

**Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación
Instituto Universitario de Estudios Europeos
Universidad CEU San Pablo
Madrid**

**Arbitraje
Revista de arbitraje
comercial y de
inversiones**

volumen V

2012 (3)

***Iprolex*, S.L.**

ISSN: 1888-5373
Depósito legal: M-6394-2008
Impreso en España – Printed in Spain

Torreblanca Impresores. Paseo Imperial, 57, 28005 Madrid (España)

Dirección

Evelio Verdera y Tuells

Catedrático emérito de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. Académico de número de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación

José Carlos Fernández Rozas

Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. Asociado del *Institut de Droit International*

Consejo Editorial

Presidente

José María Beneyto

Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad CEU –San Pablo (Madrid).
Socio de Gómez Acebo–Pombo, Abogados

Ignacio Arroyo Martínez

Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Autónoma de Barcelona. Presidente de la Asociación Española de Derecho Marítimo. Ramos Arroyo

Alberto Bercovitz Rodríguez–Cano

Catedrático de Derecho mercantil de la UNED. Alberto Bercovitz Abogados

Giorgio Bernini

Profesor Ordinario de Derecho mercantil y arbitraje internacional de la Universidad de Bolonia. Senior Partner, Studio Bernini e Associati

Faustino Cordón Moreno

Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Alcalá de Henares. Consejo Académico de Gómez–Acebo–Pombo

Bernardo Cremades Sanz–Pastor

Socio Fundador de Cremades y Asociados

Andrés de la Oliva Santos

Catedrático de Derecho procesal de la Universidad Complutense de Madrid

Ignacio Díez–Picazo Giménez

Catedrático de Derecho procesal. Director del Departamento de Arbitraje y Litigios de Herbert Smith (Madrid)

Juan Fernández Armesto

Profesor Ordinario de Derecho mercantil de la Universidad Pontificia de Comillas –ICADE. Armesto Asociados

Antonio Hernández–Gil Álvarez–Cienfuegos

Catedrático de Derecho civil de la UNED. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

Rafael Hinojosa Segovia

Profesor titular de Derecho procesal de la Universidad Complutense de Madrid. Socio de Cuatrecasas,

Gonçalves Pereira

Rafael Illescas Ortiz

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado

Riccardo Luzzatto

Profesor Ordinario de Derecho internacional y de la UE en la Universidad de Milán. Studio Legale Avv. Riccardo Luzzatto (Milán)

Pierre Lalive

Profesor Emérito de la Universidad de Ginebra. Senior Partner of Lalive Attorneys–at–Law

Ramón López Vilas

Catedrático de Derecho Civil. Ex Magistrado del Tribunal Supremo. Bufete López Vilas Abogados

Fernando Mantilla Serrano

Partner in Shearman–Sterling’s International Arbitration Group (París)

Pedro J. Martínez Fraga

Partner in DLA Piper’s international arbitration and litigation practice (Miami). Coordinator of International Disputes for Latin America and Florida.

Alexis Mourre

Vicepresidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Partner of Castaldi Mourre Partners (París)

Manuel Olivencia Ruíz

Catedrático Emérito de la Universidad de Sevilla. Vicepresidente de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

Pilar Perales Viscasillas

Catedrática de Derecho mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. Representante de España en la Uncitral

Leonel Perezniето Castro

SUMARIO

Catedrático de Derecho internacional privado de la UNAM (México). Consultor del área de arbitraje comercial internacional de Jáuregui y Navarrete, S.C. (México)

Francisco Ramos Méndez

Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Barcelona. Ramos Arroyo

Jesús Remón Peñalver

Abogado del Estado. Director del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje del Despacho Uría Menéndez

Andrés Rigo Sureda

Ex Vicepresidente Jurídico Adjunto del Banco Mundial. Abogado y Árbitro internacional

Juan Serrada Hierro

Abogado del Estado. Presidente de la Corte Civil y Mercantil (CIMA)

Edoardo Ricci

Catedrático de Derecho procesal civil de la Università degli Studi de Milán Edoardo Ricci, avvocati (Milán)

Juan Sánchez-Calero Guilarte

Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. Estudio Jurídico Sánchez Calero

Miguel Temboury Redondo

Abogado del Estado. Subsecretario de Economía y Competitividad

Miguel Virgós Soriano

Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Madrid. Uría Menéndez

Secretarios

Elena Artuch Iriberrí

Profesora titular de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid

Gonzalo Stampa Casas

LL.M. University of London. Doctor en Derecho Universidad Complutense Madrid. Stampa Abogados, Madrid

Redactores

Enrique Fernández Masiá, Ana Fernández Pérez, Iván Heredia Cervantes, Fernando Gascón Inchausti, Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga, María Marcos González Lecuona, Carmen Otero García-Castillón, Antonio Pastor Palomares, Marta Requejo Isidro y Eliseo Sierra Noguero.

iprolex@iprolex.com

Publicación: Iprolex, S.L.
Mártires Oblatos, 19 bis
28224 Pozuelo de Alarcón (Madrid)
Teléfono (34) 91 709 00 65 / Fax (34) 91 709 00 66
<http://www.iprolex.com> / iprolex@iprolex.com

