusación de un miembro del tribunal arbitral, párraf. 29, 2007.

⁷⁵⁵ La jurisprudencia ha reconocido, reiteradamente, lo difícil que resulta poder probar el sesgo, al punto de que lo ha considerado como algo imposible de lograr. Al respecto, puede verse: *Morelite Construction Corp., Morelite Electric Service, Inc. vs. NY City District Council Carpenters Benefit Fund*. 748 F.2d 79. US Court of Appeals for the 2nd Circuit, 1984. En el presente caso, desde sus inicios, se admitió la apariencia de sesgo para admitir la parcialidad del árbitro; sin embargo, se reconoció finalmente la dificultad de probar el sesgo, al punto de considerarse como imposibilidad, debido a la propia dificultad en la obtención de prueba. Salvo que el propio árbitro reconociera y comentara su parcialidad.

⁷⁵⁶ DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, P.: *Árbitros, ética y administración de justicia...op.cit.*, p. 54.

⁷⁵⁷ ESTÉVEZ SANZ, M., MUÑOZ ROJO, R.: “La independencia e imparcialidad del árbitro: una visión práctica comparada”, *Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana*, 2017, p. 3

⁷⁵⁸ GONZÁLEZ DE COSSÍO, F.: “Imparcialidad”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, No. 17, 2013, pp. 17- 41.

árbitros que puedan estar influenciados, o que carezcan de un reconocimiento moral y ético en los que no pueden confiar la resolución de su controversia⁷⁵⁹, es decir, “protegen a las partes contra los árbitros influenciados por factores distintos a los relacionados con los méritos del caso”⁷⁶⁰. La contravención de dichos principios genera graves consecuencias para el árbitro, su recusación, lo que evidencia la responsabilidad que asume al árbitro durante todo el procedimiento hasta la conclusión del mismo, teniendo en cuenta que, una vez emitido el laudo, el conocimiento de cualquier circunstancia no conocida previamente durante el procedimiento puede dar motivos a la anulación del mismo, afectando la viabilidad del arbitraje como instituto⁷⁶¹.

Cuando un Estado reconoce la justicia arbitral, se obliga al reconocimiento de los laudos siempre y cuando el procedimiento arbitral se haya celebrado cumpliendo con todos los requerimientos legales necesarios que les asegure a las partes las garantías del debido proceso. Es por ello, que la independencia e imparcialidad de los árbitros constituyen requisitos fundamentales para que los Estados puedan reconocer y ejecutar el laudo arbitral. La credibilidad del arbitraje se basa en la percepción que tengan las partes de que el procedimiento arbitral ha sido justo, que los laudos obtenidos sean acatados por las partes sin que vean vulnerados sus derechos, siendo los árbitros la pieza clave y fundamental en la que se sostiene todo el razonamiento que fundamenta el laudo.

En la práctica, como hemos comentado antes, ambos principios se complementan entre sí, persiguen un mismo objetivo, garantizar un procedimiento justo, en igualdad de partes y el

⁷⁵⁹ DE LA JARA PLAZA, J.M., OLÓRTEGUI HUAMÁN, J.: “La contaminación de la confianza. los árbitros tóxicos y la deliberación arbitral en Latinoamérica”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016, p. 41.

⁷⁶⁰ En este sentido, la decisión que resuelve la solicitud de recusación del árbitro Campbell McLachlan, reconoce que: “*The requirements of independence and impartiality serve the purpose of protecting the parties against arbitrators being influenced by factors other than those related to the merits of the case. In order to be effective this protection does not require that actual bias demonstrate a lack of independence or impartiality. An appearance of such bias from a reasonable and informed third person’s point of view is sufficient to justify doubts about an arbitrator’s independence or impartiality. Claimants refer to the decision made on December 8, 2009, by the Secretary General of the Permanent Court of Arbitration (PCA) upon the challenge of Judge Charles N. Brower. This decision states that a point of view expressed in an interview gave rise to an appearance that this arbitrator prejudged the issue of an arbitration proceeding although he had not given a specific opinion on the outcome of the pending arbitral proceedings. The issue in the instant case, however, is that the appearance of doubt in regards to the independence and impartiality of Prof. McLachlan is directly linked to the statements quoted by Claimants as grounds for their challenge*”; *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Claimants’ Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator, paragraph 43, 2010.

⁷⁶¹ CALADO, D., JÚDICE, J.M.: “Independencia e imparcialidad del árbitro algunos aspectos polémicos, mediante una visión ibérica”, *Arbitraje. Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2015, pp.750-751; ESTÉVEZ SANZ, M., MUÑOZ ROJO, R.: *La independencia e imparcialidad del árbitro...op.cit...*, p. 2.

estricto cumplimiento del debido proceso. Factores estos que contribuyen a una mayor legitimidad del arbitraje internacional. La mínima existencia de signo de parcialidad en el actuar del árbitro constituye una contravención grave como regla esencial del procedimiento⁷⁶².

III.3.3 La independencia y la imparcialidad del árbitro en los principales reglamentos de arbitraje a nivel internacional. Un análisis de las Reglas de la CCI, la CNUDMI y el CIADI.

Las instituciones arbitrales, como era de esperar, también han manifestado su interés en las cuestiones relativas a la actuación de los árbitros. En consecuencia, los principios de imparcialidad e independencia han encontrado un lugar destacado en las distintas reglas arbitrales de la inmensa mayoría de las instituciones de arbitraje a nivel internacional. Tal es el caso de las reglas de la CNUDMI que no solo reconocen el deber de revelación al que se deben los árbitros, también la obligación de actuar plenamente imparciales e independientes⁷⁶³. En tal sentido, el actual Reglamento de Arbitraje de la CCI establece también la obligación del árbitro de permanecer imparcial e independiente en el arbitraje⁷⁶⁴. Este último ha incluido en sus últimas modificaciones el principio de imparcialidad del árbitro, que no estaba establecido en los anteriores reglamentos de la CCI, los cuales sólo establecían la obligación de independencia del árbitro durante todo el procedimiento.

Por otro lado, el Convenio CIADI también prohíbe la parcialidad y la falta de independencia en el actuar de los árbitros. En este sentido, se requiere que los árbitros sean de alto nivel moral y que puedan las partes confiar en ellos al emitir un juicio imparcial o independiente, según la versión del Convenio que se utilice. El artículo 14(1) del Convenio CIADI presenta algunas particularidades, el mismo difiere entre las diversas traducciones oficiales, se usa tanto el término de independencia como el de imparcialidad de manera indistinta⁷⁶⁵, cuestión que en la

⁷⁶² CLEIS, M.N.: The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators...*op.cit.*...p, 15.

⁷⁶³ Al respecto, el Art. 12 de las Reglas de la CNUDMI, reconocen que: “*Un árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia*”.

⁷⁶⁴ En este sentido, el Art. 11.1 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, establece que: “*Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje*”.

⁷⁶⁵ El Art. 14(1) del Convenio CIADI, en su traducción al español reconoce que: “*Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio (...)*”, en su traducción al inglés, establece que: “*Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment (...)*” y, en su versión al francés reconoce: “*Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d’une haute considération morale, être d’une*

práctica no ha ocasionado grandes problemas, se ha exigido el cumplimiento de ambos principios a la hora de decidir sobre un conflicto de interés del árbitro. Tal y como sucedió en el comentado caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. Argentina*, en el cual el tribunal determinó imponer ambas obligaciones de imparcialidad e independencia al reconocer que: “*la versión española del artículo 14 (1) se refiere a una persona que inspira plena confianza en su imparcialidad de juicio. Dado que el tratado por sus términos hace que ambas versiones sean igualmente auténticas, aplicaremos los dos estándares de independencia e imparcialidad en la toma de nuestras decisiones. En efecto, tal enfoque concuerda con muchas normas de arbitraje que requieren que los árbitros sean independientes e imparciales*”⁷⁶⁶.

El propio Convenio enfatiza en la importancia que tiene el cumplimiento de las normas éticas y el buen comportamiento moral de los árbitros para enfrentar un procedimiento arbitral cuando, en su artículo 57 prevé la descalificación del árbitro ante la existencia de hechos que demuestren la carencia de alguna de las cualidades mencionadas en el precitado artículo 14(1)⁷⁶⁷, estando en relación con la Regla 6 del Reglamento de Arbitraje de dicha institución, en la que se establece que el árbitro en su declaración debe comprometerse a declarar cualquier circunstancia que pudiera cuestionar su imparcialidad.

En la práctica, la jurisprudencia del CIADI carece de un enfoque coherente que permita determinar un umbral aplicable a la independencia e imparcialidad de los árbitros. Algunos autores consideran que los estándares reconocidos en las reglas del CIADI son iguales, que no varían⁷⁶⁸. Por nuestra parte, creemos que los criterios para determinar la independencia e imparcialidad del árbitro varían teniendo en cuenta las particularidades del caso, basándose

compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions (...)”.

⁷⁶⁶ Véase, el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. Argentina*, caso No. ARB/03/19, párraf. 28. Decisión sobre la propuesta de recusación de un árbitro, 2007. “*The Spanish version of Article 14(1) refers to a person who “...inspira[r] plena confianza en su imparcialidad de juicio. (i.e. who inspires full confidence in his impartiality of judgement.) Since the treaty by its terms makes both language versions equally authentic, we will apply the two standards of independence and impartiality in making our decisions. Such an approach accords with that found in many arbitration rules which require arbitrators to be both independent and impartial*”.

⁷⁶⁷ Al respecto, el Art. 57 del Convenio CIADI establece que: “*Cualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión o tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14. Las partes en el procedimiento de arbitraje podrán, asimismo, proponer la recusación por las causas establecidas en la sección 2 del Capítulo IV*”.

⁷⁶⁸ BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, L., MARSHALL, F.: *Arbitrator Independence and Impartiality...op.cit...*, p. 6.

desde las exigencias de una prueba estricta⁷⁶⁹ a dudas razonables, o un enfoque mixto que incluya ambos criterios, ejemplo de ellos tenemos el ya citado caso *Amco vs. Indonesia*, en el que ante la descalificación de uno de los árbitros se exigió como estándar la “falta manifiesta” y, por otro lado, la exigencia de pruebas no solo de los hechos que indicaban una falta de independencia sino también de la falta real de independencia, que tenía que ser manifiesta o altamente probable y no solo posible⁷⁷⁰. Este caso fue duramente criticado por haber asumido una posición débil en el tema del conflicto de interés. Sin embargo, en el caso *Aguas del Aconquija S.A., Vivendi Universal vs. Argentine Republic*, ante la impugnación de uno de los árbitros se tuvo en cuenta en la decisión final un umbral mucho más amplio que el caso anterior, exigiéndose la existencia de “dudas razonables” y una prueba estricta de sesgo real en relación con el Código IBA de Ética⁷⁷¹.

Hecho similar ocurrió en el caso *Caratube International Oil Company LLP y Devincci Salah Hourani vs. Republic of Kazakhstan*⁷⁷². La controversia surgió a raíz de un contrato de exploración y producción de petróleo celebrado entre el Ministerio de Energía y Recursos Minerales de Kazakhstan y Contratistas Consolidados (CCC) en 2002. Pasados unos meses, CCC cedió el contrato a Caratube. En el mismo se disponía una fase de exploración de cinco años (con la posibilidad de dos prórrogas) y una posterior fase de producción. Por recomendaciones de la fiscalía, la parte Demandada (República de Kazakhstan) notifica al Demandante (Caratube International Oil Company LLP y Devincci Salah Hourani) la existencia de ciertos incumplimientos del contrato, específicamente el incumplimiento de algunas obras de exploración por su parte, y decide unilateralmente cancelarlo, decisión ésta con la que no estaban de acuerdo los Demandantes, los cuales argumentaron que la situación generada una vez cancelado ilícitamente el contrato por parte de la Demandada tuvo como principal motivo las relaciones existentes entre el presidente de Kazakhstan y el Sr. Rakhat Aliyev, socio de la

⁷⁶⁹ REINISCH, A., KNAHR, CH.: “Conflicts of Interests in International Investment Arbitration”, in PETERS, A., HANDSCHIN, L. (Eds.): *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance*, Cambridge University Press, 2012, p. 121.

⁷⁷⁰ *Amco Asia Corporation and others vs. Republic of Indonesia*, ICSID Case No ARB/81/1, Decision on Proposal to Disqualify an Arbitrator (not public), 1982, citado por, SCHACHERER, S.: *Independence and Impartiality of Arbitrators...op.cit...*, p. 11.

⁷⁷¹ En este caso se reconoció que: “*the circumstances actually established (and not merely supposed or inferred) must negate or place in clear doubt the appearance of impartiality. If the facts would lead to the raising of some reasonable doubt as to the impartiality of the arbitrator or member, the appearance of security for the parties would disappear and a challenge by either party would have to be upheld*”; *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.

⁷⁷² *Caratube International Oil Company LLP y Devincci Salah Hourani vs. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB/13/13, 2013.

familia Hourani. La controversia dio origen a varios procedimientos ante el CIADI. En el caso que nos ocupa, los Demandantes alegaron, además, que la demanda se basa principalmente en un incumplimiento contractual, teniendo en cuenta la Demandada no les ofreció un trato justo y equitativo al expropiar sus inversiones, por lo que carecieron de plena seguridad. La Demandada, oponiéndose a los argumentos expuestos por los Demandantes, alega que la cancelación del contrato se debió a una violación material.

Una vez designados los árbitros por las partes y durante el transcurso del procedimiento, los Demandantes manifestaron su inconformidad con el árbitro, el Sr. Boesch, designado por la Demandada, alegando, entre otras cuestiones, que la participación del Sr. Boesch como árbitro en otro caso parecido (*Ruby Roz Agricol vs. Kazakhstan*), lo que generaba un riesgo manifiesto de prejuzgamiento por su parte en virtud de las similitudes entre el caso *Ruby Roz* y el presente arbitraje *Caratube International Oil Company LLP y Devinci Salah Hourani vs. Republic of Kazakhstan*. En enero de 2014, los reclamantes enviaron una carta a la Secretaría del CIADI, solicitando al Sr. Boesch que renunciara al tribunal de conformidad con el artículo 8 de las Reglas de Arbitraje del CIADI⁷⁷³. El Sr. Boesch se consideraba independiente e imparcial y, por lo tanto, dio a conocer que no tenía intención de renunciar al tribunal. Los Demandantes luego propusieron su descalificación conforme al artículo 57 del Convenio del CIADI. La Demandada argumentó que los motivos invocados por los Demandantes carecían de fundamento y debían ser rechazados.

Los coárbitros que conocieron de la solicitud de recusación del Demandante reconocieron que el caso alegado por aquel (*Ruby Roz Agricol vs. Kazakhstan*) surgió del mismo contexto fáctico que el presente caso. Por lo tanto, concluyeron que el presente caso mostraba un desequilibrio debido a la participación del Sr. Boesch en *Ruby Roz*. Por lo que se puede esperar que un tercero razonable e informado consideraría altamente probable que el Sr. Boesch pudiera prejuzgar cuestiones jurídicas en el presente arbitraje sobre la base de los hechos del caso *Ruby Roz*, que un tercero podría fácilmente determinar la apariencia de falta de independencia e imparcialidad sobre la base de una “evaluación razonable de los hechos”⁷⁷⁴,

⁷⁷³ El cual establece que, “Un árbitro puede presentar su renuncia a los otros miembros del Tribunal y al Secretario General. Si el árbitro fue nombrado por una de las partes, el Tribunal considerará sin dilación las razones de su renuncia y decidirá si la acepta. El Tribunal notificará su decisión sin demora al Secretario General”.

⁷⁷⁴ *Caratube International Oil Company LLP y Devinci Salah Hourani vs. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB /13/13, Decisión sobre la propuesta de descalificación del Sr. Bruno Boesch, 20 de marzo de 2014, párraf. 91.

concluyéndose que el Sr. Boesch carecía manifiestamente de una de las cualidades exigidas por el Artículo 14(1) del Convenio CIADI, motivo por el cual fue recusado.

La decisión este caso tuvo una gran importancia por dos razones. En primer lugar, por primera vez en la historia del CIADI fue aceptada una propuesta de descalificación de un árbitro. Ante los desafíos cada vez más comunes, aunque por lo general no tienen éxito, ésta decisión ha demostrado que el sistema CIADI responde acertadamente ante el cuestionamiento de los méritos de los árbitros. En segundo lugar, el umbral que los árbitros aplicaron para evaluar los motivos de la impugnación se basó en la evaluación de las pruebas por un tercero razonable. En este sentido, la decisión reafirma otras decisiones anteriores de tribunales arbitrales en casos del CIADI⁷⁷⁵.

Otro ejemplo es el caso *Vito G. Gallo vs. The Government of Canada*⁷⁷⁶ en el marco del TLCAN, en el que se tiene en cuenta la existencia de dudas justificables. Los hechos del presente caso trataron sobre la revocación de ciertos permisos reglamentarios otorgados al reclamante (Vito G. Gallo) para el uso de una mina a cielo abierto promocionada previamente como un sitio potencial para la eliminación de desechos para la basura del área metropolitana de Toronto. Sin embargo, la ciudad de Toronto y los municipios regionales circundantes habían rechazado esta propuesta varias veces por temor a contaminar el agua potable local. Pero el Demandante continuó promoviendo el sitio a estos municipios para este propósito a pesar de las preocupaciones ambientales, alegando en su solicitud de arbitraje que la Ley promulgada por la Demandante incumplía las obligaciones establecidas en el TLCAN en cuanto a expropiación y el estándar de trato mínimo. Canadá argumentó que la revocación de los permisos a través de la Ley promulgada no equivalía a una expropiación de una “inversión” de la Empresa según el Capítulo 11 del TLCAN. Además, incluso si la Ley expropiaba estos permisos, Canadá argumentó que esta expropiación era una expropiación legal de conformidad con el artículo 1110 del TLCAN. Argumentó también que la Ley no infringió los artículos del TLCAN alegados por el Demandante, ya que se le había consultado previamente, cumpliendo así con el debido proceso con respecto a la legislación.

⁷⁷⁵ GIORGETTI, C.: “Caratube v. Kazakhstan: For the First Time Two ICSID Arbitrators Uphold Disqualification of Third Arbitrator”, *ASIL Insights*, Vol. 18, No. 22, 2014. Disponible en: <https://www.asil.org/insights/volume/18/issue/22/caratube-v-kazakhstan-first-time-two-icsid-arbitrators-uphold>, consultado el 18/02/2019.

⁷⁷⁶ *Vito G. Gallo vs. The Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 55798, 2006.

Una vez constituido el Tribunal, el Demandante solicita que el árbitro nombrado por la Demandada, el Sr. J. Christopher Thomas, se retirara del procedimiento, impugnó su nombramiento argumentando que “*existen circunstancias que dan lugar a dudas justificables en cuanto a la imparcialidad e independencia del Sr. Thomas para continuar actuando como árbitro designado por el Gobierno de Canadá*”⁷⁷⁷. La Demandada, oponiéndose a la impugnación del árbitro, alegó que no “*creía que existieran circunstancias suficientes para crear dudas justificables en cuanto a la imparcialidad e independencia del Sr. Thomas*”⁷⁷⁸ como árbitro. Ante tal situación, el árbitro Sr. Thomas, decidió no presentar su renuncia. Así las cosas, el Demandante solicita al Secretario General del CIADI, como autoridad nominadora, que resuelva la solicitud planteada, el cual rechazó la impugnación presentada por el Demandante, declarando que bajo las Reglas de la CNUDMI las dudas son justificables si dan lugar a la apariencia de sesgos objetivos, razonables⁷⁷⁹.

El mismo estándar establecido en el caso anterior, se puede presenciar en el análisis del caso *ICS vs. Argentina*⁷⁸⁰. La controversia está relacionada con el trato brindado por la Argentina (Demandada) a ICS (Demandante) en relación con el contrato celebrado por ICS y el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos sobre la prestación de servicios de auditoría. Desde el comienzo del contrato, fue evidente que la Demandada no había establecido un marco adecuado que rigiera la prestación de los servicios que ICS debía prestar, preocupación que el reclamante le comunicó en varias ocasiones a la Demandada. No obstante, ante tal situación, el Demandante prestó los servicios solicitados por la Demandada una vez prorrogado el contrato. Sin embargo, después de haberse decretado varias medidas por el Gobierno argentino que modificaron los intereses a obtener por los servicios prestados por el reclamante, la Demandada no efectuó los pagos de dichos servicios, ni siquiera de los servicios prestados por el reclamante desde el inicio del contrato, acumulándose así una gran cantidad de facturas por cobrar. Ante la deuda generada por la Demandada, el reclamante inició los trámites de reclamación pertinente ante las instituciones acreditadas a tales efectos en la Argentina, obteniendo sólo el pago de una parte de los servicios.

⁷⁷⁷ *Ibidem*, Decision on the Challenge to Mr. J. Christopher Thomas, QC, 2009, paragraph. 12. “*circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to [Mr. Thomas'] impartiality and independence to continue serving as arbitrator appointed by the Government of Canada*”.

⁷⁷⁸ *Ibidem*, paragraph. 13. “*believe that there exist circumstances sufficient to create justifiable doubts as to [Mr. Thomas'] impartiality and independence as an arbitrator*”

⁷⁷⁹ *Ibidem*, paragraph 19.

⁷⁸⁰ *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) vs. The Republic of Argentina*, UNCITRAL, PCA Case No. 2010-9.

Ante tal situación, La Demandante sostiene que las medidas tomadas por la Argentina a lo largo de este período han violado las normas básicas y fundamentales de protección que amparan a ICS de conformidad con el tratado bilateral de inversión aplicable a esta controversia, motivos por los cuales decide iniciar un procedimiento arbitral de conformidad con el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI ante la Corte Permanente de Arbitraje. Durante el transcurso del procedimiento, las partes acuerdan aplicar las Directrices de la IBA en caso de conflicto de interés o vulneración de los principios de imparcialidad e independencia del árbitro. Nombrados los árbitros, la Demandada recusó el árbitro, Sr. Andandandrov, nombrado por el reclamante, argumentando su posible relación con otro caso distinto también en su contra. Para lo que cual se crea una autoridad nominadora que resuelva sobre la solicitud de recusación, la cual decide que *“los hechos subyacentes a la revelación del Sr. Andandandrov pueden dar lugar a dudas justificables en cuanto a la imparcialidad e independencia del mismo, el conflicto en cuestión es suficientemente grave como para dar lugar a dudas objetivamente justificables en cuanto a la imparcialidad e independencia del Sr. Alexandrov”*⁷⁸¹, concluyendo que, aunque no se encuentra razón alguna para dudar del actuar de manera imparcial e independiente del árbitro recusado, considera prudente que el Demandante designe otro árbitro⁷⁸².

Estos son algunos, entre muchos otros casos que demuestran que los estándares para determinar la independencia e imparcialidad de los árbitros en la jurisprudencia arbitral han seguido criterios muy dispares. Ninguna de las reglas analizadas especifica qué situaciones pueden dar lugar a la pérdida de imparcialidad e independencia⁷⁸³. Las diferentes instituciones solo son capaces de exigir una declaración del árbitro comprometiéndose a no ser parcial en el procedimiento y a actuar independiente. Aún y cuando la independencia y la imparcialidad en el arbitraje internacional constituyen requisitos esenciales para lograr la integridad y eficacia de los procedimientos⁷⁸⁴, lo que no puede ser posible sin la existencia de una verdadera

⁷⁸¹ *Ibíd*em, Decision on challenge to Mr. Stanimir A. Alexandrov, 2009, paragraph. 2. *“Given that the facts underlying Mr. Alexandrov’s disclosure are reflected in both of these scenarios, I am of the opinion that the conflict in question is sufficiently serious to give rise to objectively justifiable doubts as to Mr. Alexandrov’s impartiality and independence”*.

⁷⁸² *Ibíd*em, paragraph. 5. *“I wish to add that I find no reason to doubt Mr. Alexandrov’s personal intention to act impartially and independently but that, for the reasons stated above, it is prudent that another arbitrator be appointed by the Claimant”*.

⁷⁸³ BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, L., MARSHALL, F.: Arbitrator Independence and Impartiality...*op.cit.*..., p. 7.

⁷⁸⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Jurisprudencia extranjera Alcance del deber de revelación del árbitro (Sentencia de la Cour d’appel de Paris, de 12 de febrero de 2009)”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2010, pp. 600-602.

transparencia manifiesta a través del cumplimiento del deber de revelación o divulgación del árbitro a todas las partes en el procedimiento⁷⁸⁵.

III.4 La transgresión de los principios éticos en el arbitraje internacional y su repercusión en el laudo arbitral. Reflexiones desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español.

Los principios de independencia e imparcialidad del árbitro no son únicamente objeto del arbitraje internacional; también son tenidos en cuenta y regulados por los legisladores nacionales. Resulta muy común encontrar regulaciones positivas que reconocen dichos principios como presupuestos fundamentales que garantizan la correcta solución del litigio⁷⁸⁶. En el ordenamiento jurídico español, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA), en su artículo 17.1 establece; *“Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial”*⁷⁸⁷. El mismo artículo ha servido de inspiración, con igual o parecida redacción, pero sin variación en su objeto principal, a los Reglamentos de las principales instituciones arbitrales españolas, encontrándose entre otras la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)⁷⁸⁸, la CAM⁷⁸⁹, la Corte de Arbitraje y Mediación de Valencia⁷⁹⁰ y la Corte Española de Arbitraje⁷⁹¹.

La propia LA, basándose en la Ley Modelo de la CNUDMI, establece como presupuesto esencial del procedimiento arbitral la obligación de todo árbitro de permanecer independiente

⁷⁸⁵ PEDROSO, S.: “Independence and impartiality: third-party funding in international investment arbitration”, *Leiden University Law School*, 2017, p. 6. Disponible en: Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=2964236>, consultado el 18/02/2019.

⁷⁸⁶ CORDÓN MORENO, F.: “Notas sobre la imparcialidad de los árbitros en la ley española”, *Revista Peruana de Arbitraje*, No.7, 2008, p. 161.

⁷⁸⁷ Para garantizar el cumplimiento de los principios de imparcialidad e independencia a los que se debe el árbitro, establecidos en el artículo 17.1, la propia Ley reconoce en su art. 17.2 que: *“La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida. En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes”*; Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

⁷⁸⁸ El Art. 18.1 del Reglamento de Arbitraje CIMA, 2017, coincide exactamente con el Art. 17.1 de la LA.

⁷⁸⁹ Al respecto, la Regla 11.3 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, 2015, establece que: *“El árbitro deberá comunicar de inmediato, mediante escrito dirigido tanto a la Corte como a las partes, cualesquiera circunstancias de naturaleza similar a las señaladas en el apartado anterior que surgieran durante el arbitraje”*.

⁷⁹⁰ El Art. 17. 1 del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje y Mediación de Valencia, establece; *“Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial”*.

⁷⁹¹ El Art. 13.2 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje, establece; *“Una vez propuesto o designado el árbitro se dará traslado de tal designación al mismo para que en un plazo de tres días acepte su nombramiento y suscriba una declaración escrita de independencia e imparcialidad y de que sus circunstancias personales y profesionales le permitirán cumplir con diligencia el cargo de árbitro (...)”*.

e imparcial. Para lograr el cumplimiento de tal obligación hace dos distinciones en cuanto a las circunstancias que pueden ser constitutivas de parcialidad y dependencia del árbitro: la primera se refiere a las “*que puedan dar lugar a dudas justificadas*”⁷⁹² sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, es decir, a las circunstancias que son motivos de revelación; la segunda, a las que “*dan lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia*”. Éstas últimas tienen mayor connotación para el procedimiento arbitral, constituyen motivos de recusación del árbitro⁷⁹³.

Sin embargo, las circunstancias objeto de revelación tienen un espectro más amplio que las constitutivas de recusación del árbitro. Estas tienen como objetivo principal que las partes estén totalmente informadas, que puedan conocer todas las circunstancias que pongan en duda la imparcialidad e independencia de quienes tienen la obligación de dictar el futuro laudo que resuelve el conflicto, los árbitros, lo que permite una mayor transparencia del procedimiento arbitral. Transparencia que también trae aparejado un riesgo para el procedimiento, las partes pueden hacer uso de ésta para desarrollar tácticas dilatorias que pueden generar un considerable retraso en la resolución del arbitraje, así como presentar solicitudes de recusación inoportunas. Es por ello, que toda causa de recusación debe estar correctamente fundamentada y demostrada, pesa sobre la parte que recusa la carga de la prueba.

No obstante, al igual que las reglas de las instituciones internacionales analizadas en el epígrafe anterior, la Ley española de arbitraje no especifica qué entender por circunstancias que “pueden dar lugar” y aquellas que “dan lugar” a dudas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro y, como consecuencia, no existe un estándar único a nivel nacional por el que la partes puedan conocer, con mayor exactitud, aquellas circunstancias que pueden o no ser motivo de parcialidad y dependencia del árbitro, teniéndose que acudir a las ya citadas Directrices de la IBA. Ante tal situación, el CEA ha emitido unas muy razonadas y oportunas Recomendaciones que pueden contribuir a minimizar la situación y, a la vez, que las partes

⁷⁹² Según lo establecido en el Art. 17.2 de la LA. “*La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida. En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las partes*”.

⁷⁹³ Véase, Art. 17.3 de la LA. “*Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de la designación*”.

puedan tener una idea más precisa sobre aquellas circunstancias que pueden generar dudas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro⁷⁹⁴.

El incumplimiento de las obligaciones éticas contraídas una vez nombrados los árbitros, no solo influye en el procedimiento arbitral, también pueden ser motivo de anulación del laudo. Por supuesto, dicha apariencia debe ser probada para que la anulación tenga sentido. La Ley española de arbitraje reconoce que las partes pueden presentar solicitud de anulación del laudo cuando “*no han sido notificadas de todas las actuaciones del árbitro*”⁷⁹⁵, es decir cuando se les impide a las partes ejercer el derecho de conocer todo respecto de las circunstancias que pueden afectar la imparcialidad o independencia del árbitro en todas sus actuaciones. Para ello, resulta necesario el cumplimiento del deber de revelación del árbitro, su incumplimiento trae como consecuencia un quebrantamiento de los principios que sustentan el debido proceso⁷⁹⁶, e incluso la anulación del laudo una vez probada la existencia de circunstancias que ponen en tela de juicio la imparcialidad e independencia del árbitro⁷⁹⁷. Y que, por un incumplimiento del deber de revelación del mismo, las partes desconocieron, viéndose impedidas de solicitar la recusación del correspondiente árbitro en el momento procesal oportuno. Sin embargo, coincidiendo con algunos autores, echamos en falta en la LA “mayor precisión en cuanto a la delimitación del deber del árbitro de ser y permanecer independiente”⁷⁹⁸.

Los árbitros no sólo tienen como principal obligación celebrar un procedimiento arbitral cumpliendo con las garantías procesales establecidas, sino también que el futuro laudo que se dicte sea reconocido y ejecutado por los tribunales nacionales correspondientes. Ahora bien, el reconocimiento de un laudo difiere de la ejecución del mismo, son conceptos distintos. Resulta fácilmente posible reconocer un laudo y no ejecutarlo, pero es imposible hacerlo cumplir sin antes reconocerlo⁷⁹⁹. El reconocimiento es un compromiso que realizan los Estados de respetar el vínculo establecido por los laudos arbitrales extranjeros y que puede ser invocado a través de un procedimiento legal ante los tribunales competentes, mientras que la ejecución es la

⁷⁹⁴ Al respecto, puede consultarse las “*Recomendaciones del Club Español del Arbitraje relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros*”, 2008.

⁷⁹⁵ Al respecto, véase, el Art. 41.1 b) de la LA.

⁷⁹⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: Contenido ético del oficio de árbitro...*op.cit.*..., p. 31.

⁷⁹⁷ RUBINS, N., LAUTERBURG, B.: Independence, Impartiality...*op.cit.*..., p. 153.

⁷⁹⁸ ANGELL, J., BRIOSO, A.: “El deber de independencia e imparcialidad de los árbitros en la ley española: evolución y aspectos prácticos”, en SOTO COAGUILA, C.A (Dir.): *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto peruano de arbitraje, 2008, p. 340.

⁷⁹⁹ BAHTA, T.H.: “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Civil and Commercial Matters in Ethiopia”, *Mizan Law. Review*, Vol. 5, No. 1, 2011, pp. 105, 107.

obligación asumida por los Estados para hacer cumplir el laudo arbitral a través del procedimiento interno establecido en sus ordenamientos⁸⁰⁰, por obligaciones contraídas en instrumentos internacionales o tratados bilaterales al respecto, como pueden ser la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 y la Convención del CIADI. Esta última en relación con los laudos dictados en procedimientos de arbitraje de inversión.

En el ámbito del arbitraje comercial internacional, la Convención de Nueva York de 1958 es el principal instrumento a nivel internacional en lo que al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros respecta. A través de dicho instrumento, los tribunales nacionales pueden denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral por los motivos explícitamente reconocidos -coincidentes con la Ley Modelo UNCITRAL-, algunos de ellos potencialmente implican que las actuaciones del árbitro se desarrollen con independencia e imparcialidad⁸⁰¹, como son que la parte contra la que se invoca el laudo se haya visto imposibilitada de hacer valer sus medios de defensa⁸⁰², que la falta de independencia e imparcialidad del árbitro en el momento del reconocimiento y la ejecución del laudo sea contrario al orden público del país en el que se pretende ejecutar⁸⁰³ y quizás con menos intensidad que los motivos anteriores, la no independencia e imparcialidad del árbitro. También puede incidir en el no reconocimiento y ejecución del laudo cuando el propio tribunal que lo ha dictado se constituyó de manera distinta a lo pactado entre las partes o en su defecto, que la constitución del tribunal y el procedimiento arbitral no se ajustan a la ley del país donde se pretende ejecutar dicho laudo⁸⁰⁴.

⁸⁰⁰ VIA, G.: "Influence of the Arbitral Seat in the Outcome of an International Commercial Arbitration", *The International Lawyer*, Vol. 50, No. 2, 2017, p. 336.

⁸⁰¹ TRUSZ, J.A.: Full Disclosure ...*op.cit.*..., p. 1669.

⁸⁰² A tenor de lo establecido en el Art. V.1b) de la Convención de Nueva York, 1958, al reconocer: "*Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa*".

⁸⁰³ Al respecto, el Art. V.2 b) de la Convención de Nueva York, 1958, reconoce: "*Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país*".

⁸⁰⁴ En este sentido, el Art. V. 1 d) de la Convención de Nueva York 1958, establece: "*Que la constitución del tribunal o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje*".

III.4.1 Las obligaciones éticas del árbitro y su implicación en los motivos de anulación del laudo establecidos en la Ley española de arbitraje.

La Ley Modelo de UNICTRAL ha servido de inspiración a la LA. Ambas leyes coinciden en los motivos de anulación del laudo, los cuales, a su vez, son coincidentes con las causales de denegación del reconocimiento y ejecución de los laudos establecidos en la Convención de Nueva York de 1958. Algunos de dichos motivos reconocen, implícitamente, la obligación de los árbitros de actuar independientes e imparciales, como pueden ser i) la incorrecta notificación en la designación del árbitro durante el procedimiento, o que una de las partes no ha podido hacer valer sus derechos, Art. 41.1 b) LA⁸⁰⁵, ii) que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se ajustó a lo acordado por las partes o a lo establecido por la LA, Art. 41.1 d) LA⁸⁰⁶ y iii) que el laudo sea contrario al orden público español, Art. 41.1 f) LA.

i) La existencia de una *incorrecta notificación en la designación del árbitro o de las actuaciones arbitrales, por lo que no ha podido hacer valer sus derechos*: En relación con la falta de notificación de la designación de un árbitro, dicho motivo tiene pleno reconocimiento cuando una de las partes se ha visto impedida de haber presentado la recusación del árbitro en el momento procesal oportuno, como pudo haber sido, por ejemplo, ante la actuación parcial y no independiente del árbitro. Pero por motivos de una incorrecta notificación de la designación del árbitro, la parte se vió privada de ejercer su derecho a causa de tal desconocimiento u omisión⁸⁰⁷. En este sentido, se ha privado a la parte de unas de las garantías fundamentales del proceso arbitral, poder cuestionar, alegar, o discutir cualquier motivo de recusación, salvaguardando así “la imparcialidad de todo juzgador”⁸⁰⁸, lo que justifica la notoriedad jurídica que tiene la incorrecta notificación sobre la identidad del árbitro a una de las partes en el arbitraje, aun y cuando sobre el árbitro no pese motivo de recusación alguna. En suma, la incorrecta notificación de la designación del árbitro impide que la parte afectada pueda

⁸⁰⁵ Al respecto, el Art. 41.1 a) LA, reconoce; “*Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos*”.

⁸⁰⁶ Así lo reconoce el Art. 41.1 d) LA al disponer; “*Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley*”.

⁸⁰⁷ Tal y como lo reafirma CADALSO PALAU, en relación con la indefensión respecto a la incorrecta notificación del árbitro, cuando tal indefensión procesal vaya “*unida a la manifestación expresa de la parte de la eventual concurrencia de una causa de recusación concreta, de cuyo ejercicio se ha visto impedida a causa de aquel desconocimiento y omisión*”; CADALSO PALAU, J.: “Comentario al Artículo 41 de la LA”, en GONZÁLEZ SORIA, J.: *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, 2004, p. 418.

⁸⁰⁸ CREMADES, B.M.: *El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española...op.cit...*, p. 209.

participar en su desingación, viéndose vulnerado el ejercicio de su derecho para formular alegaciones sobre la imparcialidad del propio árbitro y ejercer su recusación.

Respecto a la imposibilidad de que una de las partes pueda hacer valer sus pretensiones durante el procedimiento, debido a la falta de notificación de las actuaciones, supone un claro supuesto de indefensión. En este sentido, por citar algún ejemplo la parte podría desconocer las pruebas aportadas en el procedimiento, la celebración de audiencia, el traslado de todas las alegaciones, lo que impide que la parte afectada pueda ejercer sus derechos legítimos. Esta causal de anulación lleva implícita “la ausencia o ineficacia de los actos de comunicación oportunos”⁸⁰⁹ relacionados con las actuaciones del árbitro que la parte se ha visto imposibilitada de conocer y, como consecuencia, estuvo privada de presentar en el momento procesal pertinente las alegaciones o pruebas correspondientes⁸¹⁰. La parte ha encontrado limitado su derecho de defensa que supone la facultad de recusar, incumpléndose así el Art. 24.1 LA en el que se consagra la igualdad entre las partes y “la oportunidad de hacer valer sus derechos”⁸¹¹ como elementos básicos del procedimiento arbitral. Sin duda, ambos motivos tienen estrecha relación con el incumplimiento de los principios éticos en el arbitraje. Su objetivo principal es que las partes no se encuentren imposibilitadas de conocer hasta qué punto el árbitro ha cumplido con su deber de imparcialidad e independencia, así como el resto de las actuaciones arbitrales durante el procedimiento. Ahora bien, en ambos casos resulta necesario que la infracción haya generado una indefensión de carácter material y no meramente formal para que pueda ser considerada. Además, debe demostrarse la ausencia de intencionalidad de la parte afectada en querer provocar tal situación, o que no haya actuado negligentemente en el ejercicio de sus derechos, denunciando en tiempo oportuno la infracción cometida.

ii) Que *la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se ajustó a lo acordado por las partes o a lo establecido por la LA*: Esta causal de anulación surte efectos cuando existen irregularidades tanto en la designación del árbitro como en el procedimiento, lo que puede perfectamente reconocerse como un quebrantamiento de la voluntad de las partes, como pueden ser, entre otras, las obligaciones éticas pactadas entre las partes y que también competen

⁸⁰⁹BETHENCOURT-RODRÍGUEZ, G., AGULLÓ-AGULLÓ, D.: “Reconocimiento y ejecución internacional de los laudos arbitrales anulados: Un análisis crítico”, *RJUAM*, No. 34, 2016-II, p. 353.

⁸¹⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F.: “La notificación del laudo arbitral como requisito para su ejecución forzosa”, *Revista de Arbitraje comercial y de Inversiones*, No. 1, Vol. I, 2008, pp. 87-114.

⁸¹¹ El Art. 24.1 LA, reconoce; “*Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos*”.

a las actuaciones del árbitro; los acuerdos relativos al procedimiento arbitral, específicamente, los relacionados con el nombramiento de los árbitros, teniendo en cuenta que las partes están facultadas a tenor de lo establecido en el Art. 25.1 LA, para “*convenir el procedimiento arbitral al que se deben los árbitros*”⁸¹². Con la única excepción de que el pacto establecido entre las partes sea contrario a la Ley, principalmente, cuando se infrinja algunas de las normas imperativas establecidas en la LA⁸¹³, o en ausencia de tal acuerdo que exista un incumplimiento de la norma arbitral aplicable.

iii) Que *el laudo sea contrario al orden público* español: Esta causa de anulación del laudo es, frente al resto de causales de anulación reconocidas en la LA, la que mayor cuestionamiento y desarrollo doctrinal ha tenido, por la indeterminación del concepto de orden público, ni siquiera la propia LA lo define. Aunque el mismo, por su propia trascendencia como causal de anulación del laudo, se ha intentado definir como el conjunto de principios sobre los que se acienta la sociedad, incluyendo, los aspectos sociales y políticos que esencialmente conforman la moral pública⁸¹⁴. El orden público, es una de las causales de anulación del laudo que más se ha alegado como motivo de denegación de la ejecución de un lado⁸¹⁵. Tanto es así, que en la doctrina se ha generado el debate respecto a que los Estados que pretenden convertirse en sedes arbitrales deben evitar aplicar sus consideraciones relativas en el ámbito interno al orden público y asumir, exclusivamente, aquellas que competen al orden público internacional⁸¹⁶, llegándose al extremo de que los propios tribunales españoles han usado tal concepto cuando se han tenido que pronunciar sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros⁸¹⁷. Esta posición parece un tanto extremada o excesiva. Por cuanto no podemos obligar a los propios Estados, por el simple hecho de convertirse en sedes arbitrales, a despojarse de sus nociones o consideraciones respecto al orden público en sus territorios para suplirlo con el

⁸¹² Al respecto, el Art. 25.1 LA, establece que; “*Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones*”.

⁸¹³ Al respecto, CREMADES, reconoce que “para que prospere una eventual acción de anulación contra el laudo, será necesario que se hayan vulnerado normas que la LA establece con carácter imperativo, por lo que a efectos de anulación del laudo por infracción del procedimiento arbitral, es irrelevante que se haya respetado o no las reglas procedimentales acordadas por las partes, tales como los pactos de ampliación de escritos, las reglas sobre el nombramiento de peritos o el lugar y el idioma del arbitraje”; CREMADES, B.M.: *El Arbitraje...op.cit...*, p. 213.

⁸¹⁴ REMÓN PEÑALVER, J.: “La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público”, *Spain arbitration review: revista del Club Español del Arbitraje*, No. 1, 2008, pp. 115-132.

⁸¹⁵ ORMAZABAL SÁNCHEZ, G.: *El control judicial sobre el fondo del laudo*, Marcial Pons, 2017, p- 69.

⁸¹⁶ BETHENCOURT-RODRÍGUEZ, G., AGULLÓ-AGULLÓ, D.: Reconocimiento y ejecución internacional...*op.cit...*, p. 354.

⁸¹⁷ ORTEU CEBRIÁN, F., ALÍAS GAROZ, M. I.: *Exequátur de laudos arbitrales extranjeros al amparo del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958. Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo*, Bosch, Madrid, 2003, pp. 95-100.

orden público internacional estaríamos una vez más irrumpiendo en la soberanía de los propios Estados⁸¹⁸. Además, los límites entre ambos conceptos no están bien definidos, no son del todo claros, lo que puede generar más problemas en cuanto a la aplicación de dichos conceptos y su delimitación.

Creemos que los Estados deben tener en cuenta los estándares legales internacionalmente reconocidos al respecto⁸¹⁹, y una vez incorporados y reconocidos en sus ordenamientos jurídicos nacionales, asumir todas las obligaciones que emanan, pero siempre que no contravengan las exigencias de orden público nacional, tal y como lo ha reconocido, en reiteradas ocasiones, la jurisprudencia española. El concepto de orden público es considerado, en esencia, un concepto nacional, con total apego, según lo establecido en la constitución, a la jurisdicción nacional.

En España, el orden público tiene un fuerte reconocimiento constitucional, incluye los derechos fundamentales y las libertades públicas consagrados en la Carta Magna y que se encuentran implícitamente reconocidos en la tutela judicial efectiva del Art. 24 de la Constitución española (CE). Así pues, el alto Tribunal Constitucional (TC) ha sentado una valiosa jurisprudencia al respecto, a partir de la STC 43/1986, de 15 de abril, que decidió sobre el recurso de amparo número 325/1985, interpuesto sobre el auto dictado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1985. El Recurso de amparo se centró en la vulneración del artículo 24 CE. El TC concluye rechazando el amparo, pero establece en el fundamento jurídico número 4 de la resolución, que el *“concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros.*

⁸¹⁸ Según FORTÚN y ÁLVAREZ-GARCILLÁN, “esta parte de la doctrina sigue, fundamentalmente, a una corriente de derecho francés que defiende la falta de localización del arbitraje”; FORTÚN, A., ÁLVAREZ-GARCILLÁN, G.: “La impugnación de los laudos arbitrales”, *Cuatrecasas, Gonçalves Pereira*, 2013, p. 7.

⁸¹⁹ VIRGÓS SORIANO, M.: “Arbitraje comercial internacional y convenio de Nueva York de 1958”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, No. 2, 2007, p. 1685.

*El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art. 24 de la Constitución*⁸²⁰.

Algunos autores consideran que a partir de la mencionada sentencia, el concepto de orden público adquiere un contenido procesal⁸²¹. Sin embargo, hemos de considerar que el orden público no está únicamente ceñido a los principios establecidos en el precitado Art. 24 de la CE. El orden público también incluye el resto de principios reconocidos constitucionalmente y que rebazan la esfera de la tutela judicial efectiva, es decir, abarca tanto los principios procesales como materiales “que se instituyen como una manifestación de la esencia de la propia sociedad”⁸²² y que contiene normas de carácter imperativas a las que el árbitro no puede eludir, viéndose obligado a aplicar siempre. En este sentido, ORMAZABAL SÁNCHEZ, reconoce que el orden público en su vertiente interna “se distingue, por una parte, entre un orden público sustantivo y otro de carácter procesal”⁸²³. Esta concepción amplia del concepto de orden público ha sido reconocida por la jurisprudencia, la Audiencia Provincial (AP) de Madrid en su sentencia de fecha 26 de mayo de 2000 reconoce, “*Si por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 Febrero, 116/1988, de 20 Junio y 54/1989, de 23 Febrero) y desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público*”⁸²⁴.

El orden público no sólo abarca los derechos y libertades fundamentales reconocidas constitucionalmente, sino también aquellos principios esenciales del ordenamiento jurídico que, por exigencia constitucional, pueden ser considerados como fundamentales para la sociedad. Es por ello, que todo laudo que vulnere cualquier principio o derecho fundamental consagrado en la CE, contradice el orden público español, por lo que no surtirá efectos en el territorio nacional. Lo que ha sido admitido por la AP de Madrid en su Sentencia 14/2012 de

⁸²⁰ Véase, STC, No. 43/1986, (Sala Primera), de 15 de abril, ECLI:ES:TC:1986:43.

⁸²¹ CREMADES, B.M.: El Arbitraje...*op.cit.*..., p. 214.

⁸²² BETHENCOURT-RODRÍGUEZ, G., AGULLÓ-AGULLÓ, D.: Reconocimiento y ejecución internacional...*op.cit.*..., p. 355.

⁸²³ ORMAZABAL SÁNCHEZ, G.: El control judicial sobre el fondo del laudo...*op.cit.*..., p. 70.

⁸²⁴ SAP de Madrid de fecha 26 de mayo de 2000 (LA LEY 108333/2000).

27 de enero, cuando reconoce que “*por orden público debe de entenderse el conjunto de principios que inspiran el ordenamiento jurídico tanto en su aspecto material como procesal, los cuales, a su vez, son consecuencia, manifestación o trasunto de los principios que constituyen la esencia misma de la sociedad y que esta declara en su Ley Fundamental, de manera que, entre nosotros, un laudo será atentatorio contra el orden público cuando conculque alguno de los principios o derechos fundamentales de la Constitución española*”⁸²⁵.

En suma, el orden público, ya sea como motivo de anulación o causal de reconocimiento del laudo arbitral, tiene como finalidad limitar la autonomía del tribunal arbitral al interpretar y aplicar el Derecho, es decir, el margen de interpretación de los árbitros para resolver cualquier disputa, termina donde precisamente comienza el orden público⁸²⁶. Es por ello, que el orden público no puede ser interpretado extralimitadamente, es decir, no puede incluirse dentro de tal concepto infracciones que vayan más allá de los principios generales comentados y que comprenden también normas ordinarias, tal y como ha sucedido, a nuestro modo de ver, en la muy criticada y comentada Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 28 de enero de 2015, que anula el laudo no fundamentándolo en la infracción directa “del principio de buena fe en la contratación” como se enuncia en la resolución. Todo lo contrario, se parte de la afirmación de un principio general considerado parte del orden público para después considerar como norma de orden público todo aquello que tiene plena conexión con el principio de buena fe, y a través de las cuales se concreta dicho principio⁸²⁷. Decisión ésta con la que manifestamos nuestra discrepancia, teniendo en cuenta la excesiva interpretación del concepto de orden público que se realiza y que, de ser admitido, a juicio del tribunal, debe comprender también el marco normativo y jurisprudencial que mejor “satisfaga el principio de buena fe”⁸²⁸, y no así, una indefensión real y material constitucionalmente relevante. Condición *sine qua non* a través de la cual se materializa una vulneración al orden público, tal y como se ha reiterado por la jurisprudencia⁸²⁹.

⁸²⁵ Véase, SAP de Madrid, No. 14/2012 de 27 de enero, (Sentencia 00014/2012).

⁸²⁶ VÉLEZ FRAGA, M., GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓ, L.: “La anulación de laudos arbitrales por vulneración del orden público en las recientes resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, No. 43, 2016, p. 87.

⁸²⁷ Véase, al respecto, STSJ de la Comunidad de Madrid, No. 13/2015, de 28 de enero.

⁸²⁸ Cuestión ésta que, en palabras de VÉLEZ FRAGA y GÓMEZ-IGLESIAS, corresponde al tribunal arbitral. VÉLEZ FRAGA, M., GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓ, L.: *La anulación de laudos arbitrales...op.cit.*, p. 88.

⁸²⁹ Véase, STSJ de la Comunidad de Madrid, No. 19/2012, de 23 de mayo.

III.4.2 La transgresión de las obligaciones éticas del árbitro en el procedimiento arbitral y su incidencia en el laudo arbitral.

Antes de adentrarnos en el análisis de la vulneración de los principios éticos en el actuar del árbitro como motivo de anulación del laudo en el ordenamiento jurídico español, creemos que resulta importante partir de la distinción que realiza la LA respecto a los laudos nacionales y extranjeros. Distinción que se basa en un marcado carácter territorial. Son considerados laudos nacionales los dictados en el territorio nacional, mientras que son extranjeros, aquellos laudos dictados fuera de España⁸³⁰. A partir de dicha distinción, y en función del carácter nacional o internacional del laudo, la acción de anulación en el territorio español se podrá ejercer mediante dos mecanismos: ante laudos nacionales, la acción de impugnación se fundamentará a través de los motivos de anulación establecidos en el Art. 41 LA, y en caso de laudos extranjeros su impugnación se llevará a cabo a través de las causas de oposición al exequátur previstas en la ya citada Convención de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, o cualquier tratado internacional o convenios bilaterales aplicables a la materia.

Las posibilidades de anulación de un laudo arbitral en la jurisdicción ordinaria son limitadas, lo que no quiere decir que no pueda llevarse a cabo la impugnación del laudo. Todo lo contrario, existen motivos por los que se puede llevar a cabo dicha acción⁸³¹, acción que la doctrina denomina como recisoria⁸³², ya que la anulación no es un recurso en sí. El ejercicio de tal acción da lugar a un proceso declarativo especial, que tiene como finalidad que el tribunal pueda pronunciarse única y exclusivamente sobre la validez o no del laudo, se limita precisamente a la revisión formal del procedimiento arbitral y el cumplimiento de los principios legalmente establecidos: igualdad, audiencia y contradicción, sin poder entrar a analizar cuestiones de fondo. Con la única excepción de lo establecido en el Art. 41.2 LA⁸³³, es decir, cuando exista un exceso en el ejercicio de las funciones de los árbitros que provoque un estado de indefensión de las partes. Es por ello que el carácter restrictivo de la acción de anulación

⁸³⁰ Al respecto, el Art. 46.1 de la LA, reconoce que; “*Se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español*”.

⁸³¹ FORTÚN, A., ÁLVAREZ-GARCILLÁN, G.: La impugnación de los laudos arbitrales...op.cit..., p. 1.

⁸³² FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.: “Comentario al artículo 40 de la Ley española de Arbitraje, en AA.VV.: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 412.

⁸³³ Al respecto, el Art. 41.2 LA establece que; “*Los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida*”.

que no permite que el órgano judicial pueda, en su generalidad, conocer y pronunciarse respecto al fondo del laudo.

En España, la transgresión de los principios éticos del árbitro, dígase, la apariencia de motivos de parcialidad en el procedimiento arbitral, el incumplimiento del deber de revelación de sus actuaciones, son muy tenidos en cuenta por los tribunales nacionales en procedimientos sobre la impugnación del laudo, con mayor relevancia en los laudos nacionales, teniendo en cuenta que, en el caso de laudos extranjeros, la acción de anulación debe realizarse en el país en el que se ha dictado el mismo. En caso de que se solicite por la parte contraria el reconocimiento y ejecución del mencionado laudo en España, deberá someterse al procedimiento de exequátur que establece el Art. 46.2 LA⁸³⁴, el cual nos remite expresamente al Convenio de Nueva York de 1958 y al proceso civil español, a tenor de lo establecido en los Arts. 52 y ss de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

La acción de impugnación del laudo le permite a la jurisdicción ordinaria ejercer cierto control sobre el laudo, conocer si el mismo se ha dictado correctamente respetando los aspectos formales establecidos para el proceso y la correcta observancia de los principios por los que ha de regirse, bilateralidad, contradicción, igualdad de partes, congruencia, los derechos de las partes en el procedimiento y si el laudo dictado no contraviene el orden público. La existencia de alguno de estos motivos puede ser causa de anulación, ya sea parcial o total del laudo arbitral. Así, se ha reafirmado en la práctica, la jurisprudencia española es el fiel reflejo de como los tribunales nacionales se han pronunciado, en reiteradas ocasiones, estimando recursos de anulación contra laudos en los que se han vulnerado las garantías fundamentales del procedimiento, esencialmente la imparcialidad e independencia del árbitro durante el procedimiento arbitral, considerándose la parcialidad del árbitro una vulneración del orden público.

Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad de Cataluña, No. 29/2012, de 10 de mayo, en la que se resuelve una diferencia entre partes que

⁸³⁴ En este sentido, el Art. 46.2 LA, establece que; *“El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros”*.

acuerdan acudir al arbitraje en virtud del Art. 14 LA. En el propio contrato pactado entre las partes se inserta, de modo obligatorio, una cláusula arbitral con designación preconstituída, asignándosele a una asociación de arbitraje la administración del procedimiento y la designación de los árbitros. Estimada la demanda formulada en solicitud de anulación del laudo arbitral por el TSJ de Cataluña y reconociéndose las desigualdades en las que las partes se encontraron para acudir al arbitraje, el TSJ concluye que *“en el caso examinado, cabe inferir, para aquellos supuestos en los que conforme al art. 14 LA se le asigna la administración de arbitraje y la designación de árbitros a una asociación de arbitraje, es claro que desaparece la base misma de la independencia e imparcialidad -requisito sine qua non para el correcto desarrollo del procedimiento arbitral-, pues si bien dichas cualidades se predicen de los árbitros que han sido designados (art. 17 LA) en casos, como el presente, en que en el propio contrato se inserta de modo obligatorio una determinada cláusula arbitral con designación preconstituída de quien ha de administrar el arbitraje, máxime cuando la inclusión de tal cláusula, análoga en una masa de contratos, pone de manifiesto la concertación previa entre una parte contratante y la Asociación elegida para llevar a cabo el arbitraje”*⁸³⁵.

Coincidimos plenamente con dicha conclusión. No es posible defender la imparcialidad del árbitro cuando el mismo ya ha sido designado por la propia institución que administra el arbitraje y preestablecido en la propia cláusula arbitral, es decir, las partes se han encontrado obligadas en una de las cláusulas por un contrato de adhesión sin posibilidad de negociación, que les impone un árbitro ya designado por la propia Asociación que administra el arbitraje. Ahora bien, cabe precisar que la imparcialidad que se predica en la LA viene referida a los árbitros y no a la institución o asociación administradora del arbitraje, lo que hace que los motivos de recusación del árbitro sean personales y no colectivos de la asociación que administra el arbitraje. Por lo que la simple participación de ésta en la administración del procedimiento arbitral no es motivo para considerar la imparcialidad del árbitro, pero sí la designación de los árbitros preestablecidos en el propio contrato arbitral, viéndose privadas las partes de ejercer sus derechos al respecto.

Similar al caso anterior, nos encontramos la STSJ de la Comunidad de Madrid, No. 55/2016, de 19 de julio, la cual resuelve sobre la acción de anulación de un laudo dictado por un árbitro único, designado por la Asociación Europea de Arbitraje (AEADE) y en la que la parte actora

⁸³⁵ STSJ de la Comunidad de Cataluña, No. 29/2012, de 10 de mayo.

alega, entre otros, los siguientes motivos i) *invalidez del convenio arbitral*, teniendo en cuenta que en el contrato entre las partes se establecía en la cláusula octava un contrato de adhesión, ante el cual no había lugar a negociación, ii) *que no fue notificada ni de la solicitud de arbitraje ni del nombramiento del árbitro*, por lo que se le impidió conocer si se habían seguido las prescripciones legales para el nombramiento y poder alegar sobre su posible recusación. Tampoco tuvo conocimiento de la demanda con sus documentos, ni del traslado para contestarla y proponer prueba, con su consiguiente indefensión en el procedimiento arbitral y como tercero de los motivos y que tiene estrecha relación con la sentencia comentada anteriormente, *la existencia de una infracción del orden público, en tanto que habría sido conculcada la imparcialidad del árbitro*. Sostiene la Demandante que el contrato de arrendamiento que incorpora la cláusula de sumisión a arbitraje administrado por AEADE fue redactado por ARRENTA -cuyos servicios contrató el arrendador al suscribir un contrato de alquiler seguro-, alegando que “ARRENTA y AEADE” son la misma institución y, por tanto, como AEADE es la que nombra el árbitro, la imparcialidad de éste queda en entredicho.

Negándose la parte contraria a los argumentos expuestos por la actora y considerándose, la existencia de ciertos privilegios hacia el Demandado, el tribunal, que en principio parte de considerar que el problema existente no guarda una estrecha relación con la violación del principio de imparcialidad del árbitro, sino con “*una premisa de esa imparcialidad, ya se considere desde un punto de vista objetivo, ya desde la necesidad de salvaguardar la apariencia de imparcialidad*”⁸³⁶, confirmando así un criterio jurisprudencial de la propia sala⁸³⁷, en el desarrollo de la propia sentencia, específicamente a partir del Fundamento quinto y siguientes reconoce: “*lo más importante en las circunstancias del caso es que la colusión de intereses apreciada entre ARRENTA - y quien con ella contrata- y AEADE es de tal gravedad - incrementada por su no revelación - que en absoluto podría ser renunciada: aunque tal comunicación sobre la conexiones de AEADE con ARRENTA hubiera tenido lugar, incluso aunque tal colusión fuese notoria -lo que, in casu y en términos estrictamente procesales, hay que negar de forma categórica ex art. 281.4 LEC -, la Sala estima que esas vinculaciones subjetivas, objetivas y de intereses entre AEADE y ARRENTA son lo suficientemente intensas y significativas como para evidenciar, más que dudas fundadas sobre la neutralidad de AEADE, la plena y razonable certeza de que AEADE adolece de la debida imparcialidad para*

⁸³⁶ STSJ de la Comunidad de Madrid, No. 55/2016, de 19 de julio.

⁸³⁷ Tal y como lo reconocen las SSTSJ de la Comunidad de Madrid, No. 63/2014, de 13 de noviembre y 65/2015, de 17 de septiembre.

*administrar arbitrajes en tesituras como las presentes, habiendo actuado con evidente infracción del principio de igualdad constitucionalmente relevante*⁸³⁸. Por lo que, reconocida la ausencia de imparcialidad no del árbitro, sino de la institución arbitral, el citado tribunal concluye que: “ *en consecuencia, procede estimar este motivo de anulación al amparo del art. 41.1.f), si bien precisando, en recta aplicación del iura novit Curia , que los hechos en que sustenta la nulidad tienen verdadera y real incidencia en la causa a) del art. 4.1.1 LA -también invocada en la demanda: el convenio ha sido suscrito en una inadmisibles situación de preeminencia de una de las partes sobre la otra respecto de la entidad a la que, en la cláusula de sumisión, se encomendaba la administración del arbitraje, que adolece del desinterés objetivo constitucionalmente exigible . En consecuencia, el Laudo no solo infringe el orden público, sino que, en las circunstancias expuestas, también se ha de considerar que el convenio arbitral es en sí mismo radicalmente nulo*”⁸³⁹.

En otro orden, nos encontramos con la SAP de Navarra, No. 31/2000, de 21 de febrero, la cual resuelve un recurso de anulación de un laudo arbitral emitido en fecha 22 de marzo de 1999 por un árbitro único, alegando la parte actora la falta de imparcialidad objetiva de la árbitro, fundamentando el hecho de que la misma compartió un despacho profesional con el Letrado de la parte contraria durante 7 años y que tal situación impide apreciar imparcialidad objetiva en la árbitro, habiendo sido recusada en su momento, con ocasión de su designación, por la parte recurrente, argumentándose así la omisión por parte del árbitro del deber de información previa de sus actuaciones a las partes, es decir, un incumplimiento de los principios de imparcialidad, independencia y también de la disponibilidad del mismo. Al respecto, el tribunal, estimando el recurso presentado reconoce que “(...) *dada la relación profesional que debe deducirse del hecho de haber compartido despacho profesional durante más de 6 años, al menos, el Sr. Letrado de una de las partes y la Sra. Letrada que... fue designada como árbitro en dicho proceso,... no permite situar a la Sra. árbitro en condiciones objetivas, al menos de garantizar que su decisión pueda merecer la exigible confianza de los terceros y de las partes, en el sentido de que resulte ser fruto de una decisión plenamente interesada e imparcial*”⁸⁴⁰. La citada sentencia destaca la importancia que tiene el cumplimiento del deber de revelación por parte del árbitro, cuyo incumplimiento no solo pone

⁸³⁸ STSJ de la Comunidad de Madrid, No. 55/2016, de 19 de julio.

⁸³⁹ Ídem.

⁸⁴⁰ SAP de Navarra, No. 31/2000, de 21 de febrero. Fundamento de derecho cuarto. También citada por; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: Contenido ético del deber de revelación...*op.cit.*..., p. 831.

en evidencia su imparcialidad objetiva, tal y como se ha constatado en el presente caso, sino también la anulación del propio laudo.

III.5 Conclusiones parciales.

PRIMERA: La obligación de revelar del árbitro no sólo previene la existencia de posibles conflictos de intereses, tiene también como principal objetivo, el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, blindando al árbitro de posibles reclamos contra él. De ahí que el deber de revelación debe ejercitarse con amplitud y exhaustividad, para evitar que las partes puedan tener la más mínima duda sobre la voluntad de transparencia en el actuar de los árbitros.

SEGUNDA: La transparencia a través de la divulgación o revelación del árbitro puede actuar como garante de los principios de independencia e imparcialidad del mismo, y corregir toda preocupación ética o legal que surja durante el procedimiento arbitral. La independencia e imparcialidad del árbitro constituyen una garantía fundamental del procedimiento arbitral. Pero el árbitro debe saber encontrar el justo equilibrio según las particularidades de cada caso concreto, debido a que tanto el exceso como el defecto en el ejercicio del deber de revelación pueden ocasionar efectos negativos para el procedimiento arbitral.

TERCERA: Sigue latente la preocupación en el arbitraje internacional, con especial énfasis en el arbitraje de inversión, en cuanto a la independencia e imparcialidad de los árbitros, siendo el mecanismo de nombramiento de los árbitros la principal fuente de cuestionamiento, debido a la falta de garantías suficientes de imparcialidad e independencia, la falta de transparencia en el proceso de nombramiento y el reducido número de árbitros. Lo que ocasiona una constante repetición en el nombramiento de los árbitros, permitiendo que éstos actúen, en ocasiones, como abogados y árbitros en distintos procedimientos a la vez.

CUARTA: Las instituciones arbitrales carecen de mecanismos que les permitan no solo controlar la independencia e imparcialidad de los árbitros, sino también su eficacia en el desarrollo de su función arbitral. La declaración de los árbitros una vez designados no puede seguir siendo la única opción de control de sus actuaciones durante el procedimiento arbitral. Las instituciones arbitrales deben implementar un control, una supervisión reguladora más activa y transparente en cuanto a la conducta del árbitro.

QUINTA: Ante el creciente número de arbitrajes de inversión, la necesidad de transparencia y coherencia de las reglas arbitrales en todo el sistema ISDS en relación con la imparcialidad e independencia de los árbitros como responsables de las decisiones finales en el arbitraje de inversiones se hace imprescindible. Resulta útil ante las modificaciones actuales que enfrenta el CIADI en sus reglas de arbitraje y teniendo en cuenta la posición única, monopolística de tal institución a nivel internacional respecto del arbitraje inversionista-Estado, consideremos necesario recomendar:

- Ampliar el alcance de las reglas que establecen los principios éticos del árbitro y las partes en el procedimiento arbitral y regular, específicamente, a partir del precedente de las Directrices de la IBA, aquellas situaciones que pueden atentar contra el normal desarrollo del actuar del árbitro y que constituyen un conflicto de interés. De esta manera, se permite una mejor interpretación y precisión de las mismas no solo por el tribunal arbitral, sino también por el resto de las partes en el proceso a la hora de valorar la actuación del árbitro en cuanto a su imparcialidad e independencia. En este sentido, una vez acordado por las partes la aplicación del reglamento arbitral, automáticamente les es de aplicación los principios éticos establecidos y no tendrían que acudir a principios o directrices no vinculantes, como sucede en la actualidad. No obstante, para evitar una modificación o reforma profunda del reglamento, puede incluirse la posibilidad de que la institución arbitral pueda emitir declaraciones interpretativas sobre una o varias reglas, como puede ser la referida a los principios éticos, la independencia e imparcialidad del árbitro. Lo que favorece a una mejor interpretación institucional del reglamento en general y, específicamente, de las partes en cuanto a la aplicación de las reglas que regulan los principios éticos de los árbitros en el procedimiento arbitral. De esta forma, se puede establecer un umbral o estándar uniforme para aplicar dichas reglas y determinar, con mayor precisión y claridad, el incumplimiento de las normas éticas del árbitro, su imparcialidad e independencia, así como el deber de investigar y divulgar los conflictos de interés y el impacto de éstos en la validez y ejecución del laudo.
- Que los Estados consideren, por un lado, la incorporación en los AII o TBI de disposiciones expresas que establezcan los principios procesales imprescindibles para desarrollar el procedimiento arbitral afín con el debido proceso, excluyendo así, cualquier conducta del árbitro que pueda ser motivo de conflicto de interés por su

parcialidad o dependencia en el procedimiento y por otra parte, la incorporación de las declaraciones interpretativas emitidas por la institución arbitral, ya sean declaraciones conjuntas por todas las partes del tratado, o individuales por alguna de las partes respecto a una regla determinada. Lo que constituye una herramienta muy útil mediante la cual las partes del tratado pueden indicar su intención de que no pueda nombrarse un árbitro bajo el tratado cuando el mismo no ha actuado imparcial e independiente, ha sido motivo de recusación por conflicto de interés en procedimientos anteriores, o especificar un período determinado.

Ambas recomendaciones, a partir de la posición estratégica del CIADI en cuanto al arbitraje de inversiones a nivel global, afectaría un considerable número de casos, teniendo en cuenta el amplio número de Estados miembros de la Convención del CIADI y de quienes, no siendo partes, también se acogen a sus reglas a través del Mecanismo Complementario. Consideramos que una modificación de las reglas del CIADI podría ser un elemento catalizador para implementar otras reformas similares en el resto de los reglamentos de arbitraje a nivel internacional.

CAPÍTULO IV: LA TRANSPARENCIA EN LOS LAUDOS ARBITRALES

IV.1 Introducción.

El presente capítulo aborda el estudio de la cuarta y última temática que nos hemos planteado investigar en la presente tesis, tal y como el propio título establece, la referida a la transparencia en los laudos arbitrales. Se trata de una temática 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 y 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 ha ido despojándose de su fuerte arraigo a la confidencialidad, pero aún sigue muy lejos de ser fácilmente accesible. Continúa siendo muy criticado el arbitraje internacional por su discrecionalidad, el secretismo de los procedimientos y el difícil acceso a la información.

Ahora bien, las reglas arbitrales más utilizadas a nivel internacional -CNUDMI, CCI y el 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”⁸⁴¹.

Sin embargo, se ha convertido en una práctica muy habitual que las partes en el arbitraje internacional para fundamentar su análisis jurídico invoquen precedentes arbitrales, 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

⁸⁴¹ MALMSTEN, J.: “Informal Reliance on Previously Rendered Awards. An Efficient Means to Promote Consistency on the MFN Question?”, *UPPSALA Universitet*, 2013, p. 8.

solo tienen en cuenta decisiones de casos anteriores, sino que muchas son citadas en el propio texto, evidentemente, cuando han tenido acceso a dichos laudos⁸⁴².

Esta práctica ha encontrado mayor respaldo en el arbitraje de inversiones, teniendo en cuenta los elementos de transparencia existentes⁸⁴³, lo que no quiere decir que en el arbitraje comercial internacional no está 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 tiempo⁸⁴⁴. En ese mismo período, pero tomando específicamente como referencia a partir del año 1998, se constató que las referencias a laudos anteriores estuvieron presentes en un total de 90 laudos de los 98 dictados en ese período⁸⁴⁵, 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

⁸⁴² FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.: El auge del arbitraje...*op.cit.*, p. 271.

⁸⁴³ COMMISSION, J.P.: Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence, *JIA*, Vol. 24, 2007, pp.149-153.

⁸⁴⁴ COMMISSION, J.P.: Precedent in Investment Treaty Arbitration...*op.cit.*, pp. 129-158, 130, 149-150.

⁸⁴⁵ FAUCHALD, O.K.: "The Legal Reasoning of ICSID Tribunals-An Empirical Analysis", *European Journal of International Law*, Vol. 19, 2008, pp. 301-364.

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 que analizamos en el presente capítulo.

IV.2 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 internacional⁸⁴⁶. En la actualidad, aunque se ha ido matizando la cuestión a nivel internacional y se ha tenido acceso a un reducido 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”⁸⁴⁷.

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 UNCITRAL 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*”⁸⁴⁸, 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 (...)*”⁸⁴⁹. Tal restricción al

⁸⁴⁶ 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://www2.nycbar.org/pdf/report/uploads/20072645-PublicationofInternationalArbitrationAwardsandDecisions.pdf>, consultado el 18/02/2019.

⁸⁴⁷ POLANCO LAZO, R.: Transparencia y Derechos de terceros...*op.cit.*..., p. 127.

⁸⁴⁸ Tal y como lo establece la Regla 48(4).

⁸⁴⁹ 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*”.

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 ésta 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 inversionista privado, ésta choca 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 de la confidencialidad se oponen a los propios beneficios de la transparencia en el procedimiento⁸⁵⁰.

La práctica ha demostrado que las razones expuestas en defensa del secreto y la no publicidad de los laudos arbitrales no son del todo convincentes⁸⁵¹, 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 litigio⁸⁵².

Los laudos arbitrales son exclusivamente vinculantes solo para las partes involucradas, sin embargo, una jurisprudencia fácilmente accesible podría tener una utilidad considerable⁸⁵³ 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 arbitral⁸⁵⁴, 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

⁸⁵⁰ DESSEMONTET, F.: "Arbitration and confidentiality", *ARIA*, No. 7, 1996, p. 318.

⁸⁵¹ POLANCO LAZO, R.: Transparencia y Derechos de terceros...*op.cit.*..., p. 130.

⁸⁵² BRENOWITZ, S.: "Deadly Secrecy: The Erosion of public information under private justice", *Ohio Student Journal on Dispute Resolution*, No. 19, 2004, p. 689.

⁸⁵³ 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.

⁸⁵⁴ REUBEN, R.C.: "Constitutional Gravity: A Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice", *UCLA L. REV.*, Vol. 47, 2000, p. 1085.

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, creadores 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 anticipada 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 corresponsales*”⁸⁵⁵. 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 decisión⁸⁵⁶. Pero ésta 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.

IV.3 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 árbitros⁸⁵⁷ y considerar, aún más, el interés público en los procedimientos de arbitraje⁸⁵⁸. 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

⁸⁵⁵ 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 18/02/2019.

⁸⁵⁶ 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.*

⁸⁵⁷ 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.

⁸⁵⁸ BHATIA, V., CANDLIN, CH., SHARMA, R.: Confidentiality and Integrity....*op.cit.*, p. 10.

cuenta en el análisis y fundamentación del laudo⁸⁵⁹, son muchos los casos que así lo reafirman, por solo citar algunos, cabe destacar;

- El caso entre *Charanne B.V., Construction Investments S.A.R.L., vs. España*⁸⁶⁰, 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, CNUDMI⁸⁶¹. 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/07/19⁸⁶². 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*,

⁸⁵⁹ BENTOLILA, D.: “Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2012, p. 375.

⁸⁶⁰ *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.

⁸⁶¹ *Ibidem*, párraf. 417.

⁸⁶² *Ibidem*, párraf. 439, 444.

UNCITRAL⁸⁶³, y que el estándar de expropiación indirecta bajo el Derecho internacional implica 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 Erömü Kft vs. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22⁸⁶⁴, entre otros.

- En el controvertido caso *Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company vs. Ecuador*⁸⁶⁵, 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, acogándose 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/07/1⁸⁶⁶. 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

⁸⁶³ *Ibidem*, párraf. 460.

⁸⁶⁴ *Ibidem*, párraf. 461.

⁸⁶⁵ *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 18/02/2019.

⁸⁶⁶ *Ibidem*, párraf. 7.12.

autónomo y separable del resto de las cuestiones del tratado ya que éste así lo reconoce, tal y como lo ha reconocido el tribunal del caso *Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No.ARB/03/24⁸⁶⁷, concluyendo que los Demandantes han iniciado el procedimiento en su propio derecho entre inversionista 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 conflicto. Por ejemplo, en el caso *Dow Chemical France vs. Isover Saint Gobain* ante la CCI, en el que se resuelve un conflicto que surge entre empresas de un mismo grupo empresarial Dow Chemical y varias de sus subsidiarias (Demandantes) contra Isover Saint Gobain (Demandado), 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 éste 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 conflicto y las cuestiones planteadas, éste 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 (...)*”⁸⁶⁸. 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 arbitraje⁸⁶⁹.

⁸⁶⁷ *Ibidem*, párraf. 7.85.

⁸⁶⁸ Véase, al respecto, *Dow Chemical France vs. Isover Saint Gobain*, Caso CCI, No. 4131, Interim award del 23 de septiembre de 1982.

⁸⁶⁹ TORTEROLA, I.: “Transparencia y publicidad en el arbitraje de inversión”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 2015, p. 31.

Los casos citados son un fiel reflejo de como los tribunales arbitrales tienen en cuenta, en sus respectivos laudos, las decisiones de casos anteriores. Por estos motivos no puede negarse que los laudos arbitrales tengan un verdadero valor de precedente⁸⁷⁰, 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 arbitral⁸⁷¹. 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 utilizarlo⁸⁷². 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 similares⁸⁷³, 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 internacional⁸⁷⁴.

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

⁸⁷⁰ BERGER, K.P.: "International Arbitration Practice and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts", *AM. J. COMP. L.*, Vol. 46, 1998, p. 149.

⁸⁷¹ BLAVI, F.: A Case in Favour of Publicly...*op.cit.*, p. 86.

⁸⁷² 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.

⁸⁷³ OGLINDĂ, B.: The Principle of Confidentiality in Arbitration...*op.cit.*, p. 60.

⁸⁷⁴ 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.

para la relación, lo que equivale a decir: “cuando los TBI se redactan exactamente de manera similar, deben ser interpretados de la misma manera”⁸⁷⁵. 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, aún y 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”⁸⁷⁶, 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*⁸⁷⁷. En este caso, AES Corporation (Demandante) 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 Demanda, 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 de anulación pueden contribuir al desarrollo de una jurisprudencia arbitral al argumentar:

⁸⁷⁵ 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.

⁸⁷⁶ BENTOLILA, D.: *Hacia una jurisprudencia arbitral...op.cit...*, p. 378.

⁸⁷⁷ *AES Corporation vs. Argentina*, Caso CIADI No ARB/02/17, Decisión sobre jurisdicción del 26 de abril de 2005.

“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”⁸⁷⁸. 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*⁸⁷⁹. En este litigio *Enron Corporation y Ponderosa Assets* (Demandantes), alegaron que la República de Argentina había incumplido el 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 la misma⁸⁸⁰. 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, éste dicta un laudo condenatorio contra Argentina al reconocer que había incumplido sus obligaciones al no otorgarle un trato justo y equitativo al Demandante,

⁸⁷⁸ *Ibíd.*, párraf. 33.

⁸⁷⁹ *Enron Corporation, Ponderosa Assets LP vs. Argentina*, Caso CIADI ARB/01/3. Decisión del comité de anulación 2010. (En adelante caso Enro)

⁸⁸⁰ *Ibíd.*, Award, de fecha 22 de mayo de 2007, párraf. 80.

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*”⁸⁸¹. 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*”⁸⁸². El Tribunal decide rechazar la solicitud de Rectificación y/o Decisión suplementaria del laudo y mantener la suspensión del mismo. 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*”⁸⁸³. A tales efectos, constituido el Comité *ad hoc*, éste 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)*”⁸⁸⁴.

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*”⁸⁸⁵. Continúa el tribunal, esta vez, citando el caso *MCI Power Group LC y New*

⁸⁸¹ *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.

⁸⁸² *Ibíd.*, párraf. 21-32.

⁸⁸³ *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.

⁸⁸⁴ *Ibíd.* Decisión sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, de 30 de julio de 2010, párraf. 63

⁸⁸⁵ *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.

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”⁸⁸⁶. 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*, 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”⁸⁸⁷, lo que demuestra que los Comité *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 casos *SGS Société Générale de Surveillance S.A.*

⁸⁸⁶ *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.

⁸⁸⁷ Véase, Decisión sobre la anulación, de 3 de julio de 2002.

*vs. República de Filipinas*⁸⁸⁸, *AES Corporation vs. República Argentina*⁸⁸⁹ y *Wintershall Aktiengesellschaft vs. República Argentina*⁸⁹⁰ 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 “jurisprudence” constante en relación con los procesos de anulación”⁸⁹¹.

El propio Comité de anulación, una vez reconocido el estrecho marco de actuación consagrado en las disposiciones del CIADI a las cual 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 que desarrolle una línea jurisprudencial que favorezca una coherencia interpretativa en las decisiones arbitrales.

⁸⁸⁸ *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.

⁸⁸⁹ Véase, Decisión sobre Jurisdicción, 26 de abril de 2005, párraf.33.

⁸⁹⁰ *Wintershall Aktiengesellschaft vs. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, 8 de diciembre de 2008, párraf. 178.

⁸⁹¹ Véase, *Enron Corporation, Ponderosa Assets LP vs. Argentina*, Caso CIADI ARB/01/3. Decisión del comité de anulación 2010, 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 autores⁸⁹² que consideran que el árbitro decide en nombre de la comunidad internacional y aplicando el Derecho internacional público. Consideración ésta 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 internacional⁸⁹³, 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”⁸⁹⁴.

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

⁸⁹² 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.

⁸⁹³ DOUGLA, Z.: The hybrid foundations of investment treaty arbitration, ...*op.cit.*., p. 152.

⁸⁹⁴ BENTOLILA, D.: Hacia una jurisprudencia arbitral...*op.cit.*., p. 383.

en laudos posteriores, sino un mero carácter sistemático, basado en la persuasión⁸⁹⁵ y no en la imposición⁸⁹⁶.

No podemos continuar con la idea de que cada procedimiento arbitral en una disputa internacional es único, que sólo 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 sólo 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 éstos en cuanto a la solución de controversias en el comercio internacional, hace también imprescindible el conocimiento y una mayor uniformidad en las decisiones arbitrales⁸⁹⁷. 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

⁸⁹⁵ 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.

⁸⁹⁶ FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.: *El auge del arbitraje...op.cit...*, p. 271.

⁸⁹⁷ WEIDEMAIER, W.M.C.: "Towards a Theory of Precedent in Arbitration", *William and Mary Law Review*, Vol. 51, No. 5, 2010, pp. 1895-1958.

laudos en 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*”⁸⁹⁸. En tal sentido, el tribunal reconoce la no obligatoriedad del precedente, pero admite el deber de seguirlo cuando éste ha tenido una continuidad en el tiempo, cuando ha sido constante. Es por ello que, aún y cuando el árbitro actúa únicamente en base al convenio arbitral, las Reglas arbitrales pactadas y los convenios internacionales pactados por las partes, aun cuando se constituya el tribunal sólo 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 arbitral⁸⁹⁹, y de esta manera lograr una sistematización en el uso del precedente.

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

⁸⁹⁸ 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.

⁸⁹⁹ BENTOLILA, D.: *Hacia una jurisprudencia arbitral...op.cit...*, p. 394.

decisiones de casos resueltos tienen un innegable impacto en el pensamiento de los árbitros al resolver casos futuros, aunque no sean citados por éstos⁹⁰⁰. 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 árbitros⁹⁰¹ 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 del mismo 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 arbitral⁹⁰². 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 éste también incidirá en el precedente judicial⁹⁰³, 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 internacional. Lo que constituye un objetivo esencial a nivel internacional, siendo mucho más reclamado en el arbitraje de inversión y que consideramos puede lograrse perfectamente a través de alguna de las siguientes propuestas: i) *la implementación de un*

⁹⁰⁰ 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, p. 53.

⁹⁰¹ 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.

⁹⁰² WEIDEMAIER, W.M.C.: *Towards a Theory of Precedent in Arbitration...op.cit...*, p. 1912.

⁹⁰³ Ídem.

Tribunal Permanente de Apelación para las controversias surgidas en el seno del arbitraje CIADI, lo que contribuirá también a la consolidación del tan aclamado Derecho internacional de inversión⁹⁰⁴ y ii) *la creación de un Tribunal Permanente para el arbitraje de inversiones*⁹⁰⁵, objetivo éste muy defendible por la UE y que lo ha tenido en cuenta en sus más recientes 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 AII 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, una vez caducados los actuales tenerlo en cuenta en las futuras negociaciones en caso de posible renovación o el establecimiento de un nuevo acuerdo.

IV.4 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, ésta no ha sido lo suficientemente amplia y precisa al respecto, los pequeños avances obtenidos 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 laudos⁹⁰⁶, y de esta manera contribuir a la utilización del precedente en este ámbito. El régimen

⁹⁰⁴ 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 18/02/2019; 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.

⁹⁰⁵ HOBÉR, K.: *Selected Writings on Investment Treaty Arbitration*, 1st Ed., Studentlitteratur, Lund, 2013, pp. 538-539.

⁹⁰⁶ MALMSTEN, J.: *Informal Reliance on Previously Rendered Awards...op.cit...* p. 16.

actual del arbitraje de inversión ha llegado a caracterizarse como un sistema legal propio, lo que hace imprescindible la existencia de una mayor coherencia⁹⁰⁷ y transparencia en sus resoluciones, condición de todo sistema legal⁹⁰⁸.

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 inversionistas 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 inversionistas del otro Estado contratante⁹⁰⁹. Mientras tanto, los inversionistas 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.

IV.4.1 La implementación de un Tribunal 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

⁹⁰⁷ TEN CATE, I.M.: “The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration”, *CJTL*, Vol. 51, 2013, pp. 424-426.

⁹⁰⁸ SCHREUER, C.: “Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, No. 2, 2006, p. 10.

⁹⁰⁹ CHENG, T.H.: “Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 30, No. 4, 2006, pp. 1014-1049.

arbitral⁹¹⁰, 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 judicial 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 orbe⁹¹¹, los cuales tienen el deber y la obligación de conocer y pronunciar al respecto por el simple hecho de ser partes de un instrumento internacional. Logar un consenso entre todos no resulta imposible, pero no deja de tener una gran complejidad. En segundo lugar, una modificación del Art. 53.1 de la propia Convención, admitiendo la posibilidad de apelación del laudo arbitral a través de la creación de un Tribunal de Apelación en el arbitraje CIADI, siendo ésta la cuestión a la que le dedicaremos nuestro análisis 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 Tribunal de Apelación en el arbitraje de inversiones, centrándose dichas discusiones mayormente en los temas de eficiencia y finalidad del posible

⁹¹⁰ 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*”.

⁹¹¹ 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 18/02/2019.

tribunal y en defensa de una institucionalización dentro del propio régimen de inversiones⁹¹², a partir de una mayor necesidad de coherencia y previsibilidad de la jurisprudencia arbitral. Sin embargo, a los efectos oportunos en nuestra investigación, y sin restarle importancia a la eficiencia como tema ampliamente discutido, centramos nuestro análisis en la necesidad de creación de un Tribunal de Apelación 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 Tribunal permanente de apelaciones; 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 Tribunal de Apelación 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 Tribunal de Apelación⁹¹³.

IV.4.1.1 El Tribunal 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 inversores⁹¹⁴. El tribunal de apelación se encontraría en un nivel superior de jerarquización, eliminando así la posibilidad de Comités *ad*

⁹¹² FELDMAN, M.: “Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Power”, *ICSID Review*, Vol. 32, No. 3, 2017, p. 529.

⁹¹³ *Ibidem*, p. 530.

⁹¹⁴ FELDMAN, M.: *Investment Arbitration Appellate Mechanism Options...op.cit...*p 534.

hoc y ejercería una amplia función de control no sólo en lo que al cumplimiento de las disposiciones del AII respecta, sino de todos los elementos que conforman el ISDS. La creación de un Tribunal Permanente de Apelación tiene una amplia ventaja respecto al actual mecanismo de Comités *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 arbitral⁹¹⁵, 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 institucional⁹¹⁶ 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.4.1.2 El Tribunal 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 en la búsqueda de una mayor precisión⁹¹⁷ 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.

⁹¹⁵ En relación a la diferencia y ventaja que tiene la creación de un órgano permante 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.

⁹¹⁶ CARON, D.D.: “Towards a Political Theory of International Courts and Tribunals”, *BJIL.*, Vol. 24, 2006, p. 417.

⁹¹⁷ FRANCK, S.D.: “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions”, *Fordham LR*, Vol. 73, 2005, p 1546.

La presencia de un órgano permanente de apelaciones en el ámbito del CIADI es una necesidad apremiante tanto para los Estados como los inversionistas, 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 ésta forma, ambas partes, Estado e inversor, se encontrarán en una posición de igualdad. El Tribunal permanente de apelaciones contribuye 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 del tratado y que responda a la realidad actual, teniendo en cuenta que un número considerable de AII se basan en estándares amplios de regulación⁹¹⁸, otorgándoles amplias facultades a las partes, a diferencia de las reglas arbitrales que son más específicas. 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 firmantes de un tratado, principalmente en tratados multilaterales, lo que facilita las funciones del Tribunal de Apelación 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. Aún y cuando algunos autores⁹¹⁹ consideren que dichas declaraciones pueden tener como efecto contrarrestar una mayor institucionalización en el arbitraje, consideramos que pueden ser tenidas en cuenta por el Tribunal de Apelación en el análisis de sus decisiones, a partir del efecto esclarecedor que tienen para las partes del tratado⁹²⁰.

⁹¹⁸ ROBERTS, A.: “Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States”, *AJIL*, Vol. 104, 2010, p. 189.

⁹¹⁹ 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.

⁹²⁰ FELDMAN, M.: *Investment Arbitration Appellate Mechanism Options...op.cit...*p 541.

Ahora bien, el hecho de que el tribunal pueda tener en cuenta en sus decisiones las declaraciones conjuntas emitidas por las partes en un tratado determinado, no quiere decir que las mismas tenga un efecto vinculante para el tribunal. Creemos que pueden ser tenidas en cuenta por éste 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 TLCAN, el cual es capaz de ilustrar cómo los Estados Partes 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 arbitraje⁹²¹, 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. Aún y cuando 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 sus decisiones. Por supuesto, siempre que el litigio tenga relación con algunas de las cuestiones objeto de la declaración conjunta.

IV.4.1.3 El Tribunal 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 laudo⁹²².

⁹²¹ 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 sitios web el 18/02/2019.

⁹²² ÁLVAREZ ÁVILA, G.: “Las características del arbitraje del CIADI”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2002, p. 7.

Centraremos nuestro análisis en el último de los controles mencionados, es decir, la rectificación⁹²³, aclaración⁹²⁴, revisión⁹²⁵ y anulación⁹²⁶ del laudo actualmente previstos por el CIADI y que, con excepción del procedimiento de anulación que se resuelve ante un Comité *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 sólo 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 Tribunal de Apelación.

La idea de crear un Tribunal de Apelación 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 Permanente⁹²⁷. 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 éstos que no por encontrarse al final del proceso dejan de tener una gran importancia, principalmente para las partes, así

⁹²³ 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 (...)*”.

⁹²⁴ 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*”.

⁹²⁵ 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*”.

⁹²⁶ 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 quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde*”.

⁹²⁷ 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.

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 documento⁹²⁸ 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 CIADI 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 ello⁹²⁹, 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 órgano⁹³⁰. 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 -aún 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 Tribunal de Apelación, que permita crear y consolidar un precedente arbitral en el CIADI⁹³¹ y una mayor consistencia del laudo por parte de los tribunales arbitrales, contrarrestado así la incertidumbre existente entre los usuarios del sistema.

⁹²⁸ 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 18/02/2019.

⁹²⁹ *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 18/02/2019.

⁹³⁰ *Ibidem*, p. 4.

⁹³¹ 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.

La creación de un Tribunal de Apelación 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 laudo⁹³² según las causales establecidas en la Convención, teniendo como principal propósito evitar que el laudo sea revisado por un tribunal nacional⁹³³. 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*”⁹³⁴. 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*”⁹³⁵. Ambos casos demuestran que el procedimiento de anulación del CIADI

⁹³² 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, p. 5.

⁹³³ DUGAN, CH.F., WALLACE, D.Jr., RUBINS, N., SABAHI, B.: *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 627-673.

⁹³⁴ 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.

⁹³⁵ *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.

únicamente comprende un análisis, por el Comité *ad hoc*, de la legitimidad del proceso decisorio y no de correcciones substanciales del procedimiento⁹³⁶. 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 CIADI pueden ser remediadas con un mecanismo formal de anulación, de ahí la necesidad de crear un Tribunal de Apelación del CIADI, cuestión ésta que puede ser perfectamente resuelta a través de los AII en los que se pueden establecer cláusulas o disposiciones entre los Estados Partes 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 Partes pueden regular, entre sus facultades, que una vez dictado el laudo se pueda recurrir el mismo ante un Tribunal de Apelación 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*”⁹³⁷. Esta opción prevé una mayor legitimidad a quienes resuelven la disputa, consistencia a sus decisiones⁹³⁸ y contribuye a la creación de un precedente ampliamente permitido en el arbitraje, resultando ésta última, la segunda cuestión por la que justificamos la creación de un Tribunal de Apelación, 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

⁹³⁶ SCHREUER, C.: *The ICISD Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, Second Ed., 2009, pp. 901-903.

⁹³⁷ El Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de Norteamérica (CAFTA-DR), Artículo 10.20(10).

⁹³⁸ GARCÍA-BOLÍVAR, O.E.: *La crisis del derecho internacional...op.cit.*, p. 158.

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 arbitral⁹³⁹. Aunque el laudo sea anulado parcial o total, las partes pueden someter nuevamente la controversia si así lo deciden al conocimiento de un nuevo tribunal⁹⁴⁰, para que éste decida *ex novo* sobre la cuestión anulada, encontrándonos así ante el eterno procedimiento arbitral. Así sucedió en el caso *Amco Asia Corporation y otros vs. República de Indonesia*⁹⁴¹, en el cual después de haberse dictado el laudo pasado tres años desde el inicio del procedimiento, se presenta solicitud de anulación del mismo 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 prospera 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*⁹⁴², 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*”⁹⁴³. 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

⁹³⁹ LÓPEZ LINALDI, L.A.: La necesidad de crear un órgano de apelación...*op.cit.*, p. 51.

⁹⁴⁰ 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*”.

⁹⁴¹ 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.

⁹⁴² Véase, el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S. A. y Vivendi Universal S. A. vs. República Argentina*, cita 804, *supra*.

⁹⁴³ *Ibíd.*, Decisión sobre la Anulación, de 3 de julio de 2002, párraf. 119 e).

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 argentino, 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 2010, decide rechazar la “Solicitud de Anulación del Segundo Laudo emitido por el Segundo Tribunal el 20 de agosto de 2007 presentada por Argentina”⁹⁴⁴.

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 Comités *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, aún y 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), falta de expresión de los motivos en que se funda el laudo, 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, por la crisis económica que sufrió el país y que analizamos más adelante. Estos casos, a pesar de haberse originado por la misma causa, los que ya se han resuelto mediante laudos, han sido objeto de muchas críticas al respecto.

⁹⁴⁴ *Ibíd.*, 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.

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.

IV.4.1.3.1 Análisis de casos.

IV.4.1.3.1.1 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 (Demandante) 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 éste motivo, el Demandante invocó la cláusula de NMF establecida en el APPRI entre España y Chile, argumentando que, en consecuencia, los inversionistas chilenos en España recibían un trato más favorable que los argentinos en el mismo país, y que 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 sólo 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 (...)*”⁹⁴⁵. 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 éste, Plama Consortium (Demandante) 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.

Al respecto, 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*

⁹⁴⁵ *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.

*tratamiento provisto en un tratado el tratamiento más favorable ofrecido en otro lugar. Otra cosa es reemplazar un procedimiento negociado específicamente por las partes con un mecanismo completamente diferente*⁹⁴⁶.

- 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 sólo 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*”⁹⁴⁷.

Los casos señalados antes 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.4.1.3.1.2 La falta de expresión de los motivos en que se funda el laudo.

La falta de expresión en los motivos en que se funda el laudo es una de las causales de anulación establecidas en el Convenio CIADI. Para lograr los propósitos establecidos en dicha causal no resulta relevante conocer si los motivos se han fundamentado correctamente o si son convincentes; de ser así el Comité *ad hoc* estaría obligado a realizar una revisión del fondo del caso. El fin principal de dicha causal es lograr una secuencia lógica y razonable de las

⁹⁴⁶ *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*”.

⁹⁴⁷ *Asian Agricultural Products Limited vs. República Socialista Democrática de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3.

fundamentaciones del tribunal, y que las mismas puedan ser comprendidas, “que las partes sean capaces de seguir el razonamiento del tribunal, aún y cuando el mismo haya cometido errores de hecho o de derecho”⁹⁴⁸.

- Así se reconoció en el caso *Wena Hotels Ltd. vs. Arab Republic of Egypt*⁹⁴⁹, en el que *Wena Hotels Ltd* (Demandante) alega en su solicitud de arbitraje ante el CIADI que la Demandada no realizó una correcta protección de su inversión, un trato justo y equitativo, expropiando la misma sin proporcionarle una compensación rápida, adecuada y efectiva, y produciéndole grandes pérdidas que casi lo llevan al colapso total del negocio. Presentados los argumentos por la República de Egipto, escuchados y analizados ambos por el tribunal arbitral, éste decide dictar un laudo condenando a Egipto por incumplir sus obligaciones al no brindarle a la inversión del Demandante un trato justo y equitativo, protección y seguridad plena. Una vez emitido el laudo, Egipto presenta solicitud de anulación, alegando entre otras causales que el laudo no establecía correctamente los motivos en los que se basó, existiendo una falta evidente de motivación⁹⁵⁰, a tenor de lo establecido en los Arts. 52.1 e) y 48.3 de la Convención. En este sentido, el Comité *ad hoc* admite el estándar reconocido en casos anteriores al reconocer que “(...) *el requisito de que un laudo esté motivado implica que éste debe permitir al lector seguir el razonamiento del Tribunal en cuestiones de hecho y de derecho. Implica eso y solamente eso. Que el razonamiento sea adecuado no es un estándar apropiado de revisión bajo el párrafo 1(e), ya que esta consideración casi inevitablemente llevará al comité ad hoc a examinar la sustancia de la decisión del tribunal, pasando por alto la exclusión del recurso de apelación contenida en el artículo 53 del Convenio*”, estableciendo a su vez, que los motivos pueden encontrarse implícitos “*siempre que éstos puedan ser razonablemente inferidos de los términos utilizados en la decisión*”⁹⁵¹, ante la ausencia de motivos en el laudo, “*el remedio no*

⁹⁴⁸ 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, p. 192.

⁹⁴⁹ *Wena Hotels Ltd. vs. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4. Decision on the Application by the Arab Republic of Egypt for Annulment of the Arbitral Award dated December 8, 2000 in the above matter, 2002.

⁹⁵⁰ *Ibidem*, párraf. 75-76.

⁹⁵¹ *Ibidem*, párraf. 81. “(...) *this goal does not require that each reason be stated expressly. The Tribunal's reasons may be implicit in the considerations and conclusions contained in the award, provided they can be reasonably inferred from the terms used in the decision*”.

*necesariamente consiste en la anulación del laudo*⁹⁵², pudiendo el propio Comité *ad hoc* expresar los motivos si así lo considera, siempre que tenga conocimientos de la disputa.

- El mismo estándar fue implementado también por el Comité *ad hoc* del caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A., Vivendi Universal vs. Argentine Republic*⁹⁵³. Sin embargo, la manera en que se implementó fue distinta, siendo mucho más exigente que en el caso anterior. En el presente caso, a diferencia del caso *Wena Hotels Ltd. vs. Arab Republic of Egypt*, se establece que siempre que las razones expuestas por un tribunal puedan ser comprendidas y se relacionen con las cuestiones tratadas ante el tribunal, resulta indiferente la exactitud de las mismas, “*los motivos pueden manifestarse en forma sucinta o con todo detalle*”⁹⁵⁴, siendo posible la anulación “*en un caso muy manifiesto cuando la falta de expresión de motivos torna la decisión carente de fundamento expreso en un punto particular y ese punto es necesario para la decisión del tribunal*”⁹⁵⁵.

En ambos casos se demuestra las diferencias existentes entre ambos Comités de anulación del CIADI a la hora de interpretar e implementar la misma causal de anulación establecida en su Convención, la falta de expresión de los motivos en que se funda el laudo. Ante dichas diferencias, consideramos más acertado el enfoque desarrollado por el Comité *ad hoc* en el caso *Wena Hotels Ltd. vs. Arab Republic of Egypt*, teniendo en cuenta que reconoce el derecho que tienen las partes de comprender el razonamiento del tribunal, los argumentos en que el mismo se basa para anular o no el laudo, resultando posible cuando el tribunal es capaz de expresar los motivos en que funda el laudo a partir del conocimiento del litigio que resuelve.

IV.4.1.3.1.3 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,

⁹⁵² Ibidem, párraf. 83 “(...) it is in the nature of this ground of annulment that in case the award suffers from a lack of reasons which can be challenged within the meaning and scope of Article 52(1)(e), the remedy need not be the annulment of the award”.

⁹⁵³ Véase, Primera Decisión sobre la anulación, 2002.

⁹⁵⁴ Ibidem, párraf. 64.

⁹⁵⁵ Ibidem, párraf. 65.

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 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 inversionistas 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*⁹⁵⁶, en el que CMS Gas Transmission (Demandado) 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

⁹⁵⁶ *CMS Gas Transmission Company vs. La República Argentina*, Caso CIADI ARB/01/8, Laudo, 2005.

Estados Unidos⁹⁵⁷. CMS Gas Transmission adquirió el 29.42% de las acciones de TGN⁹⁵⁸. A 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 CIADI⁹⁵⁹.

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 moneda⁹⁶⁰. 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 atrevesaba 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*

⁹⁵⁷ *Ibíd*em, 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.

⁹⁵⁸ *Ibíd*em, párraf. 33.

⁹⁵⁹ *Ibíd*em, párraf. 35-37.

⁹⁶⁰ *Ibíd*em, párraf. 36.

*de la paz o seguridad internacional, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad*⁹⁶¹ y la segunda, en el Art. 25 de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado emitidos por la Comisión de Derecho Internacional⁹⁶², especificando que: “el Estado Argentino no sólo 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”⁹⁶³.

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 invocada⁹⁶⁴. Motivo por el cual no reconoce la existencia de un estado de necesidad en la 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, y para el 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*⁹⁶⁵, las empresas norteamericanas LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. (Demandantes) constituídas de conformidad con las leyes del Commonwealth de Kentucky, Estados Unidos de América, alegaron en su solicitud de arbitraje contra la República de Argentina ante el CIADI que ostentaban inversiones

⁹⁶¹ 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.

⁹⁶² International Law Commission, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Adoptado por la Comisión en su 53 sesión en 2001.

⁹⁶³ *CMS Gas Transmission Company vs. La República Argentina*, párraf. 312.

⁹⁶⁴ *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”.

⁹⁶⁵ *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.

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 Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones -incluyendo el propio Art. XI del APPRI, 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 dispuso 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 Demandantes⁹⁶⁶. 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 éstos los motivos fundamentales por los que el Gobierno de Argentina tomó las medidas comentadas por el Demandante.

⁹⁶⁶ *Ibíd.*, Decisión del Tribunal Arbitral sobre Excepciones a la Jurisdicción, 2004, párraf. 2, 4 y 13.

Ahora bien, una vez presentados los argumentos por las partes, el Tribunal consideró que “*para determinar la aplicabilidad 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*”⁹⁶⁷. 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 necesario⁹⁶⁸.

A partir de aquí, el tribunal interpretó que “*el Artículo XI 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 al PPI, fue una manera legítima de proteger su sistema económico y social*”⁹⁶⁹. Aún y 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*”⁹⁷⁰.

⁹⁶⁷ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. vs. República Argentina, cita 1004, *supra*, párraf. 205.

⁹⁶⁸ *Ibidem*, párraf. 206.

⁹⁶⁹ *Ibidem*, párraf. 239.

⁹⁷⁰ *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 de America correspondiente a seis meses, hasta la fecha de la cancelación total de la indemnización prevista en el presente Laudo”⁹⁷¹. La 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 la 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 procedimiento⁹⁷².

- 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 *Sempra Energy International vs. The Argentine Republic*, cuyos hechos se resumen a continuación. Sempra Energy International (Demandante) 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 (Demandada) 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 ésta no se modificarían; y por último, la aplicación del principio de indiferencia en relación con los subsidios públicos⁹⁷³.

⁹⁷¹ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. vs. República Argentina*, cita 1004, *supra*. Laudo, de 25 de julio de 2007, párraf. 115.

⁹⁷² *Ibidem*, Resolución de la secretaria general dejando constancia de la terminación del procedimiento, de fecha 20 de febrero de 2015, párraf. 7.

⁹⁷³ *Sempra 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, aún y cuando 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*”⁹⁷⁴. 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 ésta 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 los requisitos conforme al Art. XI del APPRI se diferencian de los

⁹⁷⁴ *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, de 29 de junio de 2010, párraf. 229.

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 cuatro 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 ésta 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 Comités *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.4.1.3.1.4 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*”⁹⁷⁵. 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 *El Paso Energy International Company vs. la República Argentina*, el Demandante (El Paso Energy International Company) presentó solicitud de arbitraje ante el CIADI por presunta violación de Argentina (Demandada) del APPRI suscrito entre los Estados Unidos de América y la Argentina de 1991, respecto de las inversiones realizadas por la Demandante en la 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 de 2001 ocasionaron un daño de tal magnitud que las inversiones perdieron su valor⁹⁷⁶.

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*

⁹⁷⁵ *El 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.

⁹⁷⁶ *Ibíd.*, Award, 2011.

calificarse como "reclamos de naturaleza jurídica", al ser derechos contractuales que no configuran una "inversión" en virtud del TBI⁹⁷⁷ y, por lo tanto, debía someterse la diferencia 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 sólo 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"⁹⁷⁸. 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"⁹⁷⁹, 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*⁹⁸⁰ 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*⁹⁸¹ para interpretar que sólo 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 soberano, y no de todos los contratos firmados con el Estado o con una de sus entidades"⁹⁸².

⁹⁷⁷ *Ibidem*, Decisión sobre competencia, de 27 de abril de 2006, párraf. 56.

⁹⁷⁸ *Ibidem*, párraf. 47.

⁹⁷⁹ *Ibidem*, párraf. 58.

⁹⁸⁰ *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".

⁹⁸¹ 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 internacional; 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 jurídica separada bajo su propio derecho y es responsable por el cumplimiento de sus propios contratos".

⁹⁸² *El Paso Energy International Company vs. la Republica Argentina*, párraf. 80.

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*”⁹⁸³. Consideración ésta con la que estamos de acuerdo, ya que concidiendo 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*”⁹⁸⁴. 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*⁹⁸⁵, que tuvo por objeto las reclamaciones derivadas de la presunta falta de pago al inversionista por parte de Pakistán (Demandada) 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, éste 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.

No obstante, el Tribunal en el caso que analizamos el *Paso Energy International Company vs. República 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

⁹⁸³ Ídem.

⁹⁸⁴ *EI Paso Energy International Company vs. la República Argentina*, párraf. 82.

⁹⁸⁵ *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 18/02/2019.

anulación del laudo planteada por la República Argentina⁹⁸⁶.

- 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*⁹⁸⁷, el 23 de agosto de 1991 SGS Société Générale de Surveillance SA (Demandante) 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 Filipinas⁹⁸⁸. 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 país⁹⁸⁹.

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 intereses⁹⁹⁰. Después de varios intentos sin éxitos, el reclamante decide iniciar un procedimiento de arbitraje 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

⁹⁸⁶ *El 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, de fecha 22 de setiembre de 2014.

⁹⁸⁷ *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 18/02/2019.

⁹⁸⁸ *Ibidem*, párraf. 1.

⁹⁸⁹ *Ibidem*, párraf. 12.

⁹⁹⁰ *Ibidem*, párraf. 15.

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*”⁹⁹¹.

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 contenida 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 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*

⁹⁹¹ Swiss Confederation-Republic of the Philippines, Agreement on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 31 March 1997 (in force, 23 April 1999).

*obligaciones legales que haya asumido, o que asumirá en el futuro, con respecto a inversiones específicas comprendidas en el TBI*⁹⁹². 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 anteriores⁹⁹³ y que, analizado el texto del preámbulo del APPRI, en éste 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 dos tribunales en los casos analizados, sobre disposiciones similares de un APPRI y ante el mismo Demandante (SGS Société Générale de Surveillance S.A) en un procedimiento arbitral ante el CIADI, 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 inversionistas en virtud de un contrato, sus leyes nacionales o de las propias obligaciones contraídas del Derecho internacional a través el APPRI suscrito.

- Al igual que el tribunal *SGS vs. Philippines*, el tribunal del caso *Noble Ventures Inc. vs. Rumania*⁹⁹⁴ 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

⁹⁹² Ibidem, paragraph.115. (énfasis del autor).

⁹⁹³ *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, párraf. 120.

⁹⁹⁴ *Noble Ventures, Inc. vs. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11. Laudo, de 12 de octubre de 2005.

un contrato se “internacionaliza” al ser asimilado a un incumplimiento del TBI mediante la cláusula paraguas⁹⁹⁵. Para éste 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 inversionista de un recurso legal garantizado a nivel internacional respecto de los contratos de inversión que haya celebrado con el Estado receptor”⁹⁹⁶.

Ahora bien, si para éstos 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 sólo 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 sólo 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 incorporar otros artículos en el TBI⁹⁹⁷, 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 distinta⁹⁹⁸. Las decisiones de los tribunales arbitrales y de los Comités *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

⁹⁹⁵ *Ibidem*, paragraph. 54

⁹⁹⁶ *Ibidem*, paragraph. 52.

⁹⁹⁷ *El Paso Energy International Company vs. la Republica Argentina*, párraf. 76.

⁹⁹⁸ 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.

ciertos perjuicios en el arbitraje internacional⁹⁹⁹, 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, aún 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 Tribunal de Apelación 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, un AII, 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 Comités *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 sólo de calidad en el procedimiento arbitral, sino también una existencia de impredecibilidad en los estándares de anulación en el arbitraje CIADI. Un Tribunal de Apelación 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 Tribunal de Apelación 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 Tribunal de Apelación CIADI puede verse inspirado en el Órgano de Apelaciones de la OMC. El Órgano de Apelación de la OMC ha desarrollado una importante

⁹⁹⁹ LOZADA PIMIENTO, N.E.: El mecanismo de anulación...*op.cit.*..., p. 22.

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 procedimiento¹⁰⁰⁰. 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 coherente¹⁰⁰¹. Consecuentemente, el ejemplo de la OMC puede ser también considerado en el ámbito del CIADI. Obviamente, al basarse el arbitraje de inversiones en un AII 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 lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1980.

No obstante, nada impide que el propio Tribunal de Apelación 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 sólo desde el punto de vista de los APPRI, el Tribunal de Apelación 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 Tribunal de Apelación del CIADI que proponemos debe estar revestido de la máxima autoridad institucional, contar con amplias facultades para la revisión del laudo y que puede

¹⁰⁰⁰ 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.

¹⁰⁰¹ LÓPEZ LINALDI, L.A.: La necesidad de crear un órgano de apelación...*op.cit.*..., p. 50.

establecerse en dos fases, previo a la emisión definitiva del laudo y posterior al mismo. En cuanto a la última de las fases, nos referimos al procedimiento de apelación, en el que el tribunal pueda realizar una revisión completa del laudo¹⁰⁰², a diferencia de lo que establece actualmente la Convención del CIADI, un sistema de anulación con el que resulta imposible poder lograr una jurisprudencia coherente¹⁰⁰³. En relación al procedimiento de revisión del laudo por el Tribunal de Apelación antes de su emisión final, 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 concreta¹⁰⁰⁴, o en su defecto algún razonamiento expuesto por los árbitros que pudiera contradecir algunos de los criterios de interpretación asumidos por el Tribunal de Apelación. 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 rectificación actualmente establecidos en el CIADI¹⁰⁰⁵, 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 Tribunal de Apelación, ya que evitarían dictar un laudo que pueda ser anulado. En este sentido, las decisiones del Tribunal de Apelación tendrán 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 éstos 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 posteriores¹⁰⁰⁶. 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

¹⁰⁰² KAUFMANN-KOHLER, G.: *Annulment of ICSID Awards...op.cit...*, p. 190.

¹⁰⁰³ 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.

¹⁰⁰⁴ 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.

¹⁰⁰⁵ LÓPEZ LINALDI, L.A.: *La necesidad de crear un órgano de apelación...op.cit...*, p. 61.

¹⁰⁰⁶ KWIATKOWSKA, B.: *The Australian and New Zelanda...op.cit...*, p. 261.

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 APPRI 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 Tribunal de Apelación. 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 Partes, ya que los inversionistas no tienen facultad para alterar el Convenio CIADI¹⁰⁰⁷, lo que parece muy difícil de lograr. Sin embargo, teniendo en cuenta que algunos Estados han ido demostrando su voluntad al establecer en sus APPRI la opción de revisión del laudo ante un órgano de apelación -como son los Estados Partes del DR-CAFTA, el APPRI entre Estados Unidos y Uruguay del 2005¹⁰⁰⁸-, consideramos como una opción viable a través de la cual se puede implementar la creación del Tribunal de Apelación del CIADI, sin necesidad de tener que modificar el Convenio, mediante la elaboración de un “Protocolo Adicional”¹⁰⁰⁹ 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 firmantes¹⁰¹⁰, lo que resulta mucho más asequible, contribuyendo así a una mayor consistencia del propio Derecho internacional de las inversiones.

¹⁰⁰⁷ WALSH, T.W.: Substantive Review of ICSID Awards...*op.cit.*..., p. 445.

¹⁰⁰⁸ 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”.

¹⁰⁰⁹ LÓPEZ LINALDI, L.A.: La necesidad de crear un órgano de apelación...*op.cit.*..., p. 62.

¹⁰¹⁰ 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”.

EL actual sistema de anulación del CIADI debe ser modificado si queremos lograr una jurisprudencial arbitral consistente y coherente¹⁰¹¹. Casos como *CMS vs Argentina* analizados antes demuestran que aún 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 principal¹⁰¹², la esencia fundamental del procedimiento arbitral, lo que garantizaría una mayor credibilidad y reforzaría aún más la legitimidad del sistema¹⁰¹³.

El Tribunal de Apelación 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*¹⁰¹⁴ y *Ronald S. Lauder vs. Czech Republic*¹⁰¹⁵, cuyas decisiones demuestran una vez más la necesidad de crear un Tribunal de Apelación. En dichos casos, 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, ésta 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 autores¹⁰¹⁶ consideran que ambos arbitrajes eran idénticos, con la única diferencia en los TBI en que se basan y los Demandantes, aunque entre éstos 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 Tribunal de Apelación, quizás otro

¹⁰¹¹ 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.

¹⁰¹² LAIRD, I., ASKEW, R.: *Finality versus Consistency...op.cit...*, p. 287.

¹⁰¹³ 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 System: The Case for an Appellate System for Investment Arbitration”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6(2), 2015, pp. 328.

¹⁰¹⁴ *CME Czech Republic B.V. vs. The Czech Republic*, UNCITRAL. Final Award, 2003.

¹⁰¹⁵ *Ronald S. Lauder vs. Czech Republic*, UNCITRAL. Final Award, 2001.

¹⁰¹⁶ LAIRD, I., ASKEW, R.: *Finality versus Consistency...op.cit...*, pp. 299-300.

hubiese sido el resultado, o ambas reclamaciones se hubiesen consolidado en un único arbitraje, tal y como sucede en el TLCAN¹⁰¹⁷.

En cuanto a la creación de un Tribunal Internacional de Inversión para lograr una mayor consistencia, coherencia y transparencia de los laudos arbitrales. Centramos 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 APPRI 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 aún en las propuestas presentadas por varias instituciones u organismos internacionales. Ahora bien, ante la existencia de un Tribunal Internacional de Inversiones resulta muy difícil que el Tribunal de Apelación propuesto para el CIADI pueda sobrevivir, teniendo en cuenta que la finalidad con la que se propone actualmente un Tribunal Internacional de inversiones es la de prescindir del arbitraje CIADI.

IV.4.2 La creación de un Tribunal Internacional de arbitraje de inversión.

La creación de un Tribunal de Arbitraje de Inversión o Tribunal Internacional de Inversión, cualquiera de la denominación que adopte, 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 mecanismos 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 cuestión¹⁰¹⁸, el consenso inicial no tiene por qué ser universal. Un tribunal de inversión podría comenzar como una iniciativa multilateral o regional¹⁰¹⁹, 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 Justicia¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁷ Ibidem, p. 300.

¹⁰¹⁸ RODRÍGUEZ VICENTE, M.: “¿Es necesario un tribunal multilateral de inversiones?”, *Boletín Económico de ICE*, 2017, p. 21.

¹⁰¹⁹ GARCÍA-BOLÍVAR, O.E.: La crisis del derecho internacional...*op.cit.*, p. 161.

¹⁰²⁰ 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.

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 Tribunal Internacional de Inversión. 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 inversionista-Estado por un Tribunal Permanente de Inversión en el contexto de las negociaciones del TTIP con los EE.UU.¹⁰²¹. En dichas negociaciones el capítulo de solución de controversias ha generado grandes polémicas en la opinión pública¹⁰²², debido a la presión de la sociedad civil, ONGs, el Parlamento Europeo y hasta algunos Estados miembros, lo que ha provocado que dicho capítulo aún continúe en negociación. Mientras, en el CETA con Canadá y 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 Apelación¹⁰²³, es decir, en éstos 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 laudo¹⁰²⁴.

El Tribunal Internacional de Inversiones 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 Tribunal Internacional de Inversiones, nos dedicaremos, en el presente epígrafe, a analizar la importancia que tiene el Tribunal Internacional de inversiones en la creación del precedente arbitral y la transparencia en los laudos arbitrales, así como el

¹⁰²¹ 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.

¹⁰²² 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.

¹⁰²³ 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.

¹⁰²⁴ CETA, Article 8.28.2; EU-Vietnam FTA, Article 28(2)-(3).

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 se tendrá en cuenta la estructura, composición y funcionamiento general del Tribunal, porque han sido temas tratados en las propuestas realizadas por la propia Comisión Europea y otras iniciativas a nivel internacional.

La creación de un Tribunal Internacional de Inversión 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 arbitrales”¹⁰²⁵. 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 establecidos¹⁰²⁶, dígase la anulación y la apelación. El mecanismo de apelación permite un mayor análisis del procedimiento, ya que estaría enfocado en la integridad del mismo 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 laudo¹⁰²⁷.

¹⁰²⁵ KAUFMANN-KOHLER, G., POTESÀ, 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.

¹⁰²⁶ 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.

¹⁰²⁷ *Ibidem*, p. 24.

Ahora bien, en cuanto al valor del precedente de las resoluciones del Tribunal Internacional de Inversiones, 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 Tribunal Internacional de Inversiones 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. De esta manera, se contrarresta los efectos nocivos de continuar con la existencia de laudos e interpretaciones contradictorias ante hechos o casos similares. La existencia de un Tribunal Internacional de Inversiones 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.

La creación de un Tribunal Internacional de Inversiones y las exigencias de aplicación 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 ésta 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 internacionales¹⁰²⁸. Además, coincidiendo con algunos autores¹⁰²⁹, creemos que el sistema propuesto por la UE para multilateralizar la creación del Tribunal Internacional de Inversión no es del todo adecuada. 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 Tribunal Internacional de Inversiones debe tener obligatoriamente un alcance internacional, para propiciar que pueda ser

¹⁰²⁸ 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.

¹⁰²⁹ LÓPEZ RODRÍGUEZ, A.M.: El Sistema de Tribunales de Inversión...*op.cit.*...p. 45.

asumido fácilmente por los Estados. Al respecto, teniendo en cuenta la transparencia como objetivo principal de nuestra investigación 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 Tribunal Internacional de Inversiones, 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 inversiones¹⁰³⁰, logrando un único Tribunal Internacional de Inversión con amplias competencias para resolver las controversias en materia de inversiones 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”¹⁰³¹ en las reformas del sistema de arbitraje de inversiones.

Otra de las ventajas que se tiene con la adopción del mencionado instrumento es que sólo 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

¹⁰³⁰ KAUFMANN-KOHLER, G., POTESÀ, M.: Can the Mauritius Convention...*op.cit.*...p. 31.

¹⁰³¹ 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*”.

establecerían en la Convención internacional. En este sentido, debemos reconocer que no se lograría una uniformidad absoluta¹⁰³² de todos los TBI, ya que el resto de las cláusulas de ley aplicable, normas sustantivas, continuarían tal y como se han establecido en los diferentes tratados. Sin embargo, inicialmente se lograría una coherencia en la aplicación e interpretación de un mismo acuerdo de solución de controversias por el Tribunal Internacional de Inversiones, incluso aún y cuando 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 “tradicón, continuidad y colegialidad inherentes a los tribunales permanentes”¹⁰³³. Por supuesto, la propuesta de implementación del Tribunal Internacional de Inversiones a través de un 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 inversionista-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 Tribunal Internacional de Inversiones. Por supuesto, siempre que los Estados manifiesten su interés y consentimiento para iniciar una reforma multilateral para dirimir las controversias en el arbitraje inversionista-Estado. Mediante este mecanismo, el Tribunal Internacional de Inversión 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 inversionista-Estado sea mucho más previsible y seguro¹⁰³⁴.

IV. 5 Conclusiones parciales.

PRIMERA: 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.

¹⁰³² 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.

¹⁰³³ KAUFMANN-KOHLER, G., POTESÀ, M.: *Can the Mauritius Convention...op.cit...* pp. 31-32.

¹⁰³⁴ RODRÍGUEZ VICENTE, M.: *Es necesario un tribunal multilateral de inversiones...op.cit...*, p. 25.

Sin embargo, consideramos que el sistema arbitral carece de una 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.

SEGUNDA: 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, favorece a la existencia de críticas constructivas que puedan ser tenidas en cuenta en las fundamentaciones que sustentan los propios laudos arbitrales.

TERCERA: La implementación de un Tribunal de Apelación 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 tribunal permanente 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 Tribunal de Apelación en la búsqueda de una coherencia y consistencia de todos los laudos dictados por los tribunales arbitrales del CIADI se caracterizaría por;

- Ser un órgano permanente, con una composición estable y un número de miembros no muy elevado, para favorecer un mejor intercambio y relación entre ellos en el momento de establecer alguna consulta.
- Un Tribunal de Apelación con amplias competencias facultado para poder realizar una revisión completa del laudo, sin perjuicio de conocer y pronunciarse sobre cuestiones de fondo, que pueda cuestionar tanto las interpretaciones como la aplicación del Derecho que han llevado a cabo los tribunales arbitrales.

- EL Tribunal de Apelación debe tener facultades para poder revisar el laudo antes de hacerse definitivo, siempre que los tribunales arbitrales así lo consideren, creándose un mecanismo de revisión del laudo mucho más efectivo que los establecidos actualmente. De esta manera, los tribunales arbitrales tendrían mucha más seguridad de que el futuro laudo no contradiga cuestiones que han sido ya analizadas e interpretadas por el Tribunal de Apelación, lo que les garantizaría a los árbitros una mayor seguridad de que el laudo no pueda ser apelado por las partes o anulado por el Tribunal de Apelación una vez se haga definitivo. En este sentido, se dejaría sin efectos el actual mecanismo de suplementación y rectificación actualmente establecido por el CIADI, permitiéndose una mayor economía procesal para las partes, e incluso con menos cargas económicas para las mismas.
- La implementación del Tribunal de Apelación del CIADI debe establecer, dentro de su propio mecanismo, plazos razonablemente cortos y específicos que les permitan a las partes una mayor rapidez en la resolución del litigio, incidiendo también en una disminución del costo económico del procedimiento.
- Por último, el Tribunal de Apelación no puede encontrarse despojado de su propio mecanismo de control que permita una evaluación de las funciones que desarrolla y, a su vez, conocer la efectividad del mismo. En este sentido, consideramos que debe tenerse en cuenta dentro de las medidas de control a implementar, entre otras, las siguientes cuestiones: el nombramiento de los árbitros o jueces, según se les denomine, que formarán parte del Tribunal, la forma en que se realizará y el tiempo por el cual ejercerán dicho nombramiento; la especificidad del Reglamento o los Estatutos que regirán las actuaciones del tribunal; el papel que desarrollarían los propios Estados en la observancia del cumplimiento de las funciones del Tribunal de Apelación y la posible existencia de interpretaciones conjuntas de los tratados por sus respectivas partes.

CUARTA: El enfoque adaptado en la Convención de Mauricio puede favorecer a la creación de un instrumento multilateral que favorezca a la implementación de un Tribunal Internacional de Inversión. 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 partes se obliguen a acudir al Tribunal Internacional de Inversiones 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 Tribunal Internacional de Inversión 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.

QUINTA: El Tribunal Internacional de Inversiones supone una importante transformación frente al actual ISDS, 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 Tribunal Internacional de Inversión implicar a la opinión pública, darle participación a la sociedad civil, de esta forma se le concede una mayor legitimidad al sistema.

CONCLUSIONES FINALES

PRIMERA: No existe un concepto de transparencia en el arbitraje internacional. Dicha ausencia conlleva a la existencia de una incoherencia normativa al respecto, por lo que se hace necesaria la existencia de normas o reglas que determinen no sólo si el arbitraje internacional es transparente, sino hasta qué punto y qué forma debe adoptar dicha transparencia. La ausencia de transparencia está socavando la legitimidad y credibilidad del procedimiento.

SEGUNDA: En el contexto del arbitraje internacional, el principio de transparencia debe ser considerado como un elemento definitorio del criterio del trato justo y equitativo, que debe regir las acciones de las partes permitiéndoles cumplir con sus obligaciones.

TERCERA: La existencia de una regulación a nivel internacional sobre la financiación de terceros no solo favorece la creación de un marco armonizador de las normas procedimentales, sino también de las normas éticas -en relación con el conflicto de interés- en la financiación por terceros, lo que permite, a su vez, el establecimiento de estándares mínimos en cuanto a la influencia e interacción del tercero financiador en el procedimiento arbitral, logrando una mayor integridad del procedimiento arbitral con presencia de un tercero financiador.

CUARTA: La financiación por terceros tiene una influencia directa en el procedimiento arbitral, puede ser determinante, en ocasiones, en el aumento de los costos y el prolongado tiempo de duración de los procedimientos arbitrales, cuestiones que pueden favorecer que el acuerdo de financiación, en un futuro no muy lejano, se convierta en un componente catalizador en la transformación de los litigios internacionales, teniendo efectos significativos en las propias políticas sustantivas y regulatorias de los Estados. Todo ello amerita una mayor coordinación y cooperación internacional en la creación de políticas regulatorias que rijan la financiación por terceros en los procedimientos arbitrales en el ámbito de la litigación transnacional.

QUINTA: Ante la crisis de confianza a nivel internacional que afecta al sistema alternativo de resolución de diferencias, se hace imprescindible la existencia de normas o principios éticos que fortalezcan la confianza en el arbitraje. Las normas actuales no son consistentes en cuanto a la regulación de los principios de independencia e imparcialidad y los problemas relacionados con los conflictos de intereses en el arbitraje. Pese a que las reglas existentes permiten la

recusación del árbitro cuando se infringe alguno de los principios mencionados, en muchos casos es impredecible, teniendo un papel trascendental la interpretación del propio tribunal arbitral que decide el caso y la práctica más frecuente a través de la aplicación de fuentes como las Directrices de la IBA. En este sentido, se carece de una aplicación clara y uniforme de los principios de independencia e imparcialidad tanto a nivel nacional como internacional, influyendo, además, la insuficiente publicación y el poco conocimiento de la información relacionada con los conflictos de intereses de los árbitros.

SEXTA: Independientemente de los avances positivos hacia una mayor transparencia, el arbitraje comercial internacional sigue carente de un sistema transparente durante todo el procedimiento. Se hace necesario encontrar un equilibrio entre la confidencialidad y la transparencia. El arbitraje comercial internacional sigue siendo refugio de una mayor privacidad y confidencialidad. La falta de transparencia inherente al procedimiento provoca el cuestionamiento respecto al funcionamiento del sistema arbitral, donde el secretismo de sus actuaciones ha sido la causa fundamental para quienes alegan la existencia de actuaciones injustas en el sistema. La transparencia es el único medio de garantizar que la información del sistema llegue al público, sea conocida.

SÉPTIMA: Existe una ausencia de consenso universal sobre la regulación del deber de confidencialidad en el arbitraje comercial internacional, tanto por normas nacionales o internacionales que regulan el arbitraje internacional como por las propias instituciones arbitrales, lo que genera gran incertidumbre respecto al alcance y existencia del deber de confidencialidad. Por este motivo, consideramos la urgente necesidad de elaboración de una norma internacional, una norma modelo por defecto -surgida tanto de legislaciones nacionales como de instituciones arbitrales, teniendo en cuenta la falta de un principio universal respecto al deber de confidencialidad- para la comunidad arbitral internacional. Una norma uniforme y universalmente aceptada con efectos vinculantes para la comunidad jurídica internacional. Todo ello proveerá una mayor certeza y coherencia del procedimiento, teniendo como objetivo la satisfacción de las partes y el interés público en determinados arbitrajes internacionales. Sin un marco jurídico de confidencialidad internacionalmente aceptado o un consenso general al respecto, parece un tanto equívoco seguir mencionando a la confidencialidad como una de las características principales del arbitraje internacional.

OCTAVA: Independientemente del desarrollo que va teniendo el arbitraje comercial internacional en la búsqueda de una mayor transparencia en el procedimiento, existirá siempre la necesidad de encontrar el delicado y complicado equilibrio entre la confidencialidad y la transparencia, lo que amerita una revisión constante del sistema a la luz de los innegables cambios que forman parte de la naturaleza cambiante del mundo comercial. El equilibrio se justifica también para la búsqueda de un sistema arbitral más proactivo, que tenga en cuenta no solo los cambios normativos o jurisprudenciales al respecto, sino también la compleja práctica del arbitraje comercial internacional.

NOVENA: La regulación de la transparencia en los actuales TBI o TLC se comporta de manera asimétrica a nivel internacional. Aún y cuando existen tratados regionales o subregionales, se ha demostrado la ausencia de normas que regulen la transparencia entre los propios Estados pertenecientes a una misma región. Ejemplo de ellos es los tratados existentes entre los propios Estados Lationamericanos. Que, si bien carecen de normas de transparencias entre ellos, no sucede lo mismo en aquellos TBI firmados con Estados que han tenido mayor tradición en regular la transparencia como norma obligatoria, como pueden ser Canadá, EEUU y muy recientemente la UE.

DÉCIMA: El ISDS no causa enfriamiento regulatorio en los Estados receptores de la inversión. La causa fundamental es la existencia de un cúmulo de TBI que no se corresponden con la realidad, carentes de cláusulas que le permitan a los Estados el derecho a regular cuestiones sustantivas en áreas legítimas y de interés público relacionadas con la inversión, y de las garantías procesales necesarias para el cumplimiento de los derechos tanto de los inversionistas extranjeros respecto a la protección de sus inversiones como de los propios Estados receptores de la inversión respecto a la inclusión y efectiva promoción de las políticas públicas que se llevan a cabo en cuestiones trascendentales, como son el medio ambiente, la salud pública, los recursos naturales y los Derechos Humanos.

DÉCIMO PRIMERA: Las críticas formuladas al sistema de solución de controversias inversionista-Estado, en la gran mayoría no se sustentan en errores o fallas del procedimiento arbitral, sino más bien en el contenido de las obligaciones sustantivas contraídas en los TBI en los que se basa el arbitraje de inversiones, los cuales siempre están sujetos a ser renegociados. La cuestión es sustantiva no del proceso arbitral.

DÉCIMO SEGUNDA: Existe una carencia a nivel internacional de mecanismos a través de los cuales los gobiernos puedan ser capaces de formular, controlar, ejecutar e interpretar, políticas que sean consistentes con las obligaciones del tratado a firmar, o sea, crear las capacidades necesarias para llevar a cabo dichas actividades. Pues eso favorecerá un mejor intercambio de experiencias y prácticas entre los Estados respecto a las políticas de prevención de disputas y de esta forma puede lograrse una disminución de las disputas dentro del sistema de solución de controversias inversionista-Estado.

DÉCIMO TERCERA: Existe una ausencia de definiciones, de normas claras y consistentes en las reglas que rigen las inversiones a nivel internacional, así como la ausencia de un mecanismo unificado, multilateral y transparente para la resolución de disputas de inversiones. Lo que condiciona la existencia frecuente de resoluciones inconsistentes emitidas por los tribunales arbitrales, provocando gran incertidumbre e inestabilidad en las relaciones inversionista-Estado. Creemos que la existencia de una regla coherente, universal y transparente que rijas las inversiones extranjeras beneficiaría tanto a los inversores como a los propios estados y sus ciudadanos.

DÉCIMO CUARTA: Se hace necesario la existencia de un mecanismo a nivel interno de los Estados -creación de una comisión de expertos, de carácter transdisciplinar, integrada no solo por representantes de los Gobiernos, sino también por otros actores de la sociedad civil-, que sirva como filtro de análisis y estudio de los TBI antes de ser firmados. Dicha comisión debe actuar con la máxima prudencia y debe tener, como principal función, la de controlar que en los tratados se establezcan las garantías procesales necesarias para el pleno cumplimiento de los derechos de las partes, inversor-Estado, así como el normal desarrollo e implementación de las políticas públicas gubernamentales en relación con el interés público presente en el arbitraje inversor-Estado.

DÉCIMO QUINTA: La ausencia total de un mecanismo de apelación general en el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado demuestra la carencia de garantías procesales en el procedimiento, influyendo también en la transparencia del mismo. Los tribunales arbitrales en los procedimientos inversionista-Estado, en reiteradas ocasiones, deciden sobre medidas nacionales importantes y sensibles llevadas a cabo por el estado receptor de la inversión, y no existe una posibilidad general, tanto para los Estados como para el propio inversor de presentar un recurso contra tales decisiones. Los procedimientos de anulación en

virtud de las Reglas del CIADI y los de revisión ante los tribunales nacionales en virtud de las Reglas de la CNUDMI no pueden considerarse opciones de apelación eficientes, reales, por los limitados motivos con los que cuentan.

DÉCIMO SEXTA: Existe mucha incoherencia entre las decisiones arbitrales que se emiten por las distintas instituciones arbitrales. La existencia de un mecanismo de apelación bien concebido, en base a cuestiones de derecho y que no permita un dilatado procedimiento ante un órgano determinado, cuyas decisiones sean vinculantes, puede influir en la búsqueda de una mayor coherencia de los laudos y legitimidad del proceso.

BIBLIOGRAFÍA

Libros o Monografías.

ABERCROMBIE BAKER, S., DAVIS, M.D.: *The UNCITRAL arbitration rule in practice, the experience of the Irán-U.S claims tribunal*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1992.

AYLWIN OYARZÚN, J., GÓMEZ MARTÍNEZ, E., VITTOR ARZAPALO, L.: *El TPP y los derechos de los pueblos indígenas en américa latina*, Iwgia, Perú, 2016.

BARONA VILAR, S. (coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, L. (Eds.): *International Investment Law and Sustainable Development Key Cases from 2000-2010*, Winnepeg: International Institute for Sustainable Development, 2011.

BIANCHI, A., PETERS, A (Eds.): *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, 2013.

BORN, G.: *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Segunda Edición, The Netherlands, 2014.

_____ *International commercial arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, Primera Edición, The Netherlands, 2009.

_____ *International commercial arbitration*, Wolters Kluwer, Vol. II, Primera Edición, The Netherlands, 2009.

BOOLIERIS, E.: *Third-Party Funding: the effect of the growing third-party funding industry in international arbitration on New Zealand*, Victoria University of Wellington, 2015.

BROWER, C., BRUESCHKE, J.: *The Iran-United States Claims Tribunal*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1998, p. 169.

BRUNNEE, J., TOOPE, S.J.: *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

CANTUARIAS SALAVERRY, F.: *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima (Ed.), Perú, 2007.

CLEIS, M.N.: *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions*, Brill Nijhoff, Leiden | Boston, Vol. 8, 2017, p. 23.

DE BOISSÉSON, M.: *Le Droit français de l'arbitrage interne et international*, GNL Editions, París, 1990.

DE BOULLE, T.: *Third-Party funding in international commercial arbitration*, Ghent University, 2014.

DEZALAY, Y., GARTH, B.G.: *Dealing in Virtue. International commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*, The University of Chicago Press, 1996.

DOLZER, R., SCHREUER, C.: *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.

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

FACH GÓMEZ, K.: “Los tribunales arbitrales de inversiones internacionales: algunas reflexiones en torno al mecanismo de recusación de sus árbitros”, AA. VV.: *Universidad El Externado*, Colombia, 2019.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Tirant Lo Blanch, España, 2003.

GAILLARD, E., SAVAGE, J.: *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, London, 1999.

HOBÉR, K.: *Selected Writings on Investment Treaty Arbitration*, 1st Ed., Studentlitteratur, Lund, 2013.

JACKSON, R.: *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, TSO Ireland, Ireland, 2009.

JOHNSON, L., BERNASCONI-OSTERWALDER, N.: *New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps*, Columbia University, 2013.

KOIVISTO, I.: *The Anatomy of Transparency: The Concept and its Multifarious Implications*, European University Institute, 2016.

LALIVE, P., POUDRET, J.F., REYMOND, C.: *Le Droit de l'Arbitrage Interne et International en Suisse*, Payot S.A., Lausanne, La Haya, 1989.

LEW, J.D.M, MISTELIS, L.A., KRÖLL, S.M: *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, London, 2003.

MUHLINSKI, P., ORTINO, F., SCHREUER, C.: *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008.

NASR, I.: *Third-Party funding in international arbitration*, University of Carthage, 2015.

NOUSSIA, K.: *Confidentiality in International Commercial Arbitration a Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2010.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G.: *El control judicial sobre el fondo del laudo*, Marcial Pons, 2017.

ORTEU CEBRIÁN, F., ALÍAS GAROZ, M. I.: *Exequátur de laudos arbitrales extranjeros al amparo del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958. Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo*, Bosch, Madrid, 2003.

PAPARINSKIS, M.: *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

PINTO M.: *Derecho Internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004.

ROGERS, C.A.: *Ethics in International Arbitration*, Oxford University Press, 2014.

SANDERS, P.: *Quo vadis arbitration? Sixty years of arbitration practice*, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 1999.

SCHREUER, C.: *The ICISD Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, Second Ed., 2009.

SMEUREANU, I.M.: *Confidentiality in International Commercial Arbitration*. The Netherlands, Kluwer Law International, 2011.

TIETJE CH., BAETENS F.: *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Rotterdam, 2014.

TWEEDDALE, A., TWEEDDALE, K.: *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

VAN HARTEN, G.: *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

VON GOELER, J.: *Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure*, Kluwer Law International, Vol. 35, The Netherlands, 2016.

WAINCYMER, J.: *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2012, p. 644

YESILIRMAK, A.: *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, London, 2005.

Capítulos de Libros.

AFFAKI, G.: “A financing is a financing is a financing...” in CREMADES, B., DIMOLITSA, A. (Eds.), *Dossier X: Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Publishing S.A., Paris, 2013.

ALONSO PUIG, J.M.: “El deber de revelación del árbitro”, en SOTO COAGUILA, C.A (Dir.): *Arbitraje comercial y arbitraje de inversiones. El arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto peruano de arbitraje, Perú, 2008.

ANGELL, J., BRIOSO, A.: “El deber de independencia e imparcialidad de los árbitros en la ley española: evolución y aspectos prácticos”, en SOTO COAGUILA, C.A (Dir.): *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto peruano de arbitraje, Perú, 2008.

ASTERITI, A., TAMS, CH. J.: “Transparency and Representation of the Public Interest in Investment Treaty Arbitration” in Schill, S. (Ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, 2010.

BIANCHI, A.: “On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law” in BIANCHI, A., PETERS, A. (Eds.): *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, 2013.

BROWN, C.: “Introduction: The Development and Importance of the Model Bilateral Investment Treaty”, in BROWN, C. (Ed): *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*. Oxford University Press, Oxford, 2013.

BROWN, CH. “Procedure in Investment Treaty Arbitration and the Relevance of Comparative Public Law” in SCHILL, S. (Ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford 2010, pp. 659–660.

CADALSO PALAU, J.: “Comentario al Artículo 41 de la LA”, en GONZÁLEZ SORIA, J.: *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, 2004.

COE, J., RUBINS, N.: “Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions”, en WEILER, T.: *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May Ltd, Reino Unido, 2005, pp. 557-599.

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.

CREMADES, B.: “Concluding remarks” in CREMADES, B., DIMOLITSA A. (Eds.): *Dossier X: Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Publishing S.A., Paris, 2013.

DE BRABANDERE, E.: “Human Rights Considerations in International Investment Arbitration”, in FITZMAURICE, M., MERKOURIS, P. (Eds): *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights: Legal and Practical Implications*, Queen Mary Studies in International Law, London, 2012.

DE TRAZEGNIES GRANDA, F.: “Artículo 28- Motivos de abstención y de recusación”, en SOTO COAGUILA, C.A., BULLARD GONZÁLEZ, A.: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima, Tomo 1, 2011.

FEBLES POZO, N.: “El arbitraje de inversiones: algunas cuestiones de actualidad en el procedimiento arbitral”, en COBA COBIELLAS, M.E.: *Mediación, Arbitraje y Conciliación. Una puesta al día*, Tirant lo Blanch, 2018. (En prensa).

_____ “Los Derechos humanos vs. el CIADI: el binomio imperfecto, en CARRILLO POZO, L.F., ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., PANADERO DE LA CRUZ, E.C. (Dir): *Los derechos fundamentales en Europa y América*, Conciencia, Cuba, 2018. (En prensa).

FELICIANO, F.: “The 'Ordre Public' Dimensions of Confidentiality and Transparency in International Arbitration: Examining Confidentiality in the Light of Governance Requirements in International Investment and Trade Arbitration” in NAKAGAWA, J. (Ed): *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement*, Routledge, London, 2013.

FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.: “La Transparencia como paradigma del arbitraje de inversiones”, en TANZI, A., ASTERITI, A., POLANCO LAZO, R., TURRINI, P.: *Derecho internacional de las inversiones en América Latina: problemas y perspectivas*, Brill Nijhoff, Netherlands, 2016.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.: “Comentario al artículo 40 de la Ley española de Arbitraje, en AA.VV.: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.

GARAJOVÁ, M.: “Privacy and confidentiality in international commercial arbitration under institutional arbitration rules”, in DRLIČKOVÁ, K., KYSELOVSKÁ, T.: *Cofola International. Resolution of International Disputes (conference proceedings)*, 1st Edition, Masaryk University, Brno, 2017.

GU, W.: “Security for Costs in International Commercial Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, 2005.

HARWOOD, M.K., BATIFORT, S.N., TRAHANAS, CH.: “Third-Party Funding: security for costs and other key issues”, in LEGUM, B. (Ed.): *The Investment Treaty Arbitration Review*, Law Business Research, 1st edition, 2016.

_____ “Third-Party Funding: security for costs and other key issues”, in LEGUM, B. (Ed.): *The Investment Treaty Arbitration Review*, Law Business Research, Second Edition, 2017.

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.

JIJÓN LETORT, R.: “Independencia de los árbitros”, en SOTO COAGUILA, C.A. (Dir.): *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto peruano de arbitraje, Perú, 2008.

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.

LAMM C., HELLBECK E.R.: “Third-party funding in investor-state arbitration”, in CREMADES, B.M., DIMOLITSA, A. (Eds.): *Dossier X: Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Publishing S.A., Paris, 2013.

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.

LEVY, L., BONNAN R.: “Third-party funding: Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings”, in CREMADES B.M., DIMOLITSA A. (Eds.): *Dossier X: Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Publishing S.A., Paris, 2013.

MAUPIN, J.A.: “Transparency in Investment Law: The Good, the Bad and the Murky” in BIANCHI, A., PETERS, A.: (Eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge, 2013.

MORTIMORE, M.: *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*, CEPAL, Santiago de Chile, 2009.

MOURRE, A.: “The Case for the Publication of Arbitral Awards”, in MALATESTA, A., SALI, R. (Ed.): *The Rise of Transparence 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.

NOEMÍ PUCCI, A.: “O Arbitro Na Arbitragem Intenacional Principios Éticos”, en NOEMÍ PUCCI, A.: *Arbitragem Comercial Internacional*, Editora LTR, Sao Paulo, Brasil, 1998.

PETERS, A.: “Towards transparency as a global norm” in BIANCHI, A., PETERS, A. (Eds.): *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, 2013.

PHILIP, A.: “The Duties of an Arbitrator”, in NEWMAN, L.W., HILL, R.D. *The Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration*. Huntington: Juris Publishing Inc., 2008.

PLAGAKIS, S.: “Webcasting” in NAKAGAWA, J. (Ed.): *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement*, London, 2013.

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.

REINISCH, A., KNAHR, CH.: “Conflicts of Interests in International Investment Arbitration”, in PETERS, A., HANDSCHIN, L. (Eds.): *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance*, Cambridge University Press, 2012.

RUBINS, N., LAUTERBURG, B.: “Independence, Impartiality and Duty of Disclosure in Investment Arbitration”, in KNAHR, CH., KOLLER, CH., RECHBERGER, W., REINISCH, A. (Eds.): *Investment and Commercial Arbitration-Similarities and Divergences*, Eleven International Publishing. The Netherlands, 2010.

SCHERER, M.: “Third-party funding in international arbitration: Towards mandatory disclosure of funding agreements?” in CREMADES, B., DIMOLITSA, A. (Eds.): *Dossier X: Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Publishing S.A., Paris, 2013.

SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A., SINCLAIR, A.: *The ICSID Convention: A Commentary*, Segunda Edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

SEIDEL S.: “Third-party investing in international arbitration claims To invest or not to invest? A daunting question”, in CREMADES B.M., DIMOLITSA A (Eds.): *Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Publishing S.A., París, 2013.

SERRADA, J., “Designación de árbitros. Cuestiones que suscitan”, en JIMÉNEZ-BLANCO, G., *Anuario de Arbitraje*, Aranzadi, 2016, p. 202.

SMITH M.: “Mechanics of Third-Party Funding Agreements: A Funder’s Perspective”, in AA.VV.: *Third Party Funding in International Arbitration*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2012.

TEITELBAUM, A.: “Tribunal arbitral internacional”, en HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., GONZÁLEZ, E., RAMIRO, P. (Eds.): *Diccionario crítico de empresas transnacionales*, Icaria, Barcelona, 2012.

TIENHAARA, K.: “Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science”, in BROWN, CH., MILES, K. (Eds.): *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, 2011.

TREVINO, C.: “One of Three ICSID Argentine Bond Arbitrations Collapses Due to Lack of Funding”, *Investment Arbitration Reporter*, 2015.

VAN BOOM, W.H.: “Financing civil litigation by the European insurance industry”, en: TUIL, M., VISSCHER, L. (Ed.): *New trends in financing civil litigation in Europa: a legal, empirical, and economic analysis*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2010.

VAN HARTEN, G.: “Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law”, in SCHILL, S.W (Ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010.

VANDER STICHELE, M., EVENTON R.: “Los tratados bilaterales de inversiones, la inversión extranjera directa y el desarrollo” en AA.VV.: *Por una política europea de inversiones al servicio del interés público Los Acuerdos de Inversiones de la UE en la era del Tratado de Lisboa*, Ámsterdam, 2010.

YANNACA-SMALL, K.: “Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments”, in REINISCH, A. (Ed): *Standards of Investment Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

ZOLEZZI IBÁRCENA, L.: “Ética de los árbitros”, en CASTILLO FREYRE, M.(Dir.): *Tercer congreso internacional de arbitraje 2009*, Palestra Editores, Vol. 12, 2010.

Artículos

AA:VV.: Case notes on third-party funding, *GAR*, Vol. 3, No. 1.

ABBOTT, K.: “Trust but Verify: The Production of Information in Arms Control Treaties and Other International Agreements”, *CILJ*, Vol. 26, No. 1, 1993.

ADELIN, A., PERRIN, L.: “Third-party funding of arbitration in France”, *Squire Sanders International Arbitration News*, 2013.

AJIBO, K.I.: “La confidencialidad en el arbitraje comercial internacional: suposiciones de la obligación implícita y una propuesta de solución”, *RLDCI*, Vol. 3, No. 2, 2015.

ALAM, N.: “Independencia and Imparciality in International Arbitration. An Assessment”, *TDM*, Vol. I, No. 2, 2004.

ALBORNOZ, M.M.: “La tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLVII, No. 139, 2014.

ALLEN LARSON, D.: “Conflicts of Interest and Disclosures: Are we Making a Mountain out of a Molehill?”, *South Texas Law Review*, Vol. 49, 2008.

ALONSO, J.M.: “Transparencia en la designación de árbitros y la prevención de conflictos de intereses”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, No. 29, 2013.

_____ “La independencia e imparcialidad de los árbitros”, *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 2, 2006.

ÁLVAREZ ÁVILA, G.: “Las características del arbitraje del CIADI”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2002.

ÁLVAREZ, H.C.: “Arbitration under the North American Free Trade Agreement”, *AIL*, Vol.16:393, 2000.

AMPUERO MIRANDA, A. A.: “Trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato y expropiación en los acuerdos internacionales de inversión en aspectos jurídicos del desarrollo regional. XXXIV Curso de Derecho Internacional (2007)”, *Organización de Estados Americanos*, 2008.

AMRIANI, N., RIKA FATIMAH, P.L.: “Confidentiality versus Transparency of ICSID Arbitration Award: Sustainability of The Quality Practice for Good’s Governance and Investor to Support Public Accountability”, *Int J. Adv Stu Hum Soci Scie*, Vol. 2, No. 2, 2014.

ANDRÉS ROS, O., SEVILA, E.: “La financiación por terceros en el arbitraje internacional: regulación, ventajas e inconvenientes”, *Andersen Tax & Legal*, 2018.

ANDRIGHI, F.N.: “A ética como pilar de segurança da arbitragem”, *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, No. 53, 1997.

ANKERSMIT, L.: “Achmea: ¿El comienzo del fin de la ISDS en y con Europa?”, *ITN*, No. 1. Tomo 9, 2018.

AZEVEDO, D.B. “Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil”, 2001.

APPELBAUM, B.: “Lawsuit Loans Add New Risk for the Injured”, *The New York Times*, 2011.

ARGEN, R.D.: “Ending Blind Spot Justice: Broadening the Transparency Trend in International Arbitration”, *BROOK. J. INT’L L.*, Vol. 40, 2014.

ARROYO PICARD, A., GHIOTTO, L.: “Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones: un análisis del Tratado con México”, *Relaciones Internacionales*, No. 52, 2017.

ATTRILL, W.: “Ethical issues in litigation funding”, *IMF (Australia)*, 2009.

BAGNER, H.: “Confidentiality: A fundamental principle in international commercial arbitration?” *JIA*, Vol. 18:2.243, 2001.

BALCERZAK, F., HEPBURN, J.: “Publication of Investment Treaty Awards: The Qualified Potential of Domestic Access to Information Laws”, *GroJIL*, Vol. 3, No. 1, 2015.

BARKER, G.R.: “Third Party Funding in Australia and Europe”, *Law and Economics Center*, 2011.

BARROS BOURIE, E., GERMAIN RONCO, A.: “Los conflictos de interés en el arbitraje internacional”, *CAM Santiago de Chile*, 2014.

BARTHOLOMEUSZ, L.: “The Amicus Curiae before International Courts and Tribunals”, *Non-State Actors and International Law*, Vol. 5, 2005.

BASTIN, L.: “Amici Curiae in Investor-State Arbitration: Eight Recent Trends”, *Arbitration International*, Vol. 30, No. 1, 2014.

_____ “The Amicus Curiae in Investor-State Arbitration”, *Camb.J. Int’l & Comp. L.*, Vol. 1, 2012.

BAUER BRONSTRUP, F.: “El amicus curiae en la jurisdicción constitucional española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 108, 2016.

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.

BELLO JANEIRA, D.: “Instrumentos internacionales en materia de arbitraje internacional, conciliación y mediación. El reconocimiento de resultados por parte de los Estados”, *International Workshop on ADR/ODRs*, UOC-Barcelona, 2009.

BENCH NIEUWVELD, L., SHANNON, V.: “Third-Party Funding in International Arbitration”, *Kluwer Law International*, 2012.

BENTOLILA, D.: “Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2012.

BERGER, B.: “Arbitration Practice: Security for Costs: Trends and Developments in Swiss Arbitral Case Law”, *ASA Bulletin*, Vol. 28, No. 1, 2010.

BERNASCONI-OSTERWALDER, N.: “Repensando la Solución de Controversias Relativas a Inversión”, *Investment Treaty News*, No. 2, Tomo 6, 2015.

BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, L.: *Transparency in the dispute settlement process: Country best practices* (IISD & CIEL), 2011.

BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, L., MARSHALL, F.: “Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the dual role of arbitrator and counsel”, *IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators*, Background Papers, 2010.

BERT, I.H., “Litigation Finance: What Do Judges Need to Know?”, *Colum. J.L. & Soc. Probs*, Vol. 45, 2012.

BERGER, K.P.: “International Arbitration Practice and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, *AM. J. COMP. L.*, Vol. 46, 1998.

BERTRAND, E.: “The Brave New World of Arbitration: Third-Party Funding”, *ASA Bulletin*, Vol. 3, 2011.

BETHENCOURT-RODRÍGUEZ, G., AGULLÓ-AGULLÓ, D.: “Reconocimiento y ejecución internacional de los laudos arbitrales anulados: Un análisis crítico”, *RJUAM*, No. 34, 2016-II.

BHATA, T.H.: “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Civil and Commercial Matters in Ethiopia”, *Mizan Law. Review*, Vol. 5, No. 1, 2011.

BHATIA, V., CANDLIN, CH., SHARMA, R.: “Confidentiality and Integrity in International Commercial Arbitration Practice”, *Arbitration*, Vol. 75, No. 1, 2009.

BISHOP, D., REED, L.: “Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration”, *Arb. Int’l*, Vol. 14, No. 4, 1998.

BLACKABY, N.: “El Arbitraje según los Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio en América Latina”, *RIA*, 2004.

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.

BOGART, C.P.: “Third-Party Financing of International Arbitration”, *The Arbitration Review of the Americas*, 2017.

_____ Third Party Funding in Action: *Alemanni v Argentina*, 2015.

BOISSON DE CHAZOURNES, L., BARUTI, R.: “Transparency in Investor-State Arbitration: An Incremental Approach”. *Bahrain Chamber for Dispute Resolution International Arbitration Review*, Vol. 2, No. 1, 2015.

BOTTINI, G.: “Should Arbitrators live on Mars? Challenge of Arbitrators in Investment Arbitration”, *Suffolk Transnat’l L. Rev.*, Vol. 32, 2008.

_____ “Reform of the Investor-State Arbitration Regime: The Appeal Proposal”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 11(1), 2014.

BOYARSKY, S.: “Transparency in Investor-State Arbitration”, *DRM*, 2015.

BRANDEIS, L y SÁNCHEZ BRAVO, G.: “Amicus Curiae, la transparencia y la irrupción de la sociedad civil en el arbitraje de inversiones”, *Lima Arbitration*, No. 5, 2012/2013.

BRANSON, D.J.: “American Party-Appointed Arbitrators –Not the Three Monkeys”, *University of Dayton L. Rev.*, Vol. 30, No. 1, 2004.

BRENOWITZ, S.: “Deadly Secrecy: “The Erosion of public information under private justice”, *Ohio Student Journal on Dispute Resolution*, No. 19, 2004.

BROWN, A.C.: “Presumption meets reality: an exploration of the confidentiality obligation in international commercial arbitration”, *Am U Int’l L Rev*, Vol.16, 2001.

BRUNET, A., LENTINI, J.: “Arbitration of International Oil, Gas and Energy Disputes in Latin America”, *NJILB*, 2007.

BUCKLEY, R. P., BLYSCHAK, P.: “Guarding the Open Door: Non-party Participation Before The International Centre for Settlement of Investment Disputes”, *BFLR*, Vol. 22, 2007.

BURKE ROBERTSON, C.:” The Impact of Third-Party Financing on Transnational Litigation”, *CWRJIL*, Vol. 44.

BUYS, C.G.: “The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration”, *AILR*, Vol.14:121, 2003.

CABRERA DÍAZ, F.: “Bolivia Expounds on Reasons for Withdrawing from ICSID Arbitration System”, *ITN*, 2007.

CADDEL, J., JENSEN, N.: “Which Host Country Government Actors Are Most Involved in Disputes with Foreign Investors?”, *Columbia FDI Perspectives: Perspectives on topical*

foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, No. 120, 2014.

CAIVANO, R.: “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”, *Lima Arbitration*, No. 4, 2010/2011.

CALADO, D., JÚDICE, J.M.: “Independencia e imparcialidad del árbitro algunos aspectos polémicos, mediante una visión ibérica”, *Arbitraje. Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2015, pp.750-751.

CALAMITA, J.N.: “Dispute Settlement Transparency in Europe's Evolving Investment Treaty Policy”, *JWIT*, No. 15, Vol. 3-4, 2014.

CARBAJAL VALENZUELA, CH. A.: “Regulación del arbitraje entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión en los Tratados de Libre Comercio e Inversión en América Latina: el caso del TLC entre Perú y Estados Unidos de Norteamérica”, *RFDUSP*, Vol. 102, 2007.

CARLEVARIS, A.: “Global Development: The 1998 ICC Rules and Some Recent Trends in International Commercial Arbitration”, *Croatian Arbitration Yearbook*, 2002.

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.

CARON, D.D.: “Light and Dark in International Arbitration: The Virtues, Risks and Limits of Transparency”, *The 9th Kaplan Lecture Presented at the Hong Kong Club*, Hong Kong, 2010.

_____ “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.

CASADO FILHO, N.: “O Financiamento de Arbitragens por terceiros”, *Direito Internacional em Análise*, Vol. 4, 2015.

CHAN, E.: “Funding International Arbitration”, *NZLJ*, 2014.

CHÁVEZ BARDALES, E.: Nuevas perspectivas sobre la privacidad y confidencialidad en el arbitraje comercial internacional, *Lima Arbitration*, No. 3, 2008/2009.

CHENG, T.H.: “Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 30, No. 4, 2006.

CHOUDHURY, B. “Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration’s Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?”, *VJTL*, Vol. 41:775, 2008.

CHRISTINA, K., AUGUST, R.; “Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration – The Biwater Gauff Compromise”, *Law & Prac. Int’L cts and Tribunals* Vol.6: 97, 2007.

CIANCIO, N.: “The Implications of Recent ICSID Arbitrator Disqualifications for Latin America”, *Yearbook on Arbitration and Mediation*, Vol. 6, 2014.

CITING MULHERON, R., CASHMAN, P.: “Third Party Funding- A Changing Landscape”. *Civil Justice Quarterly*, No. 3, 2008.

COMMISSION, J.P.: “Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence”, *JIA*, Vol. 24, 2007.

CORDÓN MORENO, F.: “Notas sobre la imparcialidad de los árbitros en la ley española”, *Revista Peruana de Arbitraje*, No.7, 2008, p. 161.

CREMADES, B.M., CORTÉS, R.: “The Principle of Confidentiality in Arbitration: A Necessary Crisis”, *J.ARB.STUD*, Vol. 23, 2013.

CREMADES, B.M.: “Third party funding in international arbitration”, *B. Cremades y Asociados*, 2011.

_____ “El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española”, *Lima Arbitration*, No. 1, 2006.

_____ “Arbitration between State and investors: some jurisdiction issue”, *Business Law International*, 2001.

_____ “Nuevo Código ético para los árbitros internacionales”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. IV, 1987.

CREMADES Jr, B.M.: “Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration”, *TDM*, Vol. 8, No.1, 2011.

DAELE, K.: *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012.

DARWAZEH, N., LELEU, A.: “Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 33 No. 2, 2016, pp. 125-150.

DE BRABANDERE, E., LEPELTAK, J.: “Third Party Funding in International Investment Arbitration”, *Grotius Centre for International Legal Studies*, No.1, 2012, p.3.

DE BRABANDERE, E.: “NGOs and the ‘Public Interest’: The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment Disputes”, *CHJIL*, Vol. 12, 2011.

FRY, J. D., STAMPALIJA, J.I.: “Forged Independence and Impartiality: Conflicts of Interest of International Arbitrators in Investment Disputes”, *Arbitration International*, Vol. 30, 2014.

DE LY, F., FRIEDMAN, M., RADICATI DI BROZOLO, L. (Eds.): “International Law Association International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on 'Confidentiality in International Commercial Arbitration’”, *ILA*, 2012.

DE MORPURGO, M.: “A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding”, *CJICL*, Vol. 19, 2011.

DE MOT, J., FAURE, M.G., VISSCHER. L.: “TPF and Its Alternatives: An Economic Appraisal.” in *Research Conference on Third Party Funding of Litigation*, Leiden Law School, 2016.

DE LA JARA PLAZA, J.M., OLÓRTEGUI HUAMÁN, J.: “La contaminación de la confianza. Los árbitros tóxicos y la deliberación arbitral en Latinoamérica”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016.

DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, P.: “Árbitros, ética y administración de justicia”, *Arbitraje PUCP*, 2014.

DERAINS Y.: “Foreword” en CREMADES B.M., DIMOLITSA A (Eds.): *Dossier X: Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Publishing S.A., Paris, 2013.

DE SAINT MARC DENOIX, V.: “Confidentiality of arbitration and the obligation to disclose information on listed companies or during due diligence investigations”. *JIA*, Vo. 20, No. 2, 2003.

DESSEMONTET, F.: “Arbitration and confidentiality”, *ARIA*, No. 7, 1996, p. 318.

DESTEFANO, M.: “Nonlawyers Influencing Lawyers: Too Many Cooks in the Kitchen or Stone Soup?”, *Fordham L. Rev.*, Vol. 80, 2012.

DE TRAZEGNIES GRANDA, F.: “Conflictuando el conflicto. Los conflictos de interés en el arbitraje”, *Lima Arbitration*, No. 1, 2006.

DOS SANTOS, C.: “Third-party funding in international commercial arbitration: a wolf in sheep’s clothing?”, *ASA Bulletin*, Vol. 35, No. 4, 2017.

DOUGLAS, Z.: “The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration”, *BYBIL*, No. 74, 2004.

DUSSAN LAVERDE, S.: “Analysis of the Principle of Transparency with Special Reference to Its Implications for the Procedure of International Investment Arbitration”, *Criterio Jurídico*, Vol. 11, No. 1, 2011.

EBERHARDT, P., OLIVET, C.: “Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom” *Corporate Europe Observatory*, 2012.

ESCOBAR-MARTÍNEZ, L.M.: “La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro”, *International law, Revista colombiana de Derecho Internacional*, No. 15, 2009.

ELJURI, E., ALVINS, R.J., MATA, G.A.: “Venezuela Denounces the ICSID Convention”, 2012.

ESTÉVEZ SANZ, M., MUÑOZ ROJO, R.: “La independencia e imparcialidad del árbitro: una visión práctica comparada”, *Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana*, 2017.

FACH GÓMEZ, K.: “La política de la Unión Europea en materia de inversiones internacionales y sus efectos sobre los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado”, *REDI*, Vol. 69 (1), 2017.

_____ “Rethinking the role of amicus curiae in international investment arbitration: how to draw the line favorably for the public interest”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 35, 2012.

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.

_____ “International Arbitration and Transparency”, *Peking University School of Transnational Law Research Paper*, No. 16-12, 2016.

FELICIANO, F.P.: “The Ordre Public Dimensions of Confidentiality and Transparency in International Arbitration: Examining Confidentiality in the Light of Governance Requirements in International Investment and Trade Arbitration”, *PHIL.L.J.* Vol. 87, No. 1, 2012.

FERNÁNDEZ-ARMESTO, J.: “La lucha contra la corrupción desde el arbitraje”, *VII Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje*, 2018.

_____ “Salient Issues of International Arbitration”, *AM.U. INT’L L. R.*, Vol. 27, 2012.

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.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “La financiación por terceros en el arbitraje internacional”, *CDT*, Vol. 8, No. 2, 2016.

_____ “La incorporación de los “ADR” al sistema de resolución de controversias sobre inversiones extranjeras”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 3, No. 5, 2015.

_____ “Primeras aplicaciones de las nuevas reglas de arbitraje del CIADI sobre transparencia y participación de terceros en el procedimiento arbitral”, *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 4, 2007.

_____ “Presente y futuro de la acumulacion de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras”, *REEI*, Vol. 11, 2006, p. 3.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión”, *Arbitraje*, Vol. VI, No. 3, 2013.

_____ “Contenido ético del oficio de árbitro”, *Congreso de Arbitraje de La Habana*, 2010.

_____ “Jurisprudencia extranjera Alcance del deber de revelación del árbitro (Sentencia de la Cour d’appel de París, de 12 de febrero de 2009)”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2010.

_____ “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, *RACI*, Vol. II, No. 2, 2009.

FERREIRA LEMES, S.M.: “Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado”, *Revista de la Corte Espanhola de Arbitraje*, Vol. VII, 1991.

FIERRO VALLE, E.J.: “Conflicto de intereses en el arbitraje internacional: el fenómeno del Double-Hatting”, *Arbitraje PUCP*, 2014.

_____ “Conflicto objetivo de intereses en el arbitraje internacional: El fenómeno del “double-hatting”, *Universidad San Francisco de Quito*, 2013.

FIGUEROA VALDES, J.E.: “La etica en el arbitraje internacional”, *XXXIX Conferencia de la Inter-American Bar Association*, New Orleans, 2003.

FLAKE, C.R.: Third Party funding in domestic arbitration: champerty or social utility? *DRJ*, Vol. 70, No. 2.

FLÉCHET C.: “Summary report of the first session held”, *RDAl/IBLJ*, No. 2, p. 209, 2012.

FORTÚN, A., ÁLVAREZ-GARCILLÁN, G.: “La impugnación de los laudos arbitrales”, *Cuatrecasas, Gonçalves Pereira*, 2013.

FRANCK, S.D.: “Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law”, *MGBDLJ*, Vol. 19, 2007.

_____ “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions”, *Fordham LR*, Vol. 73, 2005.

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.

FRISCHKNECHT, A., SCHMIDT, V.: “Privilege and Confidentiality in Third Party Funder Due Diligence: The Positions in the United States and Switzerland and the Resulting Expectations Gap in International Arbitration”, *TDM*, Vol. 8, No.4, 2011.

FRY, J.D., REPOUSIS, O.G.: “Intertemporality and International Investment Arbitration: Protecting the Jurisdiction of Established Tribunals”, *AIL*, Vol. 31, 2015.

_____ “Towards a new World for investor-state arbitration through transparency”, *New York University journal of international law and politics*, Vol. 48, No. 795, 2006.

GAILLARD, E., DE LAPASSE, P.: “Le nouveau droit français de l’arbitrage interne et international”, *Recueil Dalloz*, 2011.

_____ “Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage”, 2012.

GALAGAN, D., ŽIVKOVIĆ, P.: “If they finance your claim, will they pay me if i win: implications of third party funding on adverse costs awards in international arbitration”, *European Scientific Journal*, 2015.

GALINDO CARDONA, A.: “El consentimiento en el arbitraje internacional en materia de inversiones”, *Iuris Dictio*, Año VII, No. 11, 2007.

GARBER, S.: “Alternative Litigation Financing in the United States”, *Occasional Paper*, 2010.

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.

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.

GASCÓN INCHAUSTI, F.: “La notificación del laudo arbitral como requisito para su ejecución forzosa”, *Revista de Arbitraje comercial y de Inversiones*, No. 1, Vol. I, 2008.

GERTZ, G.: “Renegotiating NAFTA: Options for Investment Protection”, *Global Economy and Development*, No.7, 2017.

GIORGETTI, C.: “Caratube v. Kazakhstan: For the First Time Two ICSID Arbitrators Uphold Disqualification of Third Arbitrator”, *ASIL Insights*, Vol. 18, No. 22, 2014.

GIOVANNUCCI ORLANDI, C.: “Ethics for International Arbitrators”, *University of Missouri-Kansas City L. Rev.*, Vol. 67, 1998.

GOLDSCHMIDT W.: “Conducta y Norma, La Imparcialidad como principio básico del proceso”, *Revista Justicia y Verdad*, 1978.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, F.: “Imparcialidad”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, No. 17, 2013.

_____ “Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2002.

GLICKMAN, D.R.: “Embracing third-party litigation finance”, *FSULR*, Vol. 43, 2016.

GRIFFITH DAWSON, F.: “The Influence of Andrés Bello on Latin-American perceptions of the non-intervention and State Responsibility”, *BYIL*, Vol. 57, 1986.

GRIGERA NAÓN, H.: “Factors to Consider in Choosing an Efficient Arbitrator”, *ICCA Congress Series*. No. 9, 1999.

GRISEL, F., VINUALES, J.: “L' Amicus Curiae dans l'arbitrage d' investissement”, *ICSID Rev*, Vol. 23, 2007.

GUAIA, C.I.: “Facultades implícitas del tribunal arbitral en cuestiones éticas”. *Arbitrajes PUCP*, No. 6, 2016.

HAUGENEDER, F.: “Securing Confidentiality in International Commercial Arbitration”, *TDM*, Vol. 9, 2012.

HENCKELS, C.: “Public-Private Arbitration in Australia: Public Law Concerns, Private Law Responses”, 2017.

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

HILF, M.: “Power, Rules and Principles—Which Orientation for WTO/GATT Law?”, *JIEL*, Vol. 4, No. 111, 2001.

HODGES, CH., PEYSNER, J., NURSE A.: “Litigation Funding: Status and Issues”, *Oxford Legal Studies Research Paper*, No. 55, 2012.

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.

HOFFMANN, A.K.: “Duty of Disclosure and Challenge of Arbitrators: The Standard Applicable under the New IBA Guidelines on Conflicts of Interests and the German Approach”, *Arb. Int'l.*, Vol. 21, No. 3, 2005.

HONLET, J.C.: Recent decisions on third-party funding in investment arbitration”, *ICSID Review*, 2015.

ÍSCAR DE HOYOS, J. “El arbitraje institucional”, *RJCL*, No. 29, 2013.

ISHIKAWA T.: “Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration”, *ICLQ*, Vol. 59, No 2, 2010.

JANSEN CALAMITA, N.; “Dispute Settlement Transparency in Europe’s Evolving Investment Treaty Policy”, *J. World Inv. & Trade*, Vol.15:645, 2014.

JARRASSON, CH., PELLERIN, J.: “Le droit français de l’arbitrage après le décret du 13 janvier 2011”, *Rev. Arb*, 2011.

JANSEN CALAMITA, N., ZELAZNA, E.: “The Changing Landscape of Transparency in Investor-State Arbitration. The UNCITRAL Transparency Rules and Mauritius Convention”, in AA.VV.: *Austrian Yearbook on International*, 2016.

JIJÓN LETORT, R.: “La Independencia e Imparcialidad de los Árbitros”, *Revista del colegio de Jurisprudencia de Quito*, Año VII, No. 11, 2007.

JIMÉNEZ BLANCO, G.: “La independencia e imparcialidad del árbitro: algunos aspectos polémicos, mediante una visión ibérica”, *RACI*, Vol. VIII, No. 3, 2015.

JOHNSTON, M.: “Good Governance: Rule of Law, Transparency, and Accountability”, *Colgate University*, 2018.

JULIE LEE, B.: “UNCITRAL’s Unclear Transparency Instrument: Fashioning the Form and Application of a Legal Standard Ensuring Greater Disclosure in Investor-State Arbitrations” *NJILB*, Vol. 33, 2013.

KALDERMIS, D., GIBBS, P.: “Third-party funding in international arbitration – lessons from litigation?”, *Kluwer Arbitration*, 2014.

KALICKI, J.E.: “Third-Party Funding in Arbitration: Innovations and Limits in Self-Regulation” *Kluwer Arb*, Part 2, 2012.

KANTOR, M.: “Third-Party Funding in International Arbitration: An Essay About New Developments”, *ICSID Rev.* Vol. 24, No. 1, 2009.

KARTON, J.D.H.: “Reform of Investor-State Dispute Settlement: Lessons from International Uniform Law”, *Queen’s University Faculty of Law*, 2015.

KASTER, L.A.: “Confidentiality in U.S. Arbitration”, *NYDRL*, Vol. 5, No. 1, 2012.

KATRANSTIOTIS, D.: “Transparency in International Investment Arbitration: From the Current towards the Future Normative Framework”, *International Hellenic University*, 2014.

KAUFMANN-KOHLER, G., POTESÀ, 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.: *Interpretive Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law*, 2011.

KHOURI, S., HURFORD, K.: “Third party funding for international arbitration claims: practical tips”, *Practical Law Company Arbitration*, 2015.

KHOURI, S., HURFORD, K., BOWMAN, C.: “Third party funding in international commercial and treaty arbitration - a panacea or a plague? A discussion of the risks and benefits of third party funding”, *TDM*, Vol. 8, No.4, 2011.

KIDD, J.: “To Fund or Not to Fund: The Need for Second-Best Solutions to the Litigation Finance Dilemma”, *JLEP*, Vol. 8, 2012.

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.

KINNEAR, M.N: “Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement”, *Symposium Co-Organised by ICSID, OECD and UNCTAD*, París, 2005.

KINNEAR, M.N.: “Artículo 1128 - Participación de una Parte en las disputas de inversión en virtud del TLCAN”, en Guía comentada del TLCAN Capítulo 11, Suplemento No. 1, *Kluwer Law International*, 2006.

KIRTLEY, W., WIETRZYKOWSKI, K.: “Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding?”, *J. Int. Arb*, Vol. 30, No. 1, 2013.

KNAHR, Ch., REINISCH, A.: “Transparency versus confidentiality in International Investment Arbitration”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 6, 2007.

KUNDMULLER CAMINITI, F.: “El Arbitraje y los Tratados de Libre Comercio”. *RPA*, No.1, 2005.

KWIATKOWSKA, B.: “The Australian and New Zelanda vs. Japan Southern Bluefin Tuna Jurisdiction and Admissibility Award of the First Law of the Sea Convention Annex VII Arbitral Tribunal”, *IJMCL*, Vol. 16:3.293, 2001.

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.

LAMB, S., HARRISON, D., HEW, J.: “Recent developments in the law and practice of amicus briefs in investorstate arbitration”, *Indian Journal of Arbitration Law*, Vol. 5, No. 2, 2017.

LEGG M.: “Litigation Funding in Australia: Identifying and Addressing Conflicts of Interest for Lawyers”, *Chamber Institute for Legal Reform*, 2012.

LEMOS, L. B., CAMPELLO, D. “The Nonratification of bilateral invest- ment treaties in Brazil: A story of conflict in a land of cooperation”, 2013.

LEVINE, E.: “Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation”, *BJIL*, No. 29, 2011.

LEW, J.: “Expert Report in Esso/BHP vs. Plowman”, *Arbitration International*, Vol. 11:3.283, 1995.

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.

LYON, J.: “Revolution in Progress: Third-Party Funding of American Litigation”, *UCLA Law Review*, Vol. 58, 2010.

MAGRAW, D., AMERASINGHE, N. M.: “Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration”, *JICL*, Vol.15, 2009.

MALMSTEN, J.: “Informal Reliance on Previously Rendered Awards. An Efficient Means to Promote Consistency on the MFN Question?”, *UPPSALA Universitet*, 2013.

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.

MANIRUZZAMAN, M.: “Third-party funding in international arbitration – A menace or panacea?”, *Kluwer Arbitration*, No. 29, 2012.

MANN, H.: “Reconceptualizing international investment law: Its role in sustainable development”, *LCLR*, Vol. 17, No. 2.

MANZANARES BASTIDA, B.: “The independence and impartiality of arbitrators in international commercial arbitration”, *Revist@ e-Mercatoria*, Vol. 6, No.1, 2007.

MARKERT, L.: “Challenging Arbitrators in Investment Arbitration: The Challenging Search for Relevant Standards and Ethical Guidelines”, *Contemp. Asia Arb. J.*, Vol 3(2), 2010.

MARSHALL, F., MANN, H.: “Good Governance and the Rule of Law: Express Rules for investor-state Arbitrations Required”, *International Institute for Sustainable Development Submissions*, 2006.

MARTIN, S.: “The Litigation Financing Industry: The Wild West of Finance Should Be Tamed Not Outlawed”, *FJCFL*, Vol. 10, 2004.

MAUPIN, J.A.: “Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad, and the Murky”, 2003.

MCLAUGHLIN, J.H.: “Litigation Funding: Charting a Legal and Ethical Course”, *VLR*, Vol. 31, 2007.

MERIAM N., ALRASHID, J. W., LAIRD, J.: “Impact of Third Party Funding on Privilege in Litigation and International Arbitration”, *DRIL*, Vol. 6, 2012.

MERINO MERCHÁN, J.F.: “Confidencialidad y arbitraje”, *SAR*, No.2, 2008.

MICKELSON LOUS, C.: “Hush! Let’s arbitrate – Discourse and Practice on the Question of Confidentiality in International Commercial Arbitration”, *Tidsskrift for Forretningsjus*, Vol. 3, 2012.

MILES, C., ZAGATA VASANI, S.: “Case Notes on Third-Party Funding”, *GAR*, Vol. 3, No. 1, 2008.

MITCHARD, P.: “Ethics in European Arbitration”, *The European & Middle Eastern Arbitration Review*, 2009.

MOLOT, J.T.: “Litigation Finance: A Market Solution to a Procedural Problem”, *GLJ*, Vol. 99, 2010.

MOSES, M.: “Reasoned Decisions in Arbitrator Challenges”, *Univ.of Chi. Sch. of L., Pub.L. & Legal Theory Research Paper*, No. 2012-011.

MULLERAT BALMAÑA, R.: “Ethical Rules for Arbitrators”, *Anuario de Justicia Alternativa*, No. 6, 2005.

NAVARRO, S.: “Cuestiones relativas al third party funding en arbitraje”, *ARACI*, Vol.VII, No. 2, 2014.

NG, J.F.: “The Role of the Doctrines of Champerty and Maintenance in Arbitration”, *Arbitration*. Vol. 76, 2010.

NGANGJOH-HODU, Y., AJIBO, C.C.: “ICSID Annulment Procedure and the WTO Appellate System: The Case for an Appellate System for Investment Arbitration”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6(2), 2015.

NYEGAARD MOLLESTAD, C.: See No Evil? Procedural Transparency in International Investment Law and Dispute Settlement, *PluriCourts Research Paper*, No. 14-20, 2014.

ODYSSEUS, G.R.; “Towards a New World for Investor-State Arbitration through Transparency”, *N.Y.U. J. Int’L. L.*, Vol.48:795, 2015.

OGLINDĂ, B.: “The Principle of Confidentiality in Arbitration: Application and Limitations of the Principle”, *PERSPS. OF BUS. L. J.*, Vol. 4, No. 1, 2015.

OLAYA, J.: “Good Governance and International Investment Law: The Challenges of Lack of Transparency and Corruption”, Second Biennial Global Conference, Barcelona, Society of International Economic Law, Online Proceedings Working Paper No. 2010/43, 2010.

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.

ORTINO, F.: “External Transparency of Investment Awards”, *Inaugural Conference of the Society for International Economic Law (SIEL): New Horizons of International Economic Law*, Geneva, 2008.

PARK, W.W., ROGERS, C.R.: “Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force”, 2014.

PARK, W.W.: “Arbitrators and Accuracy”, *J. Int’l Disp.Settl.*, Vol. I, No.1, 2010.

_____ : “Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent”, *San Diego L. REV.*, Vol. 46, 2009.

PASCUAL VIVES, F.J.: “La institución del amicus curiae y el arbitraje de inversiones”, *Anuario español de derecho internacional*, Vol. 27, 2011.

_____ “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.

PAULSSON, J.: “Arbitration without Privity”, *CIADI*, 10: 232, 1995.

PEDROSO, S.: “Independence and impartiality: third-party funding in international investment arbitration”, *Leiden University Law School*, 2017.

PÉREZ PACHECO, Y.: “Consentimiento estatal al arbitraje del CIADI”, *Lecciones y Ensayos*, No. 91, 2013.

PETERSMANN, E.U.: “Justice as Conflict Resolution: Proliferation, Fragmentation, and Decentralization of Dispute Settlement in International Trade”, *U.PA. J. INT’L ECON. L.*, Vol. 27, 2006.

PETERSON, L.: “Amicus Curiae Interventions: The Tail That Wags the Transparency Dog”, *Kluwer Arb. Blog*, 2010.

PETROCHILOS, G.: “Interim Measures under the Revised UNCITRAL Arbitration Rules”, *ASA Bulletin*, Vol. 28, No. 4.

POLANCO LAZO, R.: “El capítulo de inversiones en el acuerdo de asociación transpacífico. ¿Una posibilidad de cambio y convergencia?”, 2016.

_____ “Is There a Life for Latin American Countries After Denouncing the ICSID Convention?” *TDM*, Vol. 11, No. 1, 2014.

_____ “Transparencia y Derechos de terceros en arbitrajes internacionales sobre inversión extranjera”, *Revista de Derecho Económico*, Año XLII, No. 75, 2010.

POOROOYE, A., FEEHILY, R.: “Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance”, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 22, 2017, p. 282.

POSNER, E.A., YOO, J.C.: “Judicial Independence in International Tribunals”, *California Law. Rev.* Vol. 93, No. 1, 2005.

RÁBAGO DORBECKER, M.: “El sistema híbrido de arbitraje en materia de inversiones: ¿más público que privado? Implicaciones de transparencia, acceso a la información, corrupción y rendición de cuentas en el arbitraje en materia de inversiones”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 2015.

RANDAZZO, S.: “Third Party Funding of Lawsuits Gains Ground but Raises Eyebrows”, *Daily J.*, 2010.

REMÓN PEÑALVER, J.: “La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público”, *Spain arbitration review: revista del Club Español del Arbitraje*, No. 1, 2008.

REQUENA CASANOVA, M.: “La solución de controversias en los modelos de appri: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, No. 24, 2012.

REUBEN, R.C.: “Constitutional Gravity: A Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice”, *UCLA L. REV.*, Vol. 47, 2000.

RICHMOND, D.R., “Other People's Money: The Ethics of Litigation Funding,” *Mercer Law Review*, Vol. 56, No. 2, 2005.

ROBERTS, A.: “Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States”, *AJIL*, Vol. 104, 2010.

RODAK, M.: “It’s about Time: A System Thinking Analysis of the Litigation Finance Industry and Its Effect on Settlement”, *UPLR*, 2006.

RODRÍGUEZ VICENTE, M.: “¿Es necesario un tribunal multilateral de inversiones?”, *Boletín Económico de ICE*, 2017.

ROGERS, C.A.: “Gamblers, Loan Sharks & Third-Party Funders”, *Penn State Law Research Paper*, No. 51, 2013.

_____ “Transparency in International Commercial Arbitration”, *KLR*, Vol. 54, 2006.

_____ “The Vocation of International Arbitrators” , *AUILR*, Vol. 20, No. 5, 2005.

_____ “Regulating International Arbitrators: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct”, *STAN. JINT’L L.*, Vol. 41, 2005.

_____ “Transparency in Arbitrator Selection”. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2705878>.

ROSS, A.: “The Dynamics of Third-Party Funding”, *GAR*, Vol. 7, No. 1, 2012.

ROSS LUTTRELL, S.: “Bias Challenges in International Arbitration: The need for a “Real Danger Test”, *Tesis Doctoral en Filosofía de Derecho*. Universidad de Murdoch, 2008.

RUBINS, N.: “In God We Trust, All Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration”, *ARIA*, Vol. 11, 2000.

RUSCALLA, G.: “Transparency in International Arbitration: Any (Concrete) Need to Codify the Standard?” *GroJIL*, Vol. 3, No. 1, 2015.

SALACUSE, J.W.: “The Emerging Global Regime for Investment”, *HILJ*, Vol. 51, No. 2, 2010.

SALVANESCHI, L.: “Sull’imparzialità dell’arbitro”, *Riv. Dir. Proc.*, Vol. 59.

SANDROCK, O.: “The Cautio Judicatum Solvi in Arbitration Proceedings or The Duty of an Alien Claimant to Provide Security for the Costs of the Defendant”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, No. 2, 1997, p. 34.

SANTOSUOSSO, T., SCARLETT, R.: “Third-Party Funding in Investment Arbitration: Misappropriation of Access to Justice Rhetoric by Global Speculative Finance”, *Law and Justice in the Americas Working Paper Series.8*, 2018.

SARAVANAN, A., SUBRAMANIAN, S.R.: “The Participation of Amicus Curiae in Investment Treaty Arbitration”, *Journal of Civil & Legal Sciences*, Vol. 5, No. 4, 2016.

SARLES, J.: “Solving the Arbitral Confidentiality Conundrum in International Arbitration”, *ADR and the Law*, 2002.

SCHACHERER, S.: “Independence and Impartiality of Arbitrators. A Rule of Law Analysis”, *Seminar: International Investment Law and the Rule of Law*, 2018.

SCHERER, M., GOLDSMITH, A., FLÉCHET, C.: “Le financement par les tiers des procédures d’arbitrage international – une vue d’Europe Seconde partie: le débat juridique /

Third Party Funding of International Arbitration Proceedings – A view from Europe Part II: The Legal Debate”, *RDAI/IBLJ*, 2012.

SCHERER M., GOLDSMITH A.: “Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1-Funders ‘Perspectives”, *RDAI/IBLJ*, No. 207, 2012.

SCHERER, M.: “Third-Party Funding in Arbitration: Out in the Open?”, *Commercial Dispute Resolution*, 2012, p. 57.

SCHILL, S.W.: “Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator”, *LJIL*, Vol. 23, No. 2.

SCHLEE, P.: “Transparência em arbitragens internacionais investidor-Estado”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. Año 3, No. 5, 2015.

SCHREUER, C.: “Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, No. 2, 2006.

SEBOK A.J, BRADLEY WENDEL W.: “Characterizing the Parties’ Relationship in Litigation Investment: Contract and Tort Good Faith Norms”, *VBLR*, Vol. 66, No. 1, 2013.

_____ “Betting on Tort Suits after the Event: From Champerty to Insurance, *DePaul Law Review*, Vol. 60, No. 453, 2012.

SEIDEL, S.: “Fulbrook Primer on Third Party Dispute Finance”, *FCM*, 2016.

SERRANO RUIZ–CALDERÓN, J.M.: “Ética del árbitro”, *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. IV, No. 1, 2011, pp. 31.

SESSLER A.C.: “The 2014 IBA Guideline on Conflicts of Interest in International Arbitration”, *Skadden*, 2015.

SEVILA, E., ANDRÉS O.: La financiación por terceros en el arbitraje internacional: regulación, ventajas e inconvenientes, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 941, 2018.

SHACKLETON, R.: “Global Warming: Milder Still in England”, *AILR*, Vol. 2:4.117, 1999.

SHALAKANY, A.A.: “Arbitration and the Third World: A Plea for Reassessing Bias Under the Specter of Neoliberalism”, *HARV. INT’L L.J.*, Vol. 41, 2000.

SHANNON, V.: “Recent developments in Third-Party Funding”, *JIA*, 2013.

SHEPHERD, J.M.: “Ideal versus reality in third-party litigation financing”, *JLEP*, Vol. 8, No. 3, 2012.

SHIRLOW, S.: “Recent Developments in Australia’s Approach to Confidentiality and Transparency in International Arbitration”, *King’s College London*, 2015.

SHORE, L.: “Disclosure and Impartiality: An Arbitrator’s Responsibility vis-a-vis Legal Standards”, *Disp. Res. J.*, 2002.

SILVA ROMERO, E., FELIPE MERIZALDE, J.: ¿Cumple su finalidad el nuevo Reglamento de Transparencia de la CNUDMI?, *Arbitraje PUCP*, 2014.

SILVA ROMERO, E.: “Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional”, *Lima Arbitration*, No. 5, 2012/2013.

SINGHAL, S.: “Independence and impartiality of arbitrators”. *International Arbitration Law*, 2008.

SMIT, H.: “Case-note on Esso/BHP vs. Plowman”, *Arbitration international*, Vol. 11:299, 1995.

SORNARAJAH, M.: “An International Investment Court: Panacea or Purgatory?”, *Columbia FDI Perspectives*, No. 180, 2016.

SOMMER, CH.G.: “Los alcances del amicus curiae en el arbitraje internacional de inversiones”, *Revista de la Facultad Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. 2, No. 2, 2011.

SPEARS, S.A.: “The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements”, *JIEL*, Vol. 13, 2010.

STEIN E.: “International Integration and Democracy: No Love at First Sight”, *AJIL*, Vol. 95, No. 489, 2001.

STEINITZ, M.: “The Litigation Finance Contract”, *WMMLR*, Vol. 54, 2012, pp. 455, 463.

_____ “Whose claim is it anyway? Third-party Litigation Funding”, *TDM*, Vol. 8, No. 4, 2011.

_____ “Whose Claim is it anyway? Third-Party Litigation Funding”, *MLR*, Vol. 95, 2011.

SUSSMAN, E.: “Can Counsel Ethics Beat Guerrilla Tactics? Background and Impact of the New IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration,” *NYDRL*, Vol. 6, No 2, 2013.

SZALAY, G.: “Arbitration and Transparency-Relations Between a Private Environment and a Fundamental Requirement”, *Tilburg University*, 2016.

TEITELBAUM, R.: “A Look at The Public Interest in Investment Arbitration: Is it Unique? What Should We Do About It?”, *BJILP*, Vol. 5, 2010.

TEN CATE, I.M.: “The costs of consistency: precedent in investment treaty arbitration”, *CJTL*, Vol. 51, 2013.

TIMMER, L.J.E.: “The Quality, Independence and Impartiality of the Arbitrator in International Commercial Arbitration”, *Arbitration*, Vol. 78, No. 4, 2012.

TORTEROLA, I.: “Transparencia y publicidad en el arbitraje de inversión”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 2014.

TRAKMAN, L.: “The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered”, *Int'l Arb'n L.Rev.*, Vol. 10, No. 4, 2007.

TRAPPE, J.: “The Arbitration Proceedings: Fundamental Principles and Rights of the Parties”, *JIA*, Vol. 15, 1998.

TRANTAFILOU, E.E.: “Is a Connection to the “Public Interest” a Meaningful Prerequisite of Third Party Participation in Investment Arbitration”, *BJILP*, Vol. 5, 2010.

TRANTAFILOU E.E.: “Amicus Submissions in Investor-State Arbitration After *Suez v. Argentina*”, *AIL*, Vol 24, 2008.

TRUSZ, J.A.: “Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration”, *GLJ*, Vol. 101, No. 6, 2013.

VAN BOOM, W.H.: “Third-Party Financing in International Investment Arbitration”, *OECD*, 2011.

VAN HARTEN, G., LOUGHLIN, M.: “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, *EUR. J. INT'L L.*, Vol. 17, No. 1, 2006.

VEEDER, V.V.: “Is there any Need for a Code of Ethics for International Commercial Arbitrators?”, *Les arbitres internationaux: Colloque du 4 fevrier 2005*, Centre Français de Droit Comparé, 2005.

VÉLEZ FRAGA, M., GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓ, L.: “La anulación de laudos arbitrales por vulneración del orden público en las recientes resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, No. 43, 2016.

VELJANOVSKI, C.: “Third-Party Litigation Funding in Europe”, *JLEP*, Vol. 8, No. 3, 2012.

VIA, G.: “Influence of the Arbitral Seat in the Outcome of an International Commercial Arbitration”, *The International Lawyer*, Vol. 50, No. 2, 2017.

VINUALES J.: “Amicus Intervention in Investment Arbitration”, *DRJ*, Vol 61, No. 4, 2007.

VIRGÓS SORIANO, M.: “Arbitraje comercial internacional y convenio de Nueva York de 1958”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, No. 2, 2007.

VOSER, N.: “New Rules on Domestic Arbitration in Switzerland: Overview of Most Important Changes to the Concordat and Comparison with Chapter 12 PILA”, Vol. 28, No. 4, *ASA Bulletin*, 2010.

WALSH, T.W.: “Substantive Review of ICSID Awards: Is the Desire for Accuracy Sufficient to Compromise Finality”, *BJIL*, Vol. 24, No. 2, 2006.

WAUTELET, P.: “Confidentiality and Third Parties in International Commercial Arbitration: Some Preliminary Reflections”, *University of Liège*, 2008.

WEIDEMAIER, W.M.C.: “Towards a Theory of Precedent in Arbitration”, *William and Mary Law Review*, Vol. 51, No. 5, 2010.

WICK, D.M.: “The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change”, *JIBL*, Vol. 11, 2012.

WIRTH, M.: “Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland”. *ASA Bulletin*, Vol. 18, No. 1, 2000.

WONG, J.: “BG Group v. Republic of Argentina: A Supreme Misunderstanding of Investment Treaty Arbitration”, *A Supreme Misunderstanding Pepperdine Law Review*, Vol. 43: 541, 2016.

YANNACA-SMALL, C.: “Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures”, *OECD Working Papers on International Investment*, No. 2005/1, 2005.

YANNACA-SMALL, K.: "Essential Security Interests under International Investment Law" in *OECD International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World*, Paris, 2007.

YOUNG, M., CHAMPAN, S.: “Confidentiality in International Arbitration: Does the Exception Prove the Rules?”, *ASA Bulletin*. 2009, Vol. 27.

YU, H.L “Can third party funding deliver justice in international commercial arbitration?”, *IALR*, Vol. 20, No. 1, 2017.

YU, H.: “Duty of confidentiality: myth and reality”, *Civil Justice Quarterly*, Vol. 30:1.1, 2012.

ZAMBELLI, M.: “L’amicus curiae dans le réglament des différends de l’OMC: état des lieux et perspectives”, *RIDE*, 2005.

Normativa, Reglamentos arbitrales y Resoluciones referenciadas.

Arbitration Rules of the Australian Centre for International Commercial Arbitration, 2016.

Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre, 2013.

Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre, Draft for Public Consultation released, 2016,

Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), Consolidated Draft, 2016.

Code of Ethics for Arbitrators in Commercial de la American Arbitration Association, 2004.

Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje (CEA), 2005.

Código de Ética del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, 2008

Código Ético del Tribunal Arbitral de Barcelona, 2009.

Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de un Tratado, 2015.

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, publicada en el BOE, No. 309, de 26 de diciembre de 2003. España.

Maritime Arbitration Rules Society of Maritime Arbitrators, Inc, 2016.

Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra Mercosur, de fecha 07/04/2017.

Reglas de Arbitraje de Inversión de la Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China (CIETAC), 2017.

Rules of Ethics for International Arbitrator de la IBA, 2014.

Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, 2015.

Reglamento de Arbitraje de la CCI, 2017.

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI del 2010, con el nuevo artículo 1 (4) modificado en el 2013.

Reglamento de Arbitraje del CIADI, 2006.

Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un Tratado, 2014.

Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, 2006.

Tratados o acuerdos de inversión analizados.

Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea (AECG), CETA por sus siglas en inglés, 2016.

ACFI entre Brasil y Angola, 2015.

ACFI entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Federativa del Brasil, 2015.

Agreement Establishing the ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area, Chapter 8, Art. 11, 26(1), 2010.

APPRI el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, 2008 (en vigor 2016).

APPRI entre Argentina y Argelia, 2000.

APPRI entre Argentina y Costa Rica, 1997.

APPRI entre Australia y Estados Unidos Mexicanos, 2005 (en vigor 2007).

APPRI entre Canadá y la República Checa, Anexo B, 2009 (en vigor 2012).

APPRI entre Canadá y la República Eslovaca, Anexo B, 2010 (en vigor 2012).

APPRI entre Canadá y Letonia, Anexo C, 2009 (en vigor 2011).

APPRI entre Canadá y Rumanía, Anexo C, 2009 (en vigor 2011).

APPRI entre el Reino de España y el Estado de Kuwait, 2005 (en vigor 2008).

APPRI entre el Reino de España y el Reino de Arabia Saudí, 2006 (en vigor 2016).

APPRI entre el Reino de España y el Reino de Bahrein, 2008 (en vigor 2014)

APPRI entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, 1997 (en vigor 2005).

APPRI entre el Reino de España y Estados Unidos Mexicanos, 2006 (en vigor 2008).

APPRI entre el Reino de España y la Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular Socialista, 2007 (en vigor 2009).

APPRI entre el Reino de España y la República de China, 2005 (en vigor 2008).

APPRI entre el Reino de España y la República de Colombia, 2005 (en vigor 2007).

APPRI entre el Reino de España y la República de Senegal, 2007 (en vigor 2011).

APPRI entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam, 2006 (en vigor 2011).

APPRI entre el Reino de España y República de Angola, 2007.

APPRI entre el Reino de España y República de Maldivas, 2006 (en vigor 2007).

APPRI entre el Reino de España y Bahrein, 2008.

APPRI entre el Reino de España y Mauritania, 2008.

APPRI entre la República de Chile y la República Dominicana, 2000 (en vigor 2002).

APPRI entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Cuba, 1996 (en vigor 2004).

APPRI entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay, 1997 (en vigor 2002).

APPRI entre la República de Alemania y el Reino de Bahrein, 2007 (en vigor 2010).

APPRI entre la República de Alemania y la Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular Socialista, 2004 (en vigor 2010).

APPRI entre la República de Alemania y la República de Afganistán, 2005 (en vigor 2007).

APPRI entre la República de Alemania y la República de Egipto, 2005 (en vigor 2009).

APPRI entre la República de Alemania y la República de Indonesia, 2003 (en vigor 2007).

APPRI entre la República de Argentina y el Estado Plurinacional de Bolivia, 1994 (en vigor 1995).

APPRI entre la República de Argentina y la República de Costa Rica, 1997 (en vigor 2001).

APPRI entre la República de Argentina y la República de Guatemala, 1998 (en vigor 2002).

APPRI entre la República de Chile y la República de Costa Rica, 1996 (en vigor 2000).

APPRI entre la República de Chile y la República de Cuba, 1996 (en vigor 2000).

APPRI entre la República de Chile y la República de Guatemala, 1996 (en vigor 2001).

APPRI entre la República de Chile y la República de Honduras, 1996 (en vigor 2002).

APPRI entre la República de Chile y la República de Nicaragua, 1996 (en vigor 2001).

APPRI entre la República de Chile y la República Oriental del Uruguay, Art. 22, 2010 (en vigor 2012).

APPRI entre la República de Francia y Estados Unidos Mexicanos, 1998 (en vigor 2000).

APPRI entre la República de Francia y la República de Etiopía, 2003 (en vigor 2004).

APPRI entre la República de Francia y la República de Uganda, 2003 (en vigor 2004).

APPRI entre la República de Italia y la Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular Socialista, 2000 (en vigor 2004).

APPRI entre la República de Italia y la República de Angola, 1997 (en vigor 2007).

APPRI entre la República de Italia y la República de Armenia, 1998 (en vigor 2003).

APPRI entre la República de Italia y la República de Bosnia y Herzegovina, 2000 (en vigor 2005).

APPRI entre la República de Italia y la República de Ecuador, 2001 (en vigor 2005).

APPRI entre la República de Italia y la República de Guatemala, 2003 (en vigor 2008).

APPRI entre la República de Italia y la República de Malawi, 2003 (en vigor 2012).

APPRI entre la República de Italia y la República de Nicaragua, 2004 (en vigor 2006).

APPRI entre la República de Italia y la República de Panamá, 2009 (en vigor 2010).

APPRI entre la República de Italia y la República de Paraguay, 1999 (en vigor 2013).

APPRI entre la República de Italia y la República de Zambia, 2003 (en vigor 2014).

APPRI entre la República de Italia y la República Dominicana, 2006 (en vigor 2009).

APPRI entre la República del Paraguay y la República de Cuba, 2000 (en vigor 2002).

APPRI entre la República del Perú y la República de Colombia, 2007 (en vigor 2010).

APPRI entre la República del Perú y la República de Cuba, 2000 (en vigor 2001).

APPRI entre República del Paraguay y el Estado Plurinacional de Bolivia, 2001 (en vigor 2003).

APPRI entre la República de Finlandia y la República de Guatemala, 2005 (en vigor 2007).

ASEAN Comprehensive Investment Agreement, Art. 39, 2009 (en vigor 2012).

Canada and for the Promotion and Protection of Investments, Arts. 33-35, Model of 2004.

EU–Vietnam Free Trade Agreement, Chapter 8: Trade in Services, Investment and E-Commerce (the EU–Vietnam FTA), 2016.

TBI entre República de Indonesia y la República de Bulgaria, 2003 (en vigor 2005).

TBI entre el Reino de Cambodia y el Reino de los Países Bajos (Holanda), Art. 12.6, 2003 (en vigor 2006).

TBI entre el Reino de Cambodia y la República Checa, 2008 (en vigor 2009).

TBI entre Estados Unidos y República Oriental del Uruguay, 2005 (en vigor 2006).

TBI entre Japón y el Reino de Cambodia, 2007 (en vigor 2008).

TBI entre la República de China y Canadá, Art. 27 al 29, 2012 (en vigor 2014).

TBI entre la República de Eslovaquia y Malasia, 2007 (en vigor 2012).

TBI entre la República de Indonesia y el Reino de Dinamarca, 2007 (en vigor 2009).

TBI entre la República de Indonesia y la República de Finlandia, Art. 14, 2006 (en vigor 2008).

TBI entre la República de Indonesia y la República de Singapur, 2005 (en vigor 2006).

TBI entre la República de Myanmar y Japón, Arts. 18.9 y 18.10, 2013 (en vigor 2014).

TBI entre la República Socialista de Viet Nam y el Reino de España, 2006 (en vigor 2011).

TBI entre la República Socialista de Viet Nam y la República Bolivariana de Venezuela, 2008 (en vigor 2009).

TBI entre la República Socialista de Viet Nam y la República de Grecia, 2008 (en vigor 2011).

TBI entre Swiss Confederation-Republic of the Philippines, 1997 (en vigor 1999)

TLC de América del Norte (TLCAN), 1992 (en vigor 1994).

TLC entre Australia y República de Chile, Art. 10.20 (2), 2008 (en vigor 2009).

TLC entre Australia y República de Corea, 2014, Arts. 11:20 (4) al (6) y 11:21.

TLC entre Australia y Singapur, 2003 (en vigor tercera actualización 2017).

TLC entre Canadá y República de Colombia, 2008 (en vigor 2011).

TLC entre Canadá y República de Panamá, 2010 (en vigor 2013).

TLC entre Canadá y República del Perú, 2008 (en vigor 2009).

TLC entre el Gobierno de Nueva Zelanda y la República Popular China, Art. 157 (1), 2008 (renegociado en 2016-2017).

TLC entre Estados Unidos y República de Chile, 2003 (en vigor 2004).

TLC entre Estados Unidos y República de Colombia, 2006 (en vigor 2012).

TLC entre Estados Unidos y República de Panamá, 2007 (en vigor 2012).

TLC entre Estados Unidos y República del Perú, 2006 (en vigor 2009).

TLC entre Estados Unidos y Singapur, Capítulo 15, Art. 15.19 (2) y (3) y 15.20, 2003 (en vigor 2004).

TLC entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (El CAFTA-DR), 2006.

TLC entre Nueva Zelanda y Malasia, Art. 10.28 (1) y (2), 2009 (en vigor 2010).

TLC entre Perú, Ecuador, Colombia y la UE, 2012 (en vigor 2013).

TPP Acuerdo de Asociación Transpacífico, 2016.

Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, 2007 (en vigor 2009).

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.

Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, Model BIT, U.S. Dept. of State, 2004.

Singapore-European Union Draft Free Trade Agreement, 2014.

United States Model BIT, 2004.

Casos arbitrales, Sentencias y Laudos analizados.

Abaclat and Others vs Argentina Republic, ICSID Case No ARB/07/5, Decision to Disqualify a Majority of the Tribunal, 2014, paragraph. 75.

AES Corporation vs. Argentina. Caso CIADI No ARB/02/17, Decisión sobre jurisdicción, 2005, párraf.33.

AES Summit Generation Limited & Another vs. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, 2010.

Aguas del Tunari S.A vs. Bolivia, ICSID Case No. ARB/03/02, 2005.

Aguas Argentinas S.A, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Vivendi Universal S.A vs. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae, 2005.

_____ : Decisión sobre la propuesta de recusación de un miembro del tribunal de arbitraje, párrafo 29, 2007.

Aguas Provinciales de Santa Fe S.A, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A, and Interaguas Servicios Integrales del Agua S.A. vs. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17, 2006.

Aita vs. Ojeh, Cour d'appel (CA), Paris, 1986.

Alasdair Ross Anderson et al vs. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, 2010.

_____ Decisión sobre medidas provisionales, 2008.

Amco Asia Corporation and others vs. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Provisional Measures, paragraph 4, 1983.

_____ Laudo, 1984.

_____ *Ad hoc* Committee Decision on the Application for Annulment, 1986.

_____ Award in Resubmitted Proceeding, 1990.

_____ Decision on Supplemental Decisions and Rectification, 1990.

_____ Decision on the Applications for Annulment of the 1990. Award and the 1990 Supplemental Award, 1992.

Apotex Holdings Inc., Apotex Inc. vs. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Procedural Order on the Participation of the Applicant, BNM, as a Non-Disputing Party, paragraph 25, 2013.

Apotex Inc. vs. United States of America, UNCITRAL (NAFTA), Procedural Order No. 2, Participation of a Non-Disputing Party, paragraph 10, 2011.

Asian Agricultural Products Limited vs. República Socialista Democrática de Sri Lanka, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo, 1990.

A.T. v State Farm Mutual Automobile Insurance, 989 P.2d 219, Colo. App., 1999.

Austrian Airlines vs. Eslovaquia. UNCITRAL Ad Hoc Arbitration. Final Award, párrafo 84, 2009.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, No. 184/2005, Sección: 14, de 29 de julio de 2005, Roj: AAP M 7137/2005.

Bernardus Henricus Funnekotter and others vs. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/05/6, 2003, resuelto en 2009.

Bilcon of Delaware vs. Government of Canada (UNCITRAL), PCA Case No. 2009/04, 2008.

BIVAC vs. República del Paraguay, Caso ICSID ARB/07/9, Decisión sobre las excepciones a la jurisdicción, párrafos 7, 119 y 120, 2009.

Biwater Gauff Ltd. vs. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, 2007.

_____ Orden procesal No. 5, párrafos. 46 y 68-72, 2007.

_____ Orden procesal No. 3, 2006.

Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd vs. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID CASE No. ARB/12/20, Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal, 2013.

BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/14/22, 2014.

Burimi S.R.L. and Eagle Games SH. A. vs. República de Albania, Caso CIADI No. ARB/11/18, Orden Procesal No. 2, 2012.

Burlington Resources Inc. vs. Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña, 2013, paragraph 66.

Canfor Corp. vs. United States; Tembec et al. vs. United States; Terminal Forest Products Ltd. vs. United States, Chapter 11, NAFTA, Order of the Consolidation Tribunal. “Softwood Lumber Consolidation Order”, paragraph 78-79, 2005.

Caratube International Oil Company LLP y Devinci Salah Hourani vs. República de Kazakhstan, Caso CIADI N° ARB/13/13, Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Sr. Bruno Boesch, 2014.

Caso C-284/16, *República Eslovaca vs. Achmea*, EU:C:2018:158, 2018.

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. 34877, 2008.

_____ UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23. Second Partial Award on Track II, dated 30 August 2018.

City of Newark vs. Law Dep't of the City of N.Y., 760 N.Y.S.2d 431, 436–437, N.Y. App. Div., 2003.

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.

_____ Decisión del comité *ad hoc* sobre la solicitud de anulación de la República de Argentina, 2007.

Commerce Group Corp., San Sebastián Gold Mines, Inc. vs. El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/17, 2009.

_____ El Salvador's application for security for costs, 2012.

_____ El Salvador's Observations on Claimants' Inability to Pay the Costs for the Arbitration, 2012.

_____ Decision on El Salvador's Application for Security for Costs, 2012.

_____ Laudo, 2011.

_____ Application for annulment, 2011.

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.

_____ Laudo, 2000.

_____ Decisión sobre la anulación del laudo, 2002, párraf. 119 e).

_____ Decisión del Comité *Ad Hoc* Relativa a la Solicitud de Suplementación y Rectificación de la Decisión sobre la Anulación del Laudo, 2003, párrafo 11.

_____ Laudo, 2007.

_____ Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo emitido el 20 de agosto de 2007, presentada por la República Argentina, 2010.

Conoco Phillips Company ET AL vs The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on the Proposal to Disqualify L. Yves Fortier, Q.C., Arbitrator, 2012.

Consortium RFCC vs. Royaume du Maroc, ICSID Case No. ARB/00/6, 2001.

Dolling-Baker vs. Merrett and Another, See Law Reports versión at 1 W.L.R. 1205, 1990.

Dow Chemical France vs. Isover Saint Gobain, Caso CCI, No. 4131, Interim award, 1982.

EDF (Services) Limited vs. Rumanía, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, 2009.

Electrabel SA vs. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Laudo 2015.

El 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.

_____ Laudo, 2011.

_____ Decision sobre competencia, 2006.

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.

Empresas Lucchetti, S.A. (Chile) y Lucchetti Perú, S.A. (Perú) vs. República del Perú, caso CIADI, No. ARB/03/4, 2002.

Enron Corporation and Ponderosa Assets LP vs. Argentina, Decisión del comité de anulación, Caso CIADI ARB/01/3, 2010.

_____ Decisión sobre la solicitud de las demandantes de rectificación y/o decisión suplementaria del laudo, 2007, párraf. 11-20.

_____ 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), 2008, párraf. 3.

_____ Decisión sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, 2010, párraf. 63.

Eskosol S.p.A. in liquidazione vs. Italian Republic. ICSID Case No. ARB/15/50. Procedural Order No. 3, Decision on Respondent's Request for Provisional Measures, 2017.

Esso Australia Resources Ltd. vs El Honorable Sidney James Plowman, 128 ALR 391, 1995.

Eureko vs. Slovak Republic, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, Section V, 2010.

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide vs. República de las Filipinas, caso CIADI, No. ARB/03/25), 2003.

F-W Oil Interests, Inc. (EEUU) vs. República de Trinidad & Tobago, caso CIADI, No. ARB/01/14, 2001

Glamis Gold Ltd vs USA, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA, UNCITRAL Arbitration Rule, 2005.

Grand River Enterprises Six Nations Ltd and Others vs. United States of America, UNCITRAL (NAFTA), 2009.

Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC vs. The Plurinational State of Bolivia, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17, 2010.

_____ Orden de Procedimiento No.14, 2013.

_____ Solicitud de *cautio judicatum solvi*, 2013.

_____ Orden de Procedimiento No. 6, 2012.

_____ Procedural Order No. 13, 2013.

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG vs. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, 2010.

Hassneh Insurance vs. Stuart J Mew, 1993, 2 Lloyd's Rep. 243 (K.B.).

Highbury International AVV, Compañía Minera de Bajo Caroní AVV y Ramstein Trading Inc vs. República Bolivariana de Venezuela, ICSID Case No ARB/14/10, Decisión sobre la Propuesta de Recusación de la Profesora Brigitte Stern, 2015.

Hutcherson vs. Sears Roebuck & Co., 793 N.E.2d 886, Ill. App. 1st Dist. 2003.

Iberdrola, S.A. (España), Iberdrola Energía, S.A.U. vs. Bolivia, Caso CPA No. 2015-05, 2015.

ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) vs. The Republic of Argentina, UNCITRAL, PCA Case No. 2010-9. Decision on challenge to Mr. Stanimir A. Alexandrov, 2009, paragraph 2.

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.

_____ Decisión sobre Responsabilidad, 2006.

_____ Decisión del Tribunal Arbitral sobre Excepciones a la Jurisdicción, 2004.

_____ Laudo, 2007, párraf. 115.

Libananco Holdings Co. Limited vs. Turquía, Caso CIADI No. ARB/06/8, Decisión sobre Cuestiones Preliminares, 2008.

Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen vs. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, 1998, Decision on hearing of Respondent's objection to competence and jurisdiction, paragraph 26 y 28, 2001.

MCI Power Group LC y New Turbine Inc vs. Ecuador, Caso CIADI núm. ARB/03/6, Decisión del comité de anulación, párrafo 24.

Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos, ICSID Case No. ARB (AF)/97/01, 2000.

Metal-Tech Ltd. vs. República de Uzbekistán, Caso CIADI ARB/10/3, 2010.

Methanex Corp. vs. Estados Unidos, 1999, bajo el Capítulo Once del TLCAN.

_____ Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*, paragraph 31 y 40-42, 2001.

_____ Final Award, paragraph 11, 2005.

Metropolitan Property & Casualty Insurance Co. v. JC Penney Casualty Insurance Co., 780 F. Supp. 88. US Court District, District of Connecticut, 1991.

Mobil Investments Canadá Inc. and Murphy Oil Corporation vs. Canadá, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, 2007.

Morelite Construction Corp., Morelite Electric Service, Inc. vs. NY City District Council Carpenters Benefit Fund. 748 F.2d 79. US Court of Appeals for the 2nd Circuit, 1984.

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.

Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd Sti vs. Turkmenistan, ISCID Case No ARB/12/6, 2015, Procedural Order No 3.

Nafimco vs. Foster Wheeler Trading Company AG, Cour d'appel (CA), Paris, 2004.

Noble Ventures, Inc. vs. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11. Laudo, 2005.

Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company vs. República de Ecuador, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre Medidas Cautelares, 2007.

Omaha Indem. Co. vs. Royal Am. Managers, Inc., 140 F.R.D. 398, 400, W.D. Mo., 1991.

Oxus Gold plc vs. Republic of Uzbekistan, the State Committee of Uzbekistan for Geology & Mineral Resources, and Navoi Mining & Metallurgical Kombinat, UNCITRAL, 2012.

Pac Rim Cayman LLC vs. República de El Salvador (Caso CIADI No. ARB/09/12), 2009.

Parilla vs. IAP Worldwide Services, VI, Inc, 368 F.3d 269, 3d. Cir. 2004.

Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. vs. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, 2016.

Piero Foresti and Others vs. The Republic of South África, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01, 2010.

Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria, caso CIADI No. ARB/03/24. Decisión sobre Jurisdicción, 2005, párraf. 209.

Pope & Talbot Inc. vs. Canadá, bajo el Capítulo Once del TLCAN, 1999.

Rachel S Grynberg, Stephen M Grynberg, Miriam Z Grynberg and RSM Production Corporation vs. Government of Grenada, ICSID Case No. ARB/10/6, Tribunal's Decision on Respondent's Application for Security for Costs, 2010.

Railroad Development Corporation vs. Guatemala, ICSID Case No. ARB/07/23, 2007.

Repsol, S.A. and Repsol Butano, S.A. vs. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/12/38, 2013.

Ron Fuchs vs. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/07/15, 2007.

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

RSM Production Corporation vs. Saint Lucia, ICSID Case No. ARB/12/10.

_____ Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs, 2014.

_____ Dissenting Opinion of Edward Nottingham, 2014.

Rusoro Mining Ltd. vs. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, 2012.

Saipem SpA vs. The People's Republic of Bangladesh. ICSID Case No. ARC/05/07, párrafo 90, 2009.

Santa Elena S.A vs. Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, 2000.

SAP de Madrid, No. 14/2012, de 27 de enero.

SAP de Navarra, No. 31/2000, de 21 de febrero.

S.D. Myers Inc vs. Canadá, NAFTA, 1998, Orden Procesal No. 16, 2000.

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.

Société True North et Société FCB International vs. Bleustein, Tribunal de commerce, Paris, 1999.

Soleimany vs. Soleimany, APP.L.R. 02/19, 1998.

South American Silver Limited vs. Bolivia, UNCITRAL, PCA Case No. 2013-15,

_____ Procedural Order No. 10, 2016.

_____ Solicitud de *cautio judicatum solvi* y comunicación de información, 2015.

_____ Demanda Arbitral y Memorial del Demandante, 2014.

_____ Respuesta a la notificación de arbitraje, 2013.

STSJ de la Comunidad de Madrid, No. 55/2016, de 19 de julio.

STSJ de la Comunidad de Madrid, No. 65/2015, de 17 de septiembre.

STSJ de la Comunidad de Madrid, No. 13/2015, de 28 de enero.

STSJ de la Comunidad de Madrid, No. 63/2014, de 13 de noviembre.

STSJ de la Comunidad de Madrid, No.19/2012, de 23 de mayo.

STSJ de la Comunidad de Cataluña, No. 29/2012, de 10 de mayo.

STC, No. 43/1986, de 15 de abril, ECLI:ES:TC:1986:43.

S&T Oil Equipment and Machinery Ltd. vs. Romania, ICSID Case No. ARB/07/13, 2007.

_____ ICSID Case No. ARB/07/13, 2007. Order of Discontinuance of the Proceeding, 2010.

Telekom Malaysia Berhad vs. The Republic of Ghana, Case No. HA/RK 2004, 788. Decision (District Court of The Hague), 2004.

Telefónica S.A. vs. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/12/4, Procedural Order No. 1, 2013.

Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. vs. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/09/1, 2012.

Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. vs. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator, 2010.

United Parcel Service of America, Inc. (UPS). vs. Canadá, ICSID Case No. UNCT/02/1, 2000.

_____ Decisión del Tribunal arbitral sobre la solicitud de intervención y participación como amicus curiae, párrafo 67, 2001.

United States vs. Panhandle Eastern Corp, 118 F.R.D. 346, D. Del. 1988.

Universal Compression vs. Venezuela, ICSID Case No ARB/10/9, Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, Arbitrators, 2011.

UPS vs. Canada, Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae, paragraph 39, 2001.

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator, paragraph 43, 2010.

U.S. District Court, S.D. Texas, Houston Division, S&T Oil Equipment & Machinery vs. Juridica Investment Limited, Civil Action No. H-11-0542, Memorandum and Order, 2011.

Vito G. Gallo vs. The Government of Canada, UNCITRAL, PCA Case No. 55798, Decision on the Challenge to Mr. J. Christopher Thomas, QC, 2009, paragraph 19.

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi vs. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, 2005.

Wena Hotels Ltd. vs. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4. Decision on the Application by the Arab Republic of Egypt for Annulment of the Arbitral Award dated December 8, 2000 in the above matter, 2002.

Wintershall Aktiengesellschaft vs. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, 2008, párraf. 178.

World Duty Free Company Ltd. vs. Kenya, caso CIADI, No. ARB/00/7, Laudo, 2006.

Zurich American Insurance Co. vs. Rite Aid Corp., 345 F. Supp. 2d 497, E.D. Pa. 2004.

Otros documentos consultados.

Acuerdos y declaraciones conjuntas del Gobierno de Nueva Zelanda. Disponibles en: <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-concluded-but-not-in-force/cptpp/comprehensive-and-progressive-agreement-for-trans-pacific-partnership-text/>.

Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade, "Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to More Jobs and Prosperity", 2011. Disponible en:

<http://www.acci.asn.au/getattachment/b9d3cfae-fc0c-4c2a-a3df-3f58228daf6d/Gillard-Government-Trade-Policy-Statement.aspx>.

Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade, “Fact Sheet: Investor-State Dispute Settlement (ISDS)”. Disponible en: <http://www.dfat.gov.au/fta/kafta/guides/fact-sheet-isds.html>.

Base de datos de Estados Miembros del CIADI. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>.

Carga de Casos del CIADI-Estadísticas (Edición 2018-2). Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-2%20\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-2%20(Spanish).pdf).

Consulta del Gobierno de Hong Kong, “Third Party Funding for arbitration, the law reform commission of Hong Kong. Disponible en: <http://www.hkreform.gov.hk>.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1980.

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.

G20 Guiding Principles for Global Investment Policymaking (G20 Guiding Investment Principles), 2016. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/G20-Trade-Ministers-Statement-July-2016.pdf> y <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/G20-Guiding-Principles-for-Global-Investment-Policymaking.pdf>.

IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. International Bar Association, 2014. Disponible en: <http://www.ibanet.org>.

Informe ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding In International Arbitration, 2017. Disponible en: http://www.arbitration-icca.org/projects/Third_Party_Funding.html.

Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales. Publicada en el BOE, No. 84, de 6 de abril de 1968.

ONU, Relatoría Espacial sobre Pueblos Indígenas. Informe relativo a las repercusiones de las inversiones internacionales y el libre comercio sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2015.

Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, ICSID Secretariat Discussion Paper, 2004. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>.

Proyecto de Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Singapur. Disponible en: <http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA%20Rules%20%28rev%2020160115%29.pdf>.

Recomendaciones del Club español del Arbitraje relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros, 2008.

Reglamento de Arbitraje de la Corte Civil, Mercantil y de Arbitraje (CIMA), 2017.

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://www2.nycbar.org/pdf/report/uploads/20072645-PublicationofInternationalArbitrationAwardsandDecisions.pdf>.

Report of the ASIL-ICCA Joint Task Force on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration”, International Council for Commercial Arbitration (ICCA), No. 3, 2016, p. 9. Disponible en: http://www.arbitrationicca.org/media/6/81372711507986/asil-icca_report_final5_april_final_ridderprint.pdf.

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.
Statement of the Free Trade Commission on Non-Disputing Party Participation. Disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/38791.pdf>.

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>.

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>.

The IBA Arbitration Guidelines and Rules Subcommittee. Report on the reception of the IBA arbitration soft law products, 2016.

The IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration: The first five years 2004-2009.

UNCTAD "The Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment Flows: An Overview of Empirical Studies 1998-2014" IIA Issues Note – Working Draft, 2014.
Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/unctad-web-diae-pcb-2014-Sep%2016.pdf>.

UNCTAD Report: World Investment Report 2013, Global Value Chains: Investment and Trade for Development, 2013. Disponible en: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf.

UNCTAD, *World Investment Report 2012*, Ginebra: UNCTAD, 2012.

UNCTAD, *Investor–State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, New York/Geneva, 2010.

UNCTAD, Dispute Settlement, Module 2.3, Consent to Arbitration, 2003. Disponible en:
http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add2_en.pdf.