

MESA REDONDA: POSTURAS ENCONTRADAS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL*

ROUND TABLE: CONFLICTING POSITIONS IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Jesús Remón**
Uría Menéndez
Miguel Virgós***
Uría Menéndez
Gabriel Bottini****
Uría Menéndez
Álvaro López de Argumedo*****
Uría Menéndez
y José Miguel Fatás*****
Uría Menéndez

Are the criticisms to investment arbitration valid? Is the annulment action an indispensable mechanism? Can the acts of ius imperium of the States be submitted to arbitration?

This round table respond to each of these questions by addressing many controversial issues in international arbitration.

KEYWORDS: *International arbitration; commercial arbitration; investment arbitration; enforcement; lex mercatoria; New York Convention; seat; award.*

¿Son válidas las críticas al arbitraje de inversiones? ¿Es el recurso de anulación un mecanismo indispensable? ¿Pueden los actos de ius imperium de los Estados ser sometidos a arbitraje?

La presente mesa redonda, responde a cada una de estas interrogantes, tratando muchos temas controversiales en el arbitraje internacional.

PALABRAS CLAVE: *Arbitraje internacional; arbitraje comercial; arbitraje de inversiones; Convención de Nueva York; ejecución; lex mercatoria; recurso de anulación; sede; laudo.*

* Las entrevistas fueron realizadas por Fabio Núñez del Prado, asociado del área de arbitraje internacional de Uría Menéndez y profesor de la Universidad Carlos III de Madrid. También es profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS.

** Socio de Uría Menéndez y jefe del área de público, procesal y arbitraje. Es abogado del Estado en excedencia y es vocal permanente de la Comisión General de Codificación. También es Presidente de Honor del Club Español de Arbitraje.

*** Socio de Uría Menéndez. LL.M. por Columbia University y Doctor en Derecho por la Università degli Studi di Bologna. Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Universidad Autónoma de Madrid. Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación.

**** Socio de Uría Menéndez. LL.M. por New York University y candidato a Doctor por Cambridge University. Ex Director Nacional de Asuntos Internacionales de la Procuración del Tesoro de República de Argentina. Profesor adjunto de Derecho Internacional Público en la Universidad de Buenos Aires.

***** Socio de Uría Menéndez. Doctorando en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Ha sido profesor del programa avanzado sobre práctica arbitral que organiza el Instituto de la Empresa, así como en el Máster en Derecho Privado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

***** Socio de Uría Menéndez. Abogado del Estado en excedencia. Ex Director General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

1. ¿Cuáles son las ventajas que tiene el arbitraje frente al Poder Judicial?

REMÓN: Pues yo creo que ahí hay que diferenciar entre el arbitraje interno y el arbitraje internacional. Cuando hablamos de arbitraje internacional, es decir, cuando hablamos de sistemas de solución de disputas vinculadas al comercio internacional o a las inversiones internacionales, no tiene mucho sentido hablar de ventajas. Y no tiene mucho sentido hablar de ventajas porque el arbitraje internacional se impone como una necesidad; es la única solución posible. Y es la única solución posible fundamentalmente porque las partes lo que quieren es un mecanismo neutral. De manera que creo que la pregunta tendría más sentido si se aplica en el ámbito del arbitraje doméstico.

A mi juicio en el ámbito del arbitraje doméstico la fundamental ventaja del arbitraje frente a la jurisdicción está antes que otras muchas en la especialización de los árbitros; en el conocimiento por parte de los árbitros de la sustancia del arbitraje. En alguna ocasión he dicho que la jurisdicción es un servicio público que evidentemente es la fórmula más adecuada para resolver los problemas entre los ciudadanos, y entre los ciudadanos y los poderes públicos. No obstante, a medida que la economía se ha hecho más compleja y se ha globalizado, en determinados sectores económicos se ha creado una propia racionalidad. Esa propia racionalidad no es entendida muchas veces por el servicio común de la justicia precisamente porque requiere conocimientos muy específicos. Y cuando existen controversias o conflictos en esos sectores tan específicos, el conocimiento de esa racionalidad interna del sector, de las singularidades y de los intereses que están debajo de cada uno de los negocios, no se le puede exigir al servicio público común de la justicia y es algo que sí pueden aportar los árbitros.

La segunda cuestión tendría que ver básicamente con la rapidez en la eficacia de lo resuelto. En determinadas jurisdicciones –y quiero explicar por qué digo en la eficacia de lo resuelto– hay jurisdicciones que funcionan con una gran calidad y con cierta rapidez. Desde luego en España a partir de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 tenemos una justicia que se desenvuelve con calidad y que busca la rapidez y con medidas concretas que auspician y potencian esa rapidez. Sin embargo, con mucha frecuencia lo que hay es no solamente una sentencia de primera instancia que se produce con rapidez, sino que posteriormente hay un largo sistema de recursos que hace que la eficacia, la ejecutividad de lo resuelto, se dilate demasiado.

Eso no ocurre en el arbitraje. Los procedimientos de la Cámara de Comercio Internacional que co-

nocemos bien en toda la región latinoamericana, están teniendo una duración media, según las últimas estadísticas, de un año y medio. Pero aunque puedan estar en año y medio, lo que existe es la posibilidad de ejecutar rápidamente ese laudo; de ejecutarlo además en cualquier parte del mundo; y de ejecutarlo en cualquier parte del mundo con más facilidad que una sentencia judicial.

Esas serían por tanto las ventajas fundamentales más allá de otra que es la de la confidencialidad que en ocasiones puede tener relevancia, pero me parece que el mundo del arbitraje debe caminar hacia un avance de la transparencia en muchas cuestiones, manteniendo sí la confidencialidad de las partes en el seno del procedimiento. Sin embargo, me parece que no siempre es una ventaja esencial porque incluso muchas veces son las partes quienes dan noticia pública a los reguladores de los mercados de valores de los procedimientos arbitrales.

2. ¿Cuáles cree usted que son las deficiencias del arbitraje? ¿Cómo se le puede mejorar?

Remón: Yo creo que hay que simplificar los procedimientos. Durante mucho tiempo se ha considerado que había un molde estricto que operaba con poca flexibilidad, como el molde para la sustanciación de los procedimientos arbitrales. Un molde que tenía muchas veces una doble ronda de alegaciones, que generaba una inmensa cantidad de papel con alegaciones extensísimas y con audiencias también de extraordinaria duración. Me parece que eso de utilizar un molde común o uniforme para todos los procedimientos arbitrales es un claro defecto.

Los árbitros deben conducir desde las primeras reuniones preparatorias a elaborar un traje a la medida para cada procedimiento arbitral. Los reglamentos más modernos están modificándose casi constantemente para ajustarse a las mejores prácticas internacionales y están estableciendo procedimientos de menor complejidad y menor duración para reclamaciones menores. De manera que lo que yo diría es que el principal defecto es aplicar moldes o trajes que no son a la medida a lo que tiene que ser siempre un traje a la medida.