Distribución: Marcial Pons
Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
San Sotero, 6
28037. Madrid (España)
www.marcialpons.es

Arbitraje	
Revista de arbitraje comercial y de inversiones	
vol. V nº 3	2012

Sumario

Estudios

José Manuel SUÁREZ ROBLLEDANO	
<i>La más reciente doctrina jurisprudencial sobre arbitraje de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid</i>	655-691
Gordon BLANKE y Luis ORTIZ BLANCO	
<i>El arbitraje en el ámbito del Derecho de la competencia europeo</i>	693-723
Hernando DÍAZ-CANDIA	
<i>Eficacia de la responsabilidad del Estado: inmunidad doméstica y extranjera en la ejecución de sentencias y laudos contra entes estatales</i>	725-756

Varia

Dário MOURA VICENTE	
<i>El arbitraje de inversiones y las nuevas competencias de la Unión Europea conforme al art. 207 TFUE</i>	759-766

Práctica arbitral

Alberto FERNÁNDEZ LÓPEZ	
<i>El Reglamento de arbitraje comercial internacional del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica</i>	769-774
<i>Reglamento de arbitraje comercial internacional del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica</i>	774-786

Textos legales

Convenios internacionales

Ana M. SÁEZ CRESPO	
<i>Ratificación por España del Protocolo Adicional al Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa, de 15 de mayo de 2003.....</i>	787-800
<i>Protocolo Adicional al Convenio penal sobre la corrupción, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003</i>	800-802

Colombia

José Hernán MURIEL-CICERI	
---------------------------	--

<i>Aspectos de la nueva Ley de arbitraje en Colombia</i>	803-816
<i>Ley 1563 de 2012, de 12 julio, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones</i>	817-839

Jurisprudencia

Jurisprudencia española

Enrique LINARES

Confirmación de un laudo ineficaz y no ejecutable (Sentencia 5/ 2012 del TSJ de Madrid de 13 de marzo de 2012)	841-848
--	---------

Gonzalo STAMPA

Control judicial del laudo: disposiciones transitorias de la Ley 11/2011 y orden público (Sentencia del TSJ de Madrid de 23 de mayo de 2012)	848-852
--	---------

* * *

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala Civil y Penal) de Madrid, de 3 de febrero de 2012 (<i>Postventa Digital Servicio 10, S.L. / Nokia Spain S.A.U.</i>)	852
---	-----

Acción de anulación: ámbito.- Incongruencia *extra petita*.- Contrariedad al orden público.- Indefensión.- Desestimación.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala Civil y Penal) nº 5/2012, de 13 marzo de 2012 (<i>Diques y Astilleros Nacionales C.A. -DIANCA- / Raytheon Anschutz GMBH</i>)	854
--	-----

Acción de anulación.- Arbitraje comercial internacional.- Laudo preliminar (CCI) sobre cuestiones de jurisdicción.- Aplicación del Derecho venezolano rector del fondo del asunto: improcedencia.- Determinación de la validez o nulidad de la cláusula arbitral.- Inadmisión de la Corte de la recusación del árbitro contraria a la ley rectora del procedimiento arbitral acordada por las partes: improcedencia.- Desestimación.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala Civil y Penal) nº 12/2012, de 12 de abril de 2012 (<i>Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros, S.A. / Ribera Salud, S.A. y Enrique Ortiz e Hijos, Contratista de Obras, S.A.</i>)	858
---	-----

Acción de anulación.- Indefensión: denegación de prueba.- Incongruencia *extra petita*.- Laudo arbitral: falta de concordancia interna e insuficientemente motivado.- Incongruencia omisiva.- Desestimación.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala Civil y Penal) de 23 de mayo de 2012 (<i>Iberconsulting Sport, S.A.</i>)	864
--	-----

Acción de anulación.- Arbitrabilidad.- Contravención del orden público: improcedencia al resucitar extemporáneamente el fondo de las cuestiones suscitadas en el procedimiento arbitral - Incongruencia.- Infracción de la regla de las costas.- Infracción de los principios de igualdad, audiencia y contradicción, en relación con los de congruencia y defensa.- Ausencia de imparcialidad del órgano de designación.- Desestimación.

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala Civil y Penal) 23 de mayo de 2012	872
--	-----

Ejecución provisional del laudo arbitral.- Pendencia de resolución de una acción de anulación.- Órgano judicial competente.- Competencia de los Juzgados de Primera Instancia.- Caución.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera) nº 41/2012, de 28 de junio de 2012 (<i>Catalana de Projectes i Habitatges, S.A. / Construcciones, Pai S.A.</i>)	873
---	-----

Acción de anulación.- Órgano competente.- Voluntad de las partes de someter las controversias derivadas del contrato a una solución arbitral.- Relación jurídica que sufrió una alteración o novación modificativa encaminada a evitar controversias entre las partes.- Desestimación.

Jurisprudencia extranjera

Chile

- Eduardo PICAND ALBÓNICO
- Jurisprudencia chilena sobre arbitraje comercial internacional (II)* 877
- Sentencia de la Corte Suprema (Rol 6615–2007), de 15 de septiembre de 2008
(*Laboratorios Garden House, S.A.*) 877
- Exequátur de un laudo arbitral dictado en Brasil: concesión.– Ambigüedad de las cláusulas arbitrales.– Ejercicio de los medios de defensa.– Orden público chileno.– Violación al debido proceso.– Obligatoriedad de los laudos arbitrales extranjeros.– Causal de *ultra petita*.
- Sentencia de la Corte Suprema (Rol 5228–2008) de 15 de diciembre de 2009
(*Kreditanstalt für Wiederaufbau / Inversiones Errázuriz Limitada*) 887
- Exequátur de un laudo arbitral dictado en Francia: concesión.– Derecho extranjero en el procedimiento de arbitraje.– Excepción de *ultra petita*.– Elementos que determinan la internacionalidad de los contratos y del arbitraje.– Vulneración de los derechos de defensa y la inactividad de la demandada en el juicio arbitral.– Inarbitrabilidad de la materia según la legislación chilena.– Posibilidad de exequátur de laudos arbitrales extranjeros aún cuando estén suspendidos por un procedimiento de anulación en su país de origen.– Documentos que deben presentarse en la solicitud de exequátur.– Orden público chileno: validez de los pactos de *electio iuris*; la competencia del tribunal arbitral.
- Sentencia de la Corte Suprema (Rol 5468–2009), de 11 de mayo de 2010
(*Western Technologi Services Internacional Inc. con sociedad chilena Cauchos Industriales v S.A. –Cainsa–*) 909
- Exequátur de una resolución interlocutoria decretada en Texas, USA, que disponía medidas cautelares que debían ejecutarse en Chile: desestimación.– Exequátur sólo es aplicable para el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros.– Exequátur no aplicable para resoluciones interlocutorias.– Medidas cautelares decretada por un tribunal arbitral extranjero (art. 9º Ley Nº 19.971).– Eficacia en Chile a través del procedimiento de exhorto y no de exequátur. 910
- Sentencia de la Corte Suprema (Rol 1724–2010) de 21 de junio de 2010
(*Stemcor UK Ltd. / Compañía Comercial Metalúrgica Limitada*) 915
- Laudo arbitral dictado en Reino Unido: concesión.– Incomparecencia de la demandada en el procedimiento de exequátur: suficiente para concederlo.– Presunción de legitimidad del laudo arbitral extranjero.– Elementos de internacionalidad del contrato y del arbitraje.– Evolución legislativa del exequátur en Chile.
- Sentencia de la Corte Suprema (Rol 4390–2010), de 8 de septiembre de 2011
(*EDF Internacional, S.A. / Endesa Internacional, S.A.*) 923
- Laudo arbitral dictado y posteriormente anulado en Argentina: desestimación.– No es posible la ejecución en Chile de laudos anulados en el Estado sede.– Competencia de la Corte Suprema para conocer el exequátur.– Competencia de los tribunales civiles para ejecutar el laudo tratándose de partes que no tienen domicilio en Chile.– Aplicación del art. 246 del Código de Procedimiento Civil al exequátur de laudos arbitrales extranjeros.

Noticias

- Asociació pel Foment de l'Arbitratge** 923
- El nuevo Reglamento de Arbitraje de 2012 de la Cámara de Comercio Internacional* 924
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)**
- España demandada otra vez ante el CIADI* 925
- Centro de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN)**

<i>Seminario Permanente de Arbitraje (Curso 2011–2012)</i>	
Corte Civil y Mercantil (CIMA)	926
<i>La CIMA patrocina el Tercer Curso de Arbitraje Comercial y de Inversiones (Panamá, 20 a 28 de agosto de 2012)</i>	927
Corte de Arbitraje de Madrid	
<i>La Corte de Arbitraje de Madrid acoge la final del “Moot Madrid 2012”</i>	
Fundación Notarial Signum para la Resolución Alternativa de Conflictos	928
<i>La Fundación Notarial Signum firma un convenio de colaboración con la Confederación de Comercio de Madrid (COCEM)</i>	
Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona	929
<i>Primer Congreso Internacional de Arbitraje: “Arbitration Back to the Future”.</i> Dolores SANCHA HERRERA	

Bibliografía

Alarcón, Édyson: <i>Comentarios a la Ley de arbitraje comercial de la República Dominicana</i> , Santo Domingo, 2012 (Darío SANDOVAL SHAIK)	933
Alarcón, Édyson: <i>Comentarios a la Ley de arbitraje comercial de la República Dominicana</i> , Santo Domingo, 2012 (Darío SANDOVAL SHAIK)	936
Debourg, Claire: <i>Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international</i> , París, 2012	936
González Pillado, Esther (coord.): <i>Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje</i> , Madrid, 2010	937
Marcos Francisco, Diana: <i>El convenio arbitral de consumo y su control</i> , Cizur Menor (Navarra), 2011	937
Pérez–Cruz Martín, Agustín J. (dir.): <i>Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada</i> , Madrid, 2012	938
Serrano Antón, Fernando: <i>Resolución de conflictos en el Derecho internacional tributario. Procedimiento amistoso y arbitraje</i> , Madrid, 2011	939
Vadi, Valentina: <i>Public Health in International Investment Law and Arbitration</i> , Londres, 2012	939
Wagner, Philipp K.: <i>Abstimmungsfragen zwischen Internationalem Insolvenzrecht und Internationaler Schiedsgerichtsbarkeit</i> , Frankfurt am Main, 2008 (Miguel GÓMEZ JENE)	947

Revista de Revistas

<i>Miscelánea</i>	
-------------------------	--

El arbitraje de inversiones y las nuevas competencias de la Unión Europea conforme al art. 207 TFUE *

Dário MOURA VICENTE **

SUMARIO: I. La importancia actual del arbitraje de inversiones y los tratados bilaterales de inversión. II. La nueva competencia de la Unión Europea para celebrar tratados bilaterales de inversión y las cuestiones que plantea en lo relativo a la resolución extrajudicial de litigios. III. La aplicabilidad del arbitraje CIADI a los tratados europeos de inversión. IV. La acumulación de procesos arbitrales. V. La intervención de los Estados miembros de la Unión en los procesos arbitrales de que esta sea parte. VI. La subsistencia de los tratados bilaterales de inversión nacionales.

I. La importancia actual del arbitraje de inversiones y los tratados bilaterales de inversión

La integración económica internacional que caracteriza nuestra época viene contribuyendo a un aumento muy significativo de las operaciones de inversión extranjera¹. Para las economías emergentes, dicha inversión constituye un instrumento fundamental para viabilizar la explotación de los recursos naturales de los que son titulares y la construcción de las infraestructuras de las que carecen. Para los países desarrollados, es una forma no menos relevante de suplir las necesidades de capital del Estado y de las empresas.

No obstante, la inversión extranjera es muy vulnerable a interferencias del Estado que la acoge, tanto a través de medidas de nacionalización o expropiación, como mediante restricciones a la repatriación de los beneficios del inversor, del aumento de impuestos o de modificaciones legislativas de otra índole. De aquí surge la frecuencia con que se producen litigios en relación con estas inversiones.

Durante los últimos años, el arbitraje ha adquirido una creciente importancia como forma de resolución de estos litigios², lo que es perfectamente comprensible: desde el punto de vista del inversor extranjero, el arbitraje constituye una garantía esencial de que, en caso de litigio con el Estado o con otro ente público con el que haya contratado, este será juzgado por un órgano imparcial. Desde la perspectiva del Estado receptor de la inversión, se trata de una forma de incentivar la inversión extranjera.

A lo largo de las últimas décadas, diversos instrumentos internacionales han regulado el arbitraje de inversiones y los problemas que este suscita.

Entre dichos instrumentos cabe destacar el Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, celebrado en Washington, D.C., en 1965, que creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)³. El Convenio de Washington prevé la resolución de los litigios que abarca el correspondiente objeto por parte de personas elegidas por las partes o designadas por el Presidente del CIADI entre los miembros de una lista de árbitros.

A través del Reglamento de Mecanismo Complementario, aprobado en 1978, el arbitraje del CIADI se extendió a otros litigios distintos de los previstos en el art. 25, en los que por lo menos el Estado parte o el Estado del que procede el inversor es miembro del Convenio. Se amplió así la jurisdicción del CIADI a casos en que uno de esos Estados no se encuentra vinculado al Convenio. Esta no se aplica, con todo, a los arbitrajes instaurados en virtud del Mecanismo

* Ponencia impartida el 23 de marzo de 2012 en el VI Seminario internacional de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid.

** Catedrático de la Facultad de Derecho. Universidad de Lisboa.

¹ Cf. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Informe sobre las inversiones en el mundo 2011*, Nueva York/Ginebra, Naciones Unidas, 2011.

² *Vid.*, por último, los datos disponibles en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Carga de Casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2012-1)*, vol. 2011-2.

³ *Vid.*, sobre ese Convenio, A. Broches, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States”, *R. des C.*, vol. 136, 1972-II, pp. 331 ss; C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch y A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009; C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch y S. Wittich (orgs.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009; e I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Barcelona, Bosch, 2010, pp. 159 y ss.

Complementario, tal y como recoge expresamente el art. 3 de dicho Reglamento; lo que reviste importancia, concretamente, en lo relativo al reconocimiento de las decisiones arbitrales proferidas en virtud del Mecanismo Complementario, que no se benefician del principio de reconocimiento automático previsto en el Convenio.

Ahora bien: durante un largo periodo de tiempo, el CIADI permaneció en gran medida inoperante. Hasta comienzos de los años 80, apenas entraron en él una escasa decena de procesos. Fue en la década de 1990, con la celebración de tratados bilaterales de inversión (TBI) a gran escala, cuando el CIADI empezó a tener una actividad más intensa. Estos tratados tienen como finalidad, de forma general, promover y proteger las inversiones realizadas por los ciudadanos y las empresas de cada uno de los correspondientes Estados parte en el territorio de otro Estado parte⁴. Muchos de estos tratados prevén para este fin la posibilidad de someter las controversias relativas a inversiones extranjeras al CIADI, incluso aunque uno de los Estados contratantes no forme parte del Convenio de Washington. Así acontece, por ejemplo, con los tratados bilaterales de inversión celebrados entre Portugal, Angola y Brasil, que de esta forma podrán quedar vinculados a decisiones emanadas del CIADI a pesar de no ser miembros de este⁵.

Concebidos en un principio para tutelar las inversiones procedentes de países occidentales, estos tratados trascienden ampliamente ese ámbito hoy por hoy; se calcula que ya se han celebrado alrededor de 2.500⁶. Estos tratados tienen hoy relevancia no solo para los países desarrollados, sino también para los que poseen economías emergentes y que se han convertido entretanto en exportadores de capitales. Este es exactamente el caso de Angola y Brasil. En ausencia de un convenio multilateral sobre protección de las inversiones, los tratados bilaterales de inversión son actualmente la principal fuente normativa aplicable en la materia. ¿Pero cómo se establece la conexión entre los tratados bilaterales de inversión y el CIADI?

En el caso *Lanco*⁷, decidido en 1998, un tribunal arbitral constituido en el marco del CIADI interpretó la cláusula de arbitraje que constaba en el tratado celebrado en 1991 entre Argentina y los Estados Unidos como una oferta pública por parte de cada uno de los Estados contratantes, dirigida a los inversores nacionales del otro Estado contratante, de sometimiento al arbitraje de los litigios resultantes de inversiones extranjeras⁸. Los inversores extranjeros podrían aceptar esta oferta mediante la incoación del proceso arbitral⁹. Esta interpretación se confirmó posteriormente en el caso *LG&E*, resuelto en 2004¹⁰. Siempre que se invoque en un arbitraje del CIADI la vulneración de un tratado bilateral de inversión, la cláusula de arbitraje consignada en este puede, de acuerdo con esta jurisprudencia, constituir la manifestación del consentimiento del Estado, que el art. 25, párrafo 1, del Convenio de Washington exige a fin de que el Centro pueda ejercer su competencia.

Esta última comprende, según el criterio que ha predominado en la jurisprudencia arbitral del CIADI desde el caso *Vivendi*, juzgado en 2002, no solo las pretensiones fundadas en la vulneración por parte de los Estados de las garantías antes mencionadas, enunciadas en los tratados bilaterales de inversión (*treaty claims*), sino también las que resultan del incumplimiento de contratos suscritos por los Estados u otros entes públicos con inversores extranjeros en el marco de esos tratados (*contract claims*)¹¹.

Incluso las pretensiones puramente contractuales, disociadas de cualquier vulneración de un tratado bilateral de inversión, que se encuentran en principio sustraídas a la jurisdicción de los

⁴ Vid F. de Quadros, *A protecção da propriedade privada pelo Direito Internacional Público*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 48 ss.; e I. García Rodríguez, *La protección de las inversiones exteriores (Los acuerdos de promoción y de protección recíproca de inversiones celebrados por España)*, Valencia, 2005, especialmente pp. 121 ss.

⁵ No obstante, estos dos acuerdos todavía no han entrado en vigor, lo que refleja la política externa de estos países, tradicionalmente poco receptiva a tales tratados.

⁶ Portugal forma parte de 50 tratados bilaterales de inversión, de los que 39 se encuentran en vigor.

⁷ Cf. *Lanco International, Inc. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/6), reproducido en *International Legal Materials*, 2001, pp. 457 ss., y disponible en <http://icsid.worldbank.org>.

⁸ En este sentido, cf. B. Cremades, "Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment-Protection Treaties", *Law in International Business and Dispute Settlement in the 21st Century. Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Colonia, etc., Carl Heymanns, 2001, pp. 149 ss. (p. 158), y J. Lew, L. Mistellis y S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 2003, p. 768.

⁹ J. Lew, L. Mistellis, S. Kröll, *op. cit.*, p. 765.

¹⁰ Cf. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc., v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/1), disponible en <http://icsid.worldbank.org>.

¹¹ Cf. la resolución de anulación dictada a 3 de julio de 2002 en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/3), disponible en <http://icsid.worldbank.org>.

tribunales arbitrales previstos en ese tipo de tratados¹², pueden ejercitarse ante ellos, según una determinada doctrina, cuando esos tratados contienen una cláusula (a menudo denominada “cláusula paraguas” o *umbrella clause*) según la cual cada Estado contratante cumplirá las obligaciones asumidas (máxime a causa de un contrato) ante un inversor nacional de otro Estado contratante¹³.

Los tratados bilaterales de inversión se han convertido, a través de esta jurisprudencia, en uno de los vehículos por excelencia de atribución de eficacia al arbitraje de inversiones previsto en el Convenio de Washington.

II. La nueva competencia de la Unión Europea para celebrar tratados bilaterales de inversión y las cuestiones que plantea en lo relativo a la resolución extrajudicial de litigios

Hasta hace pocas fechas, la competencia para celebrar tratados bilaterales de inversión era exclusivamente de los Estados. No obstante, mediante el art. 207, párrafo 1, TFUE se le atribuye a la Unión la competencia para celebrar acuerdos bilaterales relativos a la inversión directa extranjera con terceros Estados¹⁴.

Esta nueva regla es controvertida por la pérdida de autonomía de los Estados miembros de la Unión que implica: la Unión gana poder a costa de los Estados miembros¹⁵.

No obstante, la regla también tiene enormes virtualidades. Dado que los tratados bilaterales de inversión con terceros Estados pasan a ser concluidos por la Unión, que dispone de más poder de negociación que los respectivos Estados miembros, podrán celebrarse acuerdos con países que hasta ahora no se encontraban vinculados a muchos de esos Estados por esta vía. En otros casos, es posible que los Estados miembros se beneficien de mejores condiciones en esta materia, lo que podrá permitir la captación de más inversiones extranjeras para algunos de esos Estados.

La nueva competencia de la Unión parece, por tanto, positiva en su conjunto desde el punto de vista de los intereses comerciales de los Estados miembros. Sin embargo, esa competencia suscita un determinado número de problemas relacionados con el régimen de resolución por arbitraje, en el ámbito del CIADI, de los litigios relativos a las inversiones comprendidas en esos tratados. Esos son los problemas que analizaremos a continuación.

III. La aplicabilidad del arbitraje CIADI a los tratados europeos de inversión

Entre los problemas mencionados cabe destacar el que deriva de la propia posibilidad del recurso al arbitraje CIADI para resolver esos litigios.

El problema se origina porque la Unión Europea no forma parte del Convenio de Washington, el cual, como vimos, solo atribuye competencia al CIADI para la resolución de litigios entre los respectivos Estados parte y nacionales de otros Estados parte. Ahora bien, el recurso ante el CIADI ofrece, tanto para los Estados como para los inversores portugueses, importantes garantías, razón por la que es deseable preverlo en los futuros tratados europeos de inversión.

Evidentemente, una hipótesis de solución a ese problema consistiría en la adhesión de la Unión Europea al Convenio de Washington¹⁶. No obstante, es dudosa la viabilidad a corto plazo de dicha adhesión, que parece perjudicada por el hecho de que para tal fin se precisaría revisar

¹² Cf., en este sentido, la resolución dictada en 4 de agosto de 2011 en el caso *Abaclat and Others v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/07/05), disponible en <http://icsid.worldbank.org>.

¹³ Vid. S. Lemaire, “*Treaty claims et contract claims*: la compétence du CIRDI à l’épreuve de la dualité de l’État”, *Rev. arb.*, 2006, pp. 353 ss; *id.*, “La mystérieuse *umbrella clause* (interrogations sur l’impact de la clause de respect des engagements sur l’arbitrage en matière d’investissements)”, *Rev. arb.*, 2009, pp. 478 ss; M. Nolan y E. Baldwin, “The Treatment of Contract-Related Claims in Treaty-Based Arbitration”, *Mealey’s International Arbitration Report*, vol. 21, n.º 6, junio de 2006, pp. 1 ss. Sobre la denominada *internacionalización* de los contratos de inversión, que se encuentra asociada a estas cláusulas, *vide* en la bibliografía portuguesa: A. Gonçalves Pereira y F. de Quadros, *Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1993, pp. 176 y ss.; L. de Lima Pinheiro, *Contrato de empreendimento comum* (joint venture) en *Direito Internacional Privado*, Lisboa, Cosmos, 1998, pp. 507 ss; y J. Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 4.ª ed., Cascais, Principia, 2009, pp. 60 ss.

¹⁴ Vid., sobre el tema, J.C. Fernández Rozas, Prólogo a I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, *op. cit.*, pp. 20 s.; N. Lavranos, “Bilateral Investment Treaties (BITs) and EU Law”, 2010 (disponible en <http://ssrn.com>); M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hindenlang (orgs.), *International Investment Law and EU Law*, número especial del *European Yearbook of International Economic Law*, Berlin/Heidelberg, 2011; y M.J. Rangel de Mesquita, *A actuação externa da União Europeia depois do Tratado de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 453 ss.

¹⁵ Sin embargo, los Estados mantienen algunas competencias conexas con las inversiones directas extranjeras, como es el caso, *v.gr.*, de las expropiaciones.

¹⁶ Cf. Comisión Europea, *European Investment Agreements: Dispute Settlement and International Responsibility*, Bruselas, 2011.

el art. 67 del Convenio (que lo declara abierto para firma de los Estados miembros del Banco Mundial) mediante un acuerdo internacional que deberían ratificar todos sus Estados miembros actuales.

Menos compleja, desde este punto de vista, sería la adhesión de la Unión Europea al Reglamento de Mecanismo Complementario del CIADI, cuya revisión para ese fin solo exigiría la intervención del Consejo Administrativo de esta entidad.

De cualquier forma, los tratados europeos de inversión podrán estipular en la actualidad, e independientemente de la adhesión de la Unión Europea al Convenio de Washington, la posibilidad de que los inversores nacionales de los Estados miembros de este incoen el arbitraje previsto en él siempre que el Estado extranjero receptor de la inversión sea parte también del Convenio, hipótesis que cabe en el art. 25 del Convenio.

Otra hipótesis de solución para dicho problema consiste en que los tratados europeos de inversión remitan al reglamento de arbitraje de la CNUDMI, estableciéndose como órgano de administración del proceso arbitral el Secretariado del CIADI. Entre estos mecanismos, el preferible, desde el punto de vista del inversor, es el arbitraje CIADI y no el de la CNUDMI, en virtud del sistema de reconocimiento automático de decisiones arbitrales previsto en el art. 54 del Convenio de Washington. De hecho, cualquier otro mecanismo de resolución de litigios sitúa al inversor en una posición más frágil, dada la necesidad de obtener la revisión y confirmación previas de la decisión arbitral antes de que esta se pueda ejecutar en el Estado receptor de la inversión.

El problema que se acaba de describir podría, no obstante, minimizarse, o incluso resolverse por completo, si en los tratados europeos de inversión se incluyese una cláusula de reconocimiento automático de la decisión arbitral análoga a la que consta en el art. 54 del Convenio de Washington. Esta solución aseguraría que los inversores europeos se beneficiasen, incluso fuera del marco del Convenio, de garantías idénticas a las que los tratados bilaterales de inversión nacionales les confieren.

IV. La acumulación de procesos arbitrales

Dada la mayor amplitud de los tratados bilaterales de inversión europeos, es de suponer que aumente la frecuencia de las situaciones en que diferentes inversores deducen múltiples pretensiones resultantes de los mismos hechos (como sucede desde hace algunos años con Argentina).

Teniendo en cuenta el interés por la coherencia de las decisiones proferidas sobre esas pretensiones y en la economía procesal, parece justificarse que, en ausencia de disposiciones específicas del Convenio de Washington sobre la materia, los tratados europeos de inversión admitan tanto la acumulación de procesos arbitrales (*consolidation of claims*), incoados por separado, como la pluralidad de demandantes o demandados. Para tal, debería regularse también en esos tratados la forma de designación de los árbitros en estos casos.

V. La intervención de los Estados miembros de la Unión en los procesos arbitrales de que esta sea parte

El ejercicio por la Unión Europea de la competencia dispuesta en el art. 207, párrafo 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea implica que esta será parte legítima, como demandada, en los litigios que incoen inversores extranjeros ante tribunales arbitrales en virtud de los tratados europeos de inversión (aunque sean los Estados miembros de la Unión los receptores de las inversiones en causa)¹⁷.

No obstante, en caso de que sea condenada en los procesos así incoados, la Unión podrá tener derecho de repetición contra los Estados miembros, en la medida en que se puedan imputar a estos los actos u omisiones que determinaron la condena.

De este hecho surge la necesidad de incluir en los futuros tratados europeos de inversión un mecanismo que pueda posibilitar la intervención de los Estados miembros en los procesos arbitrales de los que forme parte la Unión, que permita asegurar, por un lado, la correcta defensa de los intereses de esos Estados en el proceso arbitral y, por otro, que la decisión proferida en esta constituya también cosa juzgada para ellos.

¹⁷ Vid. S. Schill, "Arbitration Procedure: The Role of the European Union and the Member States in Investor-State Arbitration", C. Kessedjian (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2011, pp. 129 y ss. (p. 134).

VI. La subsistencia de los tratados bilaterales de inversión nacionales

¿Y qué sucede con los TBI nacionales en este contexto? ¿Implicará la celebración de los tratados europeos de inversión necesariamente la caducidad o la revocación de los tratados existentes entre Estados miembros y terceros países, cuyo número se calcula en torno a 1.200 (es decir, casi la mitad de los tratados bilaterales de inversión en todo el mundo)¹⁸?

Esta materia es objeto de una propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece disposiciones transitorias para los acuerdos bilaterales de inversión entre los Estados miembros y los países terceros¹⁹. En esta se prevé: el deber de los Estados miembros de notificar a la Comisión los TBI celebrados o firmados con terceros Estados antes de la entrada en vigor del reglamento; la autorización a los Estados miembros, de conformidad con el art. 2, párrafo 1, del TFUE, para mantener en vigor los TBI notificados de acuerdo con el reglamento; la publicación en el DOUE de la lista de acuerdos notificados; la posibilidad de que la Comisión proceda a reexaminar los TBI notificados, y la posibilidad de que se retire la autorización mencionada a los Estados miembros siempre que la Unión ya haya ratificado un TBI celebrado con el mismo país tercero y también cuando un acuerdo contradiga el Derecho Europeo o constituya un serio obstáculo a la celebración de futuros TBI.

Por lo tanto, los TBI nacionales, en principio, se mantienen en vigor hasta ser sustituidos por un TBI europeo (*grandfather clause*): las reglas antiguas se mantienen en vigor para ciertas situaciones.

El proyecto de reglamento también prevé la posibilidad de que se autorice a los Estados miembros a iniciar negociaciones con terceros países para modificar un TBI existente o celebrar un nuevo TBI. Es la *empowerment clause*, fundada también en el art. 2, párrafo 1, del TFUE. No obstante, esa negociación tiene lugar bajo la estricta supervisión de la Unión Europea. Esta cláusula, así como la inevitable demora en la conclusión de nuevos TBI por la Unión Europea, revelan que, a pesar de las nuevas competencias de la Unión en la materia, los TBI nacionales subsistirán durante varios años, lo que plantea el problema de saber si los TBI nacionales deberán ajustarse al modelo de nuevo TBI europeo en preparación.

En la medida en que de este resulte un aumento de garantías para los inversores nacionales, parece que debería preconizarse ese ajuste: de hecho, difícilmente se entendería que los acuerdos relativos a inversiones extranjeras celebrados por la Unión Europea protegiesen más a los inversores nacionales que a los acuerdos celebrados por los Estados miembros.

Así, en materia de resolución de litigios relativos a inversiones, las soluciones adoptadas en los tratados bilaterales de inversión nacionales deberían alinearse con lo que se establezca en los tratados europeos en cuanto al plazo mínimo de consultas antes de la incoación del litigio; a los mecanismos disponibles de resolución de litigios (que en varios países no incluyen actualmente el mecanismo complementario del CIADI), y a la reversibilidad de la opción realizada por el inversor sobre el mecanismo de resolución de litigios accionado en el caso concreto²⁰.

RESUMEN: *El arbitraje de inversiones y las nuevas competencias de la Unión Europea conforme al art. 207 TFUE*

El arbitraje ha adquirido durante los últimos años una creciente importancia como forma de resolución de los litigios relacionados con inversiones extranjeras. En buena medida, eso se debe al hecho de que los tratados bilaterales de inversión celebrados entre muchos Estados prevén la posibilidad de someter a arbitraje los litigios relativos a inversiones realizadas por los ciudadanos y las empresas de cada uno de los Estados partes en el territorio de otro Estado parte. La competencia para celebrar dichos tratados era, hasta hace pocas fechas, exclusivamente de los Estados. Sin embargo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea atribuye a la Unión la competencia para celebrar acuerdos bilaterales relativos a la inversión directa extranjera con terceros Estados. Esa competencia suscita diversos problemas relacionados con el régimen de

¹⁸ Cf. la comunicación de la Comisión Europea titulada *Hacia una política global europea en materia de inversión internacional*, documento COM (2010) 343 final, de 7 de julio de 2010.

¹⁹ Cf. el documento COM (2010) 344 final, de 7 de julio de 2010, sobre el que se pronunció el Parlamento Europeo en la resolución legislativa de 10 de mayo de 2011, disponible en <http://www.europarl.europa.eu>.

²⁰ Igual de problemática es la cuestión de la subsistencia de los TBI intraeuropeos, es decir, celebrados entre Estados miembros de la Unión Europea. No obstante, no la analizaremos aquí, dado que, como demuestra la decisión proferida a 26 de octubre de 2010 por el Tribunal Permanente de Arbitraje en el caso *Eureka c. República Eslovaca* (disponible en <http://www.italaw.com>), se plantean en relación con la subsistencia y aplicabilidad de esos TBI dificultades particulares, relacionadas con su compatibilidad con el propio Derecho de la Unión Europea y los mecanismos jurisdiccionales estipulados en los respectivos Tratados. Vid. I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, "El arbitraje de inversión en el marco de los APPRI celebrados entre dos Estados miembros de la Unión: los APPRI intra-EU y el Derecho de la Unión (Eureka B.V. c. República de Eslovaquia, Corte Permanente de Arbitraje, Caso N.º 2008-13)", *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol IV, n.º 3, 2011, pp. 769 ss.

resolución por arbitraje de los litigios relativos a las inversiones comprendidas en esos tratados, entre los cuales se destacan la aplicabilidad del arbitraje CIADI en el marco de los tratados europeos de inversión, la admisibilidad de acumulación de procesos arbitrales Europeos relativos a inversiones, la legitimidad de los Estados Miembros de la Unión Europea para intervenir en los procesos arbitrales de que esta sea parte, y la subsistencia de los tratados bilaterales de inversión nacionales y de sus cláusulas de arbitraje.

PALABRAS CLAVE: ARBITRAJE – CIADI – INVERSIONES – TRATADOS BILATERALES – UNIÓN EUROPEA.

ABSTRACT: Investment Arbitration and the New Powers of the European Union in Accordance with art. 207 TFEU

In recent years, arbitration has gained growing significance as a means of settling disputes related to foreign investments. To a large extent, this is due to the fact that bilateral investment treaties entered into between many countries provide for the possibility of submitting to arbitration disputes arising from investments made by individuals or companies of each contracting State in the territory of another contracting State. Until recently, the competence to enter into such treaties belonged exclusively to States. However, the Treaty on the Functioning of the European Union has empowered the Union to conclude bilateral treaties with third States concerning direct foreign investment. This new competence is raises several problems related to the settlement by arbitration of disputes concerning investments comprised in the scope of such treaties, including the applicability of ICSID arbitration within the framework of European investment treaties, the admissibility of the consolidation of claims in European investment arbitrations, the legitimacy of Member States' intervention in arbitration proceedings to which the European Union is a party and the subsistence of national bilateral investment treaties and their arbitration clauses.

KEY WORDS: ARBITRATION – BILATERAL TREATIES – EUROPEAN UNION – ICSID – INVESTMENTS .