El segundo defecto dependerá ya de cada árbitro. Siempre se repite que un arbitraje vale lo que valen sus árbitros. Evidentemente cuando hay un buen árbitro, pocos defectos se pueden apreciar en el procedimiento arbitral. La importancia de que todos los árbitros se reconozcan independientes e imparciales y, por tanto, la exclusión del árbitro partisano es algo que pone al arbitraje en la mejor de las sendas. Desde luego un defecto

también sería la existencia de árbitros partisanos y en algunas jurisdicciones de la región latinoamericana eso ha sido un defecto que ha sido tradicionalmente denunciado.

3. ¿Cree que el contractualismo del arbitraje puede ocasionar problemas? ¿Crees que la posibilidad de que se dicten decisiones contradictorias es un problema inherente al arbitraje?

Remón: La posibilidad de que existan decisiones contradictorias se produce tanto en el arbitraje como en el proceso judicial. Lo que ocurre es que en la jurisdicción puede haber finalmente una instancia unificadora que será el recurso ante la Corte Suprema y, por lo tanto, puede haber elementos de previsibilidad o unificación de las líneas de decisión que es lo que denominamos jurisprudencia o acervo jurisprudencial. En el arbitraje evidentemente eso no existe. No existen instancias de unificación porque la única posibilidad de control del laudo es la acción de anulación que se produce en cada uno de los procedimientos independientes.

Claro, una forma de paliarlo sería la acumulación de procedimientos y eso no siempre es posible evidentemente, como tampoco es posible esperar a que el conflicto se vaya definitivamente fraguando para tener contra quien ir o el conjunto de los que tienen que reclamar. Sí, es sin duda alguna un problema que se ve compensada por las otras ventajas que ya he mencionado.

4. Hace algunos años en Bélgica se tomó una medida drástica, puesto que se eliminó el recurso de anulación. ¿Cree usted que fue una buena idea?

Remón: No debía ser tan buena idea porque duró poco. Allá por el año 1998 desapareció esa prohibición. Es algo sobre lo que me he ocupado en varias ocasiones. En arbitraje el Estado confiere al laudo los mismos efectos que una sentencia y lo hace con carácter *erga omnes*, por tanto, la existencia de un mecanismo último de control es algo justificable y razonable.

¿Qué ocurre? Que durante mucho tiempo se ha visto en la acción de anulación un riesgo para el arbitraje; un riesgo porque evidentemente cuando un laudo se anula; el tiempo, el esfuerzo y el dinero de las partes no sirve de absolutamente nada. Ese riesgo existe cuando la jurisdicción de control no comprende bien las especialidades del arbitraje y, en consecuencia, viene a producir anulaciones que puede nacer de cierto sesgo, de cierto prejuicio anti-arbitral.

Ahora bien, con jurisdicciones que comprenden los principios del arbitraje, creo que la acción de anulación deja de ser un riesgo para convertirse en una garantía porque solamente será un riesgo para los malos arbitrajes y para los malos laudos, y es bueno para el sistema arbitral en su conjunto en que se anulen los malos laudos. Por lo tanto, creo que en un buen entendimiento de la acción de anulación, el recurso de anulación pasa de ser un riesgo a una garantía; una garantía que satisface además a las partes porque saben que aunque el arbitraje sea un solo disparo; si existen realmente vulneraciones del *due process*, si existe un riesgo de extralimitación respecto de lo sometido a arbitraje, si existe una infracción de principios que sean realmente el centro de un orden público internacional; ese laudo será anulado.

5. ¿Estaría usted de acuerdo con que las partes puedan vía autonomía privada renunciar anticipadamente al recurso de anulación?

Remón: Yo creo que el establecimiento de un único sistema del control de los laudos en que sea el juez del *exequatur* quienes ejerzan el control en el arbitraje internacional (y no el juez de anulación y después luego el juez del *exequatur*) puede tener cierta racionalidad.

Por lo tanto, todas las tesis que se han defendido al respecto me parecen de algún modo razonables. Creo que sin embargo el tema es complejo. Y hay una cuestión también esencial: cuando un determinado sistema procesal como, por ejemplo, España, incorpora la acción de anulación, ya no cabe es el pacto de renuncia. Eso ya no es posible si es que el legislador ya configuró ese remedio como sistema del control del laudo.

6. En muchos países del mundo se incluye dentro del concepto de orden público internacional el concepto de orden público procesal. ¿Usted está de acuerdo con ello?

Remón: El tema de la delimitación del contenido del orden público es el problema propio de las cláusulas generales. Integrarlas es complejo, pero hay que establecer mecanismos de delimitación porque no pueden ser un pórtico a la libre discrecionalidad del juez de anulación en este caso.

Dicho eso, ¿cuál es la mejor forma de delimitar el contenido del orden público como motivo de anulación? Hacer que sirva a los principios esenciales del propio ordenamiento sistema arbitral. No cabrá nunca un orden público que integre en su contenido una determinada capacidad de ir en contra de esos principios.

Y principios básicos son el de intervención mínima del juez en el arbitraje (precisamente por esa naturaleza contractual y porque el arbitraje nace de la autonomía de la voluntad).

Principio esencial es también que el arbitraje se desenvuelva fuera del derecho a la tutela judicial efectiva. Y quiero que se entienda bien esto: cuando las partes someten una controversia a arbitraje están renunciando a ejercitar su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva porque éste es un derecho de prestación, es el derecho a exigir una prestación de los órganos del Estado. En ese sentido, en ejercicio de una autonomía de la voluntad que está constitucionalizada, las partes renuncian a ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva para someter a los árbitros la resolución de sus controversias. A partir de ahí, las técnicas de garantía son distintas: la garantía del procedimiento se desenvuelve en el plano de la legalidad ordinaria, no en el plano del contenido del derecho fundamental.

Por eso no creo que haya un orden público procesal equivalente al orden público procesal que, como contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se proyecta sobre un proceso. La cuestión es distinta. La Ley de Arbitraje Española en el artículo que regula los motivos de anulación establece que un motivo de anulación es que haya habido una infracción del *due process* o que haya habido una extralimitación de los árbitros, pero lo que no cabe es aplicar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que se aplica a los procedimientos judiciales al arbitraje. En ese sentido, creo que hay que reconfigurar o visitar el concepto de orden público procesal como motivo de anulación.

7. ¿Qué es la *lex mercatoria*?

VIRGÓS: Para responder la pregunta, me gustaría comenzar con un caso real, que es el caso Accenture. Como quizá saben, Accenture es el resultado de la división en dos empresas de Arthur Andersen, —que era una auditora y consultora— establecida en cerca de 45 países. Como consecuencia de las tensiones que emergieron entre las dos divisiones encargadas de esas actividades, decidieron divorciarse. Uno de los problemas del divorcio era de orden económico, i.e., el de las cantidades que se repartían en ese contexto de separación y decidieron someterse a un arbitraje internacional.

Lo curioso de este arbitraje internacional es que dada esta plurilocalización de Arthur Andersen, la decisión que tomaron fue que no se aplicara ninguna ley nacional. Pero, si no había ninguna ley nacional, ¿conforme a qué criterio se va a decidir este arbitraje? pues en el mandato al árbitro —por cier-

to, un árbitro único y de nacionalidad colombiana— se decía que se adoptaría la decisión sobre la base de los contratos de los estatutos de las sociedades porque Arthur Andersen era como una especie de franquicia que tenía una sociedad central en Suiza y que después iba autorizando el uso de Arthur Andersen con una serie de condiciones de uso en los respectivos países y, si el árbitro no podía decidir conforme a los contratos y a los estatutos —y esto es lo importante, decidiría de acuerdo a los principios que se pudieran deducir de esos contratos y de esos estatutos y, en último término, conforme a la *lex auditora*. Ahora, a la pregunta de si eso es posible la respuesta es un sí, clarísimo. El arbitraje va desde el arbitraje de derecho hasta el arbitraje de equidad. Entre el arbitraje de Derecho y el arbitraje de equidad caben fórmulas intermedias. Entre esas fórmulas intermedias está la de que los árbitros decidan conforme a los criterios que las partes le indican, sean o no normas jurídicas de un Derecho determinado. La pregunta de si esto es teoría o realidad la podemos contestar fijándonos que en cualquier gran ciudad podemos ver a Accenture como una firma independiente de lo que había sido Arthur Andersen y recordando que en buena medida es el resultado de un laudo arbitral decidido conforme a esos criterios. Así que, en ese sentido, lo primero que tenemos es un principio de autonomía fuerte en el ámbito del arbitraje internacional.

A la pregunta de si las partes suelen someterse no a criterios determinados, sino genéricamente a la *lex mercatoria*, yo, en mi práctica, no lo he visto. Sí he visto, en cambio, en relaciones curiosamente con China, que algunas las partes sometían sus contrato a los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales que forma como una especie de mini-código que completa el contrato. De todas formas, esto es una excepción. Lo normal es que los contratos en el ámbito internacional sean muy largos porque en cierta medida sustituyen o intentan evitar las reglas que por defecto se aplican en las transacciones nacionales (por ejemplo, las reglas sobre contratos del Código civil o mercantil aplicable) y, por lo tanto, se contractualiza al máximo todo lo que puede ser la regulación de las diferentes cuestiones que puedan surgir en el contexto de formación y ejecución del contrato. Pero —como decía— nunca se someten genéricamente a la *lex mercatoria*. Ahora bien, si es verdad que las partes se someten cada vez con más frecuencia a principios como los Principios UNIDROIT, los Principios de los Derechos de los Contratos Europeos o la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (aun cuando no fuera aplicable en sus propios términos). Todos estos son ejemplos que se utilizan cuando el contrato se somete a la ley nacional, y en esa ley nacional hay una dificul-

tad de aplicación o hay una laguna. En esos casos hay una tendencia fuerte a utilizar el derecho comparado y sobre todo, en el caso de un contrato internacional, a este tipo de instrumentos que de algún modo representan reglas de los contratos, sí, pero también reglas consensuadas entre culturas jurídicas diferentes.

Y el último punto: ¿es verdad que existe un orden jurídico independiente de los derechos nacionales? Yo creo que no. El único país donde se acercan a esa posición es Francia, pero yo, de verdad, no creo que los jueces franceses estén legitimados —desde el punto de vista incluso constitucional— para establecer ellos mismos una regla de reconocimiento (una regla de reconocimiento en el sentido del que habla Hart de las reglas de reconocimiento de lo que es jurídico, de lo que es derecho). No creo que los jueces puedan por sí mismos hacer esa regla de reconocimiento para que desde el punto de vista del ordenamiento francés se entienda que exista un ordenamiento del arbitraje paralelo, exterior y superior o, por lo menos, que sobrevuela los ordenamientos nacionales. Es decir, no creo que exista un orden jurídico transnacional que rige los contratos independientemente de los derechos nacionales.

8. Uno de los temas en que la doctrina no está de acuerdo es dónde debe encontrarse la *lex mercatoria*. Muchos juristas dicen que la *lex mercatoria* está constituida por una serie de principios que está en el cielo, mientras que otros señalan que se encuentra en el clausulado de los contratos que se celebran todos los días. En tu opinión, ¿dónde se encuentra la *lex mercatoria*?

VIRGÓS: Hay dos maneras de verlo porque *lex mercatoria* es un concepto demasiado amplio. Si nos referimos a los usos y costumbres de un sector determinado, a lo que son los usos comerciales, desde luego que tienen una importancia capital y hay sectores enteros donde uno no entiende la contratación, salvo que entienda cuáles son los usos del sector. Y esos usos efectivamente se encuentran reflejados en las prácticas, se encuentran reflejados en los modelos de contratos estandarizados que se utilizan, etcétera.

Pero yo creo que esa parte, esa concepción, esa versión “punto uno” o versión mínima de la *lex mercatoria* es generalmente aceptada. La que no está aceptada es la versión fuerte o la versión “punto dos” que es una especie de supra-ordenamiento, un orden legal autónomo. Hay algunos autores en Alemania —recuerdo uno, K.P. Berger— que ha escrito un libro magnífico sobre la *lex mercatoria* y que están intentando hacer una compilación de

principios. Berger ya ha compilado unos 85 principios que formarían el núcleo de esa *lex mercatoria*. Pero son principios de orientación que yo, no he visto que las partes hagan referencia a ellos ni en los contratos, para someterse a ellos o incorporarlos, ni tampoco en la jurisprudencia arbitral, más que como argumento de apoyo, como argumento de razonabilidad.

9. La mayor parte de reglamentos arbitrales modernos en el mundo incluyen una disposición sobre norma aplicable que autoriza a los árbitros a utilizar “los usos y las prácticas aplicables”. ¿Cree usted que es adecuado que los árbitros apliquen la *lex mercatoria* en virtud de esta disposición?

VIRGÓS: Sí, precisamente por esa razón está incluida en los reglamentos, pero normalmente siempre debajo de lo que es la ley aplicable o las reglas jurídicas aplicables. Sin lugar a dudas es un elemento importante de la práctica arbitral el que, en primer lugar, las empresas sepan que esos usos van a ser aplicables y, luego, que los tribunales arbitrales lo sepan.

Pero esa es el área de confort. Si nos salimos del área de confort y nos vamos de nuevo a esa idea de que hay un orden desligado de los derechos nacionales, ya digo que es muy raro ver un contrato donde las partes no digan que se aplica un derecho nacional dado o no predeterminen los criterios de decisión. Antes he puesto un ejemplo positivo (la referencia a los Principios Unidroit) y ahora voy a poner un ejemplo negativo, para que vean la dificultad que tienen este tipo de teorías o ensayos cuando se llevan a la práctica.

Me refiero al caso Eurotunnel, el túnel entre Europa y el Reino Unido que fue una obra de ingeniería impresionante y que requirió una inversión enorme. Pues bien, en la medida que era un proyecto combinado Francia - Reino Unido, ¿cuál era la ley aplicable a los contratos que se firmaran? Pues bien, a alguien se le ocurrió, quizá después de leer uno de estos ensayos sobre la *lex mercatoria*, que nada mejor que decir que el contrato se regiría por el “tronco común” de principios de los contratos entre el derecho francés y el derecho inglés (porque el Reino Unido tiene una pluralidad de ordenamientos). Esto fue una ocasión magnífica para que despachos de abogados y profesores europeos tuvieran que escribir opiniones legales cada vez que se planteaba un problema para identificar ese tronco común de principios. Al final el experimento se tradujo en un coste legal completamente desbordado para determinar los problemas que fueron surgiendo y, por lo tanto, en una experiencia fallida.

Ahora bien, con esto no quiero dar la impresión de que las transacciones internacionales se rigen exclusivamente por los derechos nacionales porque sí es cierto que hay una serie de cuestiones, una serie de problemas, para los cuales el basarse en unas reglas comunes derivadas de la práctica y que sean generalmente aceptadas, puede resultar siendo muy útil.

10. Ahora vamos a hablar de otro tema controversial: el reconocimiento del laudo anulado. ¿Nos podría explicar la diferencia entre la teoría territorial del laudo y la teoría anacional del laudo? ¿Con qué teoría está de acuerdo usted?

VIRGÓS: Esto de las teorías es abstraer mucho. La infraestructura del arbitraje internacional viene constituida básicamente por la Convención de Nueva York de 1958. 1958 es hace muchos años. Esto quiere decir que la concepción de partida de la Convención es una concepción donde la ley de la sede tiene una importancia capital y, por lo tanto, yo sí creo que tiene razón, por ejemplo, el profesor Reisman de Yale cuando dice que hay una jurisdicción primaria y una serie de jurisdicciones secundarias. Yo creo que esa división sirve para ejemplificar la importancia que sigue teniendo la sede. La ley de la sede, además, en la Ley Modelo UNCITRAL también tiene ese papel central que le corresponde, por ejemplo, cuando son los tribunales de la sede aquellos que en su caso pueden decidir o no sobre la anulación de un laudo.

Por lo tanto, el punto de partida es que los laudos encuentran su anclaje en una sede y esa sede establece una serie de condicionamientos sobre el arbitraje, siendo el más importante el que acabamos de ver sobre la posible anulación. Y las partes tienen que ser responsables. Pueden ir a un país que sea amigable para el arbitraje en cuyo caso sus tribunales nacionales van a ser respetuosos pues van a realizar solamente un control de garantías procesales y un control de orden público denominado “orden público internacional”. Pero también podemos ir a una sede poco amigable que, en la medida en que el resultado del laudo no sea el equivalente exacto del resultado de la decisión de un tribunal de ese país, podría anular el laudo. Por lo tanto, hay un elemento importante y es que la sede puede elegirse y, por lo tanto, es responsabilidad de las partes elegir una sede favorable.

Ese es el punto uno. El punto dos es que efectivamente la Convención de Nueva York en la versión inglesa no dice que se “se denegará el reconocimiento” cuando un laudo sea objeto de anulación en el país de origen, sino que dice “se podrá anular”. Y sobre la base de este “may” (se podrá) y/o

combinado con la regla de la mayor favorabilidad porque la Convención de Nueva York permite el aplicar cualquier regla más favorable al reconocimiento, los tribunales franceses han desarrollado una tesis según la cual el laudo no se anula en ningún ordenamiento nacional y, por lo tanto, el hecho de que se anule sería un hecho indiferente. Dicen que el laudo se rige por una especie de derecho del arbitraje internacional, un ordenamiento ajeno a la ley o al derecho del país de la sede y, por lo tanto, el único control básicamente que procede del laudo es en sede de ejecución.

Esta es la teoría extrema que efectivamente aplican los tribunales franceses. He de decir que la aplican asimétricamente porque uno va a Francia y ve que anulan laudos y recomiendo que el laudo anulado por los tribunales franceses no intente ser ejecutado en Francia, porque no va a ser ejecutado allí. En cambio, si el laudo en lugar de ser anulado en Francia es un laudo que resulta anulado en Suiza, entonces los tribunales franceses aplican esta teoría de que el laudo vive en el mundo exterior y lo único que consideran es si reúne las condiciones de la ejecución en Francia. Se ejecuta entonces en Francia con independencia de si el laudo es anulado o no. Es una construcción que se entiende mal por más motivos. Y es que se basa en una idea de unidad: el arbitraje internacional se regula por un derecho unitario externo, diferenciado y separado de los derechos nacionales. Sin embargo, conduce necesariamente a la fragmentación de la respuesta jurídica, porque el laudo anulado puede ser o no ser reconocido y ejecutado según el país en que se pretenda reconocer o ejecutar.

11. ¿Conoce casos recientes en que se haya aplicado la doctrina del reconocimiento del laudo anulado?

VIRGÓS: Hay un caso relativamente reciente de hace quizá tres o cuatro años que es EDF contra Endesa e IPF. En este caso se dictó un laudo que resultó anulado en Argentina y que posteriormente fue llevado a la ejecución en Estados Unidos donde se rechazó porque había sido anulado. Lo mismo sucedió en Chile y en Brasil. Entonces se ve bien que la tesis francesa a lo que da lugar es a una especie de laudo que no puede ejecutarse en su país de origen, que tampoco no se va a poder ejecutar en muchos otros países, pero que cuya ejecución se seguirá intentando a la busca de un país, que como Francia, considere que es indiferente la anulación del laudo en su Estado de origen. Esto, desde el punto de vista de lo que las partes buscan cuando acuden al arbitraje internacional –que es un mecanismo neutral y que proporcione previsibilidad– resulta completamente lo contrario a lo que quieren.

En Francia el primer caso donde la doctrina francesa aplicó esta teoría de que el laudo anulado en el país de origen podía ser ejecutado libremente en los demás Estados fue el caso Norsolor que me parece que es de los años 80. Asimismo, hay un caso francés que es el caso Hilmarton que muestra los peligros de que se pongan las teorías por encima de las necesidades de los usuarios del arbitraje. Hilmarton es una empresa que ayuda a compañías de distintos países cuando quieren penetrar en el mercado argelino que es un mercado difícil y lo que cobran es una comisión cuando tienen éxito obteniendo un contrato u obteniendo una operación para sus clientes en Argelia. Uno de los clientes se niega al pago de las comisiones y Hilmarton inicia un arbitraje en Suiza. Como consecuencia de que en Argelia hay una regla prohibitiva conforme a la cual no se pueden pagar comisiones por operaciones realizadas en Argelia, el tribunal arbitral aplica esa regla imperativa como regla del país donde se debía de ejecutar, y la consecuencia es que al demandante se le niegan las indemnizaciones o el cobro de las comisiones. Hilmarton inicia un recurso de anulación en Suiza y el Tribunal Federal Suizo anula el laudo porque entiende que la regla argelina no es compatible con las ideas suizas de derecho. En otras palabras, no es compatible con el orden público internacional y, por lo tanto, nos encontramos en una situación en que el laudo queda anulado en Suiza. Sin embargo, luego este laudo es ejecutado en Francia en 1990.

En el intermedio, Hilmarton reinicia el arbitraje porque la anulación del laudo no comporta la anulación de la cláusula o convenio arbitral y esta vez se emite un laudo que es favorable a Hilmarton y que condena a la contraparte al pago de una serie de cantidades. Sin embargo, la Corte de Casación Francesa, a pesar de que ya hay un segundo laudo suizo a favor de Hilmarton, confirma la ejecución del primer laudo en Francia. Esta es la situación en Francia, pero en paralelo el segundo laudo pronunciado en Suiza es reconocido y ejecutado en el Reino Unido. La situación en que las partes se encuentran es que en Francia vale el laudo anulado; sin embargo, en el Reino Unido y en otros países vale el segundo laudo, por lo que las partes se ven forzadas a continuar la disputa a efectos de determinar cuál de los dos laudos prevalece.

Al final las partes tuvieron que resolver el problema mediante una transacción, viendo que lo que estaban haciendo era gastarse una fortuna en litigios, sin que se llegara a una solución final.

La pregunta que nos tenemos que dirigir es si con esta "lucha de teorías jurídicas sobre el papel de la sede o sobre si hay un orden jurídico supranacional es lo que los usuarios del arbitraje nece-

sitan cuando acuden al arbitraje llamados por el reclamo de que van a obtener una solución rápida, predecible y conforme a los usos y tradiciones del comercio internacional. Y yo creo que la respuesta es no y, por lo tanto, creo que la idea francesa es profundamente negativa para los usuarios del arbitraje internacional.

12. Sin embargo, en muchos países se anulan laudos por causales absolutamente exóticas, ¿no cree usted que en estos casos resulta deseable que se reconozca un laudo anulado en Estados distintos a la sede?

VIRGÓS: Esto nos relaciona con la distinción entre regla y excepción. La construcción francesa, a mi juicio, es criticable porque convierte en regla lo que en buena lógica debería ser una excepción. Convierte en regla la ejecución de un laudo anulado en su país de origen. En mi opinión, en una correcta de interpretación de la Convención de Nueva York y en atención a lo que los usuarios del arbitraje quieren, eso debe ser la excepción.

Y efectivamente hay países –los Estados Unidos de América (caso Chromalloy o caso Termorío) por ejemplo– en que se llega a una construcción más elaborada, donde el principio de base es que si las partes han elegido un arbitraje en un país determinado, deben ser responsables por su elección y, por lo tanto, si se anula el laudo, ese es uno de los riesgos con los que deben de contar a la hora de elegir o no esa determinada jurisdicción como sede. No obstante, en aquellos casos donde la jurisdicción de la sede aplica un criterio extravagante o un criterio que repugna a nuestros principios fundamentales y, por lo tanto, pudiéramos decir que repugna a nuestro orden público, yo considero que sería aplicable esa excepción. En ese sentido, habría razones para considerar que pese a que el laudo ha sido anulado en el país de origen, hay razones para entender que el procedimiento arbitral se desarrolló con plena garantía de los derechos de defensa de las partes y que el tribunal arbitral aplicó de modo correcto el derecho, por lo que no hay razones para no ejecutar ese laudo en el país donde la ejecución se pida por la parte interesada en su cumplimiento.

13. Se escuchan muchas críticas al arbitraje de inversiones últimamente. Se dice que es un sistema poco transparente, que es un sistema inevitablemente inclinado en contra del Estado y que es un sistema inconsistente. En tu opinión, ¿el arbitraje de inversiones es un sistema que funciona?

BOTTINI: Creo que algunas de las críticas que se le han hecho al arbitraje de inversión están justi-

ficadas, sin embargo, otras creo que no lo están o han sido exageradas. Por lo tanto, tengo una visión mixta al respecto. Creo que sí es cierto que en el arbitraje de inversión se aplican determinadas reglas procesales e institutos que están pensadas para arbitrajes comerciales que involucran básicamente intereses privados, sin embargo, hoy en día el arbitraje de inversión tiende a involucrar intereses públicos que pueden afectar a millones de personas (por lo menos de manera indirecta), por lo que es necesario repensar algunos institutos del derecho de las inversiones.

Entonces creo que es cierta, por ejemplo, la cuestión de la inconsistencia en la jurisprudencia; algunos problemas de conflictos de intereses y también creo que tenemos que pensar en mejores sistemas para revisar los laudos. En ese sentido, se debe encontrar un sistema en que no se pierda la sencillez, rapidez y seguridad del arbitraje, pero que a la vez –sobre todo cuando hablamos de arbitraje de inversión que involucran cuestiones de interés público– haya también una mayor seguridad en cuanto a la corrección de los laudos.

Entonces creo que sí debemos pensar en, por ejemplo, alguna suerte de organismo revisor –que puede ser un órgano de apelación– o algo similar que, manteniendo quizá algunos de los aspectos actuales del sistema (por ejemplo, que en una primera instancia, ambas partes puedan designar a sus árbitros (porque tanto la parte privada como el Estado valoran la posibilidad de designar a sus árbitros)– que luego exista un órgano permanente (una segunda instancia) que pueda revisar esos laudos de manera eficiente.

Creo que si contamos con un órgano de apelación los procesos de revisión no solamente serían mejores, sino que también serían más rápidos de los que tenemos hoy y probablemente menos costosos. Yo no estoy de acuerdo con quienes dicen que un órgano de apelación sería algo que consumiría más tiempo y más costos, sino todo lo contrario. Creo que sería algo que consumiría menos tiempo, menos costos y nos daría mayor seguridad en cuanto a la corrección de los laudos.

14. ¿Estás de acuerdo con quienes afirman que el arbitraje de inversiones es un sistema que se encuentra inevitablemente inclinado en contra del Estado?

BOTTINI: Hay muchas estadísticas al respecto, sin embargo, las formas de medir a veces son cuestionables. Ciertamente, se ha expresado una preocupación en cuanto a que buena parte del derecho de las inversiones ha sido básicamente creado por los árbitros porque los estándares de protección

de las inversiones son disposiciones muy amplias, vagas y ambiguas. Por ello, en alguna medida, era inevitable que los árbitros le diesen contenido a esos estándares.

Creo que esto en alguna medida era inevitable; sin embargo también es cierto que los Estados han expresado en algunos casos con razón su frustración porque algunas interpretaciones no respondían a sus intenciones. También es cierto que en muchos casos no se había pensado realmente qué significaba y simplemente se había puesto en las disposiciones allí.

Yo por eso no veo tan malo que los árbitros tengan discreción porque al final para hacer justicia es necesario ver los hechos y las circunstancias de cada caso en concreto. No creo –quizá también porque ahora me dedico un poco a ser árbitro– que sea malo que el árbitro tenga cierta discreción. Lo que sí creo que es necesario es que exista un procedimiento con mayores garantías.

15. Hay una famosa frase de Gary Born en que expresa que “Winter is coming for international arbitration” refiriéndose al arbitraje de inversiones. Teniendo en cuenta los recientes sucesos en América Latina –las denuncias al Convenio CIADI, el hecho de que algunos Estados no forman parte del sistema y de las recientes propuestas en Europa–, ¿cuál es tu opinión con respecto a la frase del profesor Born y cuál crees que es el futuro del arbitraje internacional?

BOTTINI: Hace poco leía que Gary Born también ha dicho que luego del invierno siempre viene el verano, y creo que la idea básicamente es que todo es cíclico y que ya hemos visto crisis de legitimidad y fuertes críticas al arbitraje internacional en general, tanto en el arbitraje comercial como en el arbitraje de inversión. Yo creo que es cierto que vemos ataques cíclicamente a la legitimidad del sistema.

De todas maneras, yo creo que a diferencia de lo que ha ocurrido en décadas pasadas en que hubo propuestas de modificaciones importantes como, por ejemplo, la adopción de un tratado multilateral de inversiones y que luego no dio frutos; en este momento hacer predicciones es peligroso, sobre todo si a uno lo están filmando porque generalmente uno se equivoca,

Sin embargo, sí creo que en este momento estamos frente a posibles cambios concretos quizá en dos o tres años. Estos cambios están siendo motorizados básicamente por países europeos en las instituciones europeas con otros países que tam-

bién piensan de manera similar, por ejemplo, Canadá. Eso tiene que ver evidentemente con críticas fuertes que se han hecho al arbitraje de inversión en algunos países europeos frente a determinados casos por ejemplo.

Sin embargo, por supuesto también en Latinoamérica estamos viendo cambios. Los hemos visto en los últimos años con Estados que han denunciado el Convenio CIADI o Estados que están denunciando los tratados en materia de protección de inversiones. Yo creo que es probable que se sigan produciendo cambios y creo que algunos de ellos pueden ser positivos.

Algunas reformas que está discutiendo Europa, por ejemplo, me parecen buenas; otras quizás no tanto. Sin embargo, una cuestión que sí me parece importante y que yo sí llamaría a la reflexión es la necesidad de que en las negociaciones que se están llevando a cabo se incluya no solamente a los Estados europeos que, como digo, tienen muy buenas propuestas, sino que también incluyan desde ya en esas negociaciones a los Estados en vías de desarrollo porque creo que si al final del día lo que queremos es tener un sistema más legítimo que provea mayores garantías y que funcione mejor, tenemos que tener en cuenta las visiones de todos los Estados involucrados y también de otros interesados en el sistema. Creo que es importante que ese proceso de negociación y reflexión sea inclusivo porque, de lo contrario, el riesgo es que contemos con un sistema que no sea del todo legítimo y que tengamos que luego tengamos que volver a repensar el modelo.

16. ¿La inconsistencia de los laudos en el arbitraje de inversiones es algo que le preocupa?

BOTTINI: Hay distintas visiones al respecto. Hay quienes dicen que en realidad la inconsistencia que existe no es tan grave, sin embargo, hay quienes dicen que esa inconsistencia es buena porque permite el crecimiento y la diversidad de opiniones.

Yo soy de los que creen que las inconsistencias son un problema y que si bien es discutible si hay mucha o poca, lo cierto es que en algunas cuestiones existen visiones claramente inconsistentes sobre temas importantes, por ejemplo, la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a las disposiciones sobre solución de controversias o la cláusula paraguas, entre otras cuestiones.

Y son además inconsistencias que permanecen desde hace muchos años sin resolverse. En ese sentido, yo creo que son un problema porque atentan contra la seguridad jurídica, aumentan

los costos e incrementan la incertidumbre tanto para los inversores como para los Estados, lo cual no digo que sea una causa terminal o que vaya a poner fin al arbitraje de inversión, pero creo que es un problema que hay que considerar y, en ese sentido, creo que tener un órgano revisor permanente sería sin duda un mecanismo de solución de inconsistencia porque al tener un único órgano que establezca ciertos principios evidentemente se reduciría la inconsistencia.

Hay quienes dicen, sin embargo, que es cierto que tenemos más de 3300 tratados con disposiciones sobre protección de inversiones, por lo que tener un órgano de apelación no alcanzaría para lograr mayor consistencia. Yo creo que eso no es del todo cierto porque cualquiera que ha intervenido en un arbitraje de inversión sabe que si bien los tratados son distintos y hay que tener en cuenta ciertamente las diferencias en los tratados, también es cierto que al final terminamos discutiendo tres o cuatro doctrinas básicas o principios respecto de determinadas cláusulas y, por tanto, tener cierta uniformidad o ciertos criterios comunes respecto de estas cuestiones básicas traería mayor consistencia incluso si están aplicando tratados distintos.

17. Teniendo en cuenta que usted ha señalado que el arbitraje de inversiones no es perfecto, ¿cuáles cree usted que son las áreas que merecen reforma y consideración? ¿Cree que los costos de un arbitraje de inversión son un problema? ¿Hay algo que se pueda hacer al respecto?

BOTTINI: Yo creo que ha habido algunas iniciativas en ese sentido desde el punto de vista sustantivo. Hemos visto los tratados de última generación tendiendo hacia una descripción más detallada y más precisa de las disposiciones sobre protección de inversiones. Yo creo que esto es positivo porque le da mayor certeza a los inversores y a los Estados, e incluso a los árbitros les permite aplicar de manera más precisa esas disposiciones.

Creo que también debemos pensar en mecanismos que sean más accesibles, tanto para potenciales demandantes, por ejemplo, pequeñas compañías o individuos que quizá no tienen los fondos necesarios para pagar sus propios procedimientos. En ese sentido, pienso que deben adaptarse procedimientos más simplificados para disminuir los costos y quizás pensar en procedimientos distintos según los montos involucrados. Creo que esto es una posibilidad.

También debemos pensar en mecanismos que posibiliten la intervención de terceros potencialmen-

te involucrados o afectados por los arbitrajes de inversión. Algo de esto evidentemente se ha hecho en la admisión del *amicus curiae* en los arbitrajes de inversión. Yo creo que esto es positivo, pero quizá debemos ir más allá.

También debemos pensar en que si finalmente lo que queremos es que se resuelvan las controversias en materia de inversión, el sistema tiene que estar abiertos tanto a los reclamos por parte de inversores como eventualmente a los Estados. Así, si el Estado tiene sus propios reclamos, deben también tener la posibilidad de llevarlos a un tribunal internacional para que se resuelva en un solo fuero toda la controversia. Por supuesto, tanto el inversor como el Estado tendrá la opción de llevar los reclamos a ese foro o también tal vez a otros foros, pero creo que debemos hacer que el arbitraje –y el arbitraje de inversión en particular– sea justo y abierto para todas las partes.

En definitiva, creo que cambios se van a producir. Algunos cambios creo que van a ser positivos y, en definitiva, tenemos que tener en cuenta que vivimos en un mundo globalizado y que esa unión, no solamente entre las compañías, sino también entre la gente y los pueblos, es algo que es imparable y, por ende, se va a seguir produciendo por los cambios tecnológicos; por la necesidad propia que todos tenemos todos de conectarnos; de vivir en un mundo que es cada vez más pequeño. Hace falta soluciones jurídicas para ello; normas y tribunales que den respuesta a esa necesidad de estar cada vez más conectados. Nuestro desafío, nuestra responsabilidad, es hacer que las instituciones y las normas sean cada vez mejores.

18. Teniendo en cuenta la reciente incorporación del árbitro de emergencia en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, ¿nos podría contar cuáles son las virtudes que ha encontrado usted en el árbitro de emergencia en base a sus experiencias en arbitrajes sometidos a reglamentos que lo contemplan?

LÓPEZ DE ARGUMEDO: Yo creo que antes de hablar del árbitro de emergencia hay que dar algunos pasos atrás. Lo primero que debemos recalcar es que hace 15 o 20 años se discutía si era posible solicitar medidas cautelares cuando había un procedimiento arbitral en marcha. Esa discusión se superó y, finalmente, se admitió que los jueces podían otorgar medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral. El siguiente paso fue que las cortes arbitrales se dieron cuenta de que había un espacio que ellas no ofrecían que era la posibilidad de dictar medidas cautelares. Eso determinó

que en diversos reglamentos comenzara a aparecer la figura del árbitro de emergencia.

De esta manera, esta tendencia que tenían las partes a acudir únicamente a la jurisdicción estatal (entre otras cosas, porque era la única que tenía la facultad de coerción y de imponer ejecutivamente las medidas cautelares adoptadas), pues cambió y se abrió la posibilidad de que los árbitros pudieran adoptar medidas cautelares, aunque lógicamente la ejecución de las medidas nunca la podrá llevar a cabo un árbitro porque la coacción es todavía –y lo seguirá siendo probablemente siempre– potestad exclusiva de la jurisdicción ordinaria. En ese sentido, se abrió un campo nuevo que hasta entonces simplemente no existía y que permite por lo menos a las partes a elegir entre acudir a la jurisdicción ordinaria o acudir al árbitro de emergencia, en la medida que ambos son competencias concurrentes.

Ahora bien, en relación a las virtudes del árbitro de emergencia, yo diría que la principal ventaja es la celeridad. El árbitro de emergencia es capaz de dictar una orden o un laudo en un plazo breve de 10 o 15 días máximo, sin embargo, es preciso resaltar que la jurisdicción ha demostrado que es capaz también, en plazos muy cortos, dictar una medida cautelar. Quizás el punto que destacaría más del árbitro de emergencia es su capacidad para entrar a profundidad en el asunto porque en España quizá los jueces hacen menos eso. Esa sería la principal virtud que le atribuiría al árbitro de emergencia.

19. ¿Cree usted que los árbitros de emergencia suelen ser más exigentes que los jueces para dictar las medidas cautelares/emergencia?

LÓPEZ DE ARGUMEDO: Yo diría que hay una desventaja inicial importante en el procedimiento de medidas de emergencia: el árbitro de emergencia no otorga medidas cautelares *ex parte*. No las otorga porque los reglamentos arbitrales lo prohíben; sin embargo, el juez sí las acuerda y no le preocupa mucho.

Y lo cierto es que a veces necesario que sea *ex parte* porque, por ejemplo, si se trata de impedir la ejecución de una garantía a primer requerimiento estamos hablando de horas, por lo que no hay tiempo material para acordar la audiencia de la otra parte. Yo diría que esa es la principal desventaja. Quizás también el árbitro de emergencia tiene mayor preocupación y, por tanto, mayor exigencia con respecto a la concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida. Ciertamente, el juez puede de alguna manera sentirse más liberado en

el cumplimiento de las exigencias, sin perjuicio de que naturalmente las verifica.

20. ¿Cuáles son las desventajas que existen en un procedimiento de árbitro de emergencia? ¿Hay algo por mejorar?

LÓPEZ DE ARGUMEDO: Yo creo que el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional funciona bien y yo no cambiaría la decisión de orden a laudo porque probablemente ello está hecho con la finalidad de aumentar la celeridad, puesto que todos sabemos que un laudo en la Cámara de Comercio Internacional tiene que ser verificado (escrutinizado) por la corte de la Cámara de Comercio Internacional. Eso no ocurre en el caso de una orden. En mi experiencia el arbitraje de emergencia en la Cámara de Comercio Internacional ha funcionado muy bien. Los tiempos se han cumplido con mucho rigor y no encuentro muchas desventajas.

21. ¿No cree usted que el hecho de que la orden del árbitro de emergencia no pueda ser reconocida en virtud de la Convención de Nueva York es un problema?

LÓPEZ DE ARGUMEDO: Indudablemente. El hecho de que la decisión del árbitro de emergencia no sea un laudo y, por tanto, que no tenga que recibir el escrutinio de la Cámara de Comercio Internacional es una ventaja, pero su correlativa desventaja es que no puedes ejecutarla en virtud de la Convención de Nueva York.

También es verdad que cuando una parte recibe una orden cautelar, le conviene cumplirla porque, de lo contrario, su entrada en la fase ordinaria del arbitraje no estará precedida por una actuación buena y eso seguramente será tenido en cuenta por el tribunal arbitral.

22. ¿Cree usted que los laudos deberían estar sometidos a un mayor escrutinio judicial sobre el fondo de la controversia?

LÓPEZ DE ARGUMEDO: Yo creo que cuando las partes deciden ir a un arbitraje conocen las ventajas y las desventajas. Una de las ventajas del arbitraje es que precisamente la intervención del Poder Judicial es escasa, y así lo quieren las partes. Así lo han querido siempre. Por lo tanto, si es que introdujéramos una mayor capacidad de revisión judicial estaríamos, en mi opinión, desnaturalizando el arbitraje y convirtiéndolo en una suerte de híbrido.

Como es evidente, normalmente el que pierde sí quiere que haya mayor intervención judicial para

revisar el laudo, pero yo creo que todos entendemos que cuando acudimos a un arbitraje estamos hablando de un *one shot* y que lo que se decida en el laudo probablemente será la decisión final de la controversia. Es la decisión final porque, como sabemos, la acción de anulación es una acción rescisoria. En definitiva, yo creo que está bien como está. No creo que los laudos deberían estar sometidos a un mayor escrutinio judicial sobre el fondo de la controversia.

23. ¿Cree usted que sería eficiente que las partes pacten una segunda instancia arbitral?

LÓPEZ DE ARGUMEDO: Yo siempre digo que el arbitraje es lo que quieran las partes y, ciertamente, a veces es verdad que las partes se sienten frustradas porque no tienen la oportunidad de una revisión. Pero insisto, yo creo que eso cambia lo que es el arbitraje tal y como lo hemos conocido y lo convierte en un pseudo-proceso judicial.

Es verdad que a veces las partes tienen interés de tener esa segunda revisión, sin embargo, en general nosotros aceptamos que el arbitraje está constituido por una sola instancia. Creemos que este sistema está funcionando, por lo que introducir revisiones posteriores no favorece el arbitraje. Lo que sí creo es que se puede dar mayor transparencia a los laudos por parte de quienes intervienen en el arbitraje y así se vea cuál es la calidad del laudo.

24. ¿Cree usted que el recurso de anulación es un mecanismo indispensable?

LÓPEZ DE ARGUMEDO: Indispensable no sé si es, pero creo que es un buen instrumento de control del arbitraje y de los árbitros. En efecto, si los árbitros saben que el ejercicio de sus facultades va a ser supervisado por un órgano judicial, esto probablemente determine que el nivel de auto exigencia sea mayor y elimina también riesgos de arbitrariedad o de errores que podríamos llamar groseros.

Por otro lado, veo muy difícil que la jurisdicción se retire del control del arbitraje porque esto es algo que se ha intentado preservar siempre y yo creo que a las partes les interesa preservar. Yo creo que a las partes les interesa que siempre se preserve un mínimo grado de control.

25. En el Perú se prevé la obligatoriedad del arbitraje para los contratos administrativos. ¿Está usted de acuerdo con ello? ¿Por qué?

FATÁS: Es una regulación que me parece un tanto exótica. Es absolutamente contrario a lo que se sigue en España. Desconozco las razones. Su-

pongo que probablemente pueda tener algo que ver históricamente con confiabilidad que pueda haber en los tribunales administrativos, con el hecho de que pueda haber inversores extranjeros que puedan tener exposición grande en contratos con la administración. Entiendo que esas pueden ser las razones. En España la situación es totalmente la contraria. Y, por tanto, es algo que me resulta chocante. Una propuesta como esa en España sería absolutamente implanteable. Implanteable en la práctica e implanteable normativamente porque el arbitraje que involucra a administraciones públicas tiene una regulación bastante estrecha.

26. ¿Cree usted que los actos de *ius imperium* del Estado pueden ser sometidos excepcionalmente a arbitraje?

FATÁS: Es una pregunta muy interesante. No es de sencilla respuesta. Yo creo que para responder podemos contextualizar cuál es la regulación que hay del arbitraje aplicado a las administraciones públicas. Básicamente, hay dos normas: la primera es la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones y de Procedimiento que contiene un artículo en que se establece que el recurso de alzada que es el recurso ordinario contra los actos de la administración –actos básicamente de *ius imperium*– puede ser sustituido por procedimientos de mediación, incluso de arbitraje, cuando una norma con rango de ley así lo establezca. Por tanto, se prevé que el arbitraje funcione como una alternativa para revisar los actos de la administración. Y en el ordenamiento español casi todos los actos de la administración son revisables a través de un recurso de alzada, y luego te puedes ir al orden contencioso administrativo. Por tanto, la ley lo puede establecer. Que yo sepa no hay ninguna ley que haya hecho uso de esa previsión

Por otro lado, en el ámbito contractual –que es el ámbito en que yo creo que teóricamente podría tener más sentido un arbitraje– la ley permite que se sometan a arbitraje los contratos que se celebren por los órganos que tienen un carácter público, pero que no son en puridad administración pública. Se trata de lo que aquí llamamos las entidades públicas empresariales u organismos públicos. Por poner un ejemplo, la ADIF –que es la administración de infraestructuras que es quien construye las infraestructuras del Ave– es una entidad pública empresarial y podría someter sus contratos a arbitraje porque muchos de esos contratos en su preparación están sometidos al derecho administrativo, sin embargo, en su ejecución están sometidos al derecho privado. Entonces esas controversias pueden ser sometidas a arbitraje.

Yo creo que en la práctica no hay ninguna entidad pública que someta sus contratos a arbitraje. Sí que hay sociedades que son 100% propiedad del Estado que someten sus controversias a arbitraje porque son contratos de derecho privado. Entonces, como vemos, siempre que haya una ley, perfectamente se pueden someter los actos de *ius imperium* a arbitraje. De lo contrario, no es posible porque se trata de materias que no son disponibles y esa también es la explicación de que los contratos que celebran las administraciones públicas no puedan ser sometidos a arbitraje. Ahí sí que hay materias que no son disponibles. Por ejemplo, el régimen de responsabilidad; el hecho de que la interpretación de los contratos corresponde inicialmente a la propia administración. Toda esa serie de privilegios que tiene la administración en su contratación son incompatibles con la sumisión a arbitraje.

27. ¿Considera usted que la prejudicialidad tal y como está prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil puede ser aplicada al arbitraje?

FATÁS: En España la prejudicialidad está regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es una institución que por más que esté regulada y hay numerosa jurisprudencia sobre la materia, no es fácil de aplicar en la práctica. Hay una resistencia de los tribunales a pensar que los temas que ellos tienen que resolver dependen de la decisión de otro tribunal.

En la Ley de Arbitraje Española no hay ninguna previsión. No obstante ello, sí que hay sentencias que desarrollan esta cuestión. Yo tengo alguna del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid que determina que la prejudicialidad podría formar parte de las cuestiones de orden procesal que deben aplicarse en un arbitraje. Por tanto, creo que existe base jurisprudencial para aplicar la prejudicialidad en el arbitraje.

El inconveniente es que usualmente la prejudicialidad en un juicio está muy clara porque es una prejudicialidad entre dos juicios, pero en un arbitraje puede haber prejudicialidad con otro arbitraje, con un juicio, con un procedimiento administrativo, con un proceso penal, etcétera. Esto plantea muchos problemas que yo diría que están lejos de estar resueltos.

Por lo tanto, la respuesta relativamente sencilla es que a mi juicio sí que la prejudicialidad tiene aplicación. El problema es que la prejudicialidad te puede provocar el efecto de paralizar el procedimiento hasta que se resuelva la otra cuestión. Entonces que un procedimiento arbitral se paralice durante años es complicado.

28. ¿Qué sucede en aquellos casos en que las partes se han puesto de acuerdo en el plazo que tiene el tribunal arbitral para dictar el laudo? ¿Puede el tribunal arbitral suspender el procedimiento arbitral debido a la existencia de prejudicialidad?

FATÁS: Desde el punto de vista práctico no te puedo dar respuesta. Sí que es una cuestión que hemos planteado en dos arbitrajes y el tribunal arbitral entendió que no existía la prejudicialidad. A mí la verdad es que esta cuestión me plantea muchos problemas.

Desde un punto de vista práctico, yo creo que los tribunales arbitral van a hacer todo lo posible para evitar aplicar la prejudicialidad porque los coloca en un problema serio. Evidentemente si las dos partes están de acuerdo pues uno podría decir que hay un acuerdo en el procedimiento; no obstante, si una de las partes está en desacuerdo, va a existir un problema serio de anulación de laudo; y eventualmente de responsabilidad del árbitro.

29. ¿Cuáles son las ventajas que se desprenden de la consolidación de los procedimientos arbitrales?

FATÁS: Desde un punto de vista práctico, esto va a ser muchas veces una cuestión de estrategia. Puede haber –y normalmente siempre va a haber– una parte que tenga interés y otra que no tenga interés. Yo creo que la acumulación tiene la ventaja de que si efectivamente existe algún punto de conexión te permite resolver de una forma más coherente la controversia evitando decisiones contradictorias.

Pero eso es claro en aquellos supuestos en los que los contratos estén claramente conectados; sin embargo, puede haber contratos que no estén conectados que sobrevenidamente sí tengan algún elemento de conexión, y luego se planteen arbitrajes en dos procedimientos. Yo creo que ahí el problema muchas veces puede ser la posición que tengan las partes –que tengan posiciones discrepantes– y el tribunal se encuentre en una posición complicada porque si el reglamento que rige el arbitraje –en caso que sea un arbitraje institucional– no permite la acumulación en esos supuestos, pues el tribunal no va a tener más remedio que rechazar la acumulación. Que eso pueda perjudicar la mejor decisión del arbitraje, correcto, pero es que pueda ser que a alguna de las partes eso sea lo que le interesa: dificultar la adecuada decisión del arbitraje.

30. ¿Considera usted que las cortes de arbitraje solo deberían estar legitimadas

para consolidar procedimientos arbitrales cuando media el consentimiento de las partes o crees que en algunos casos extremos podrían ordenar la consolidación sin la existencia de dicho consentimiento?

FATÁS: Mi opinión personal es que no porque el arbitraje tiene naturaleza contractual, salvo que haya una norma contractual. Véase por ejemplo el reglamento de la corte que administra el arbitraje que lo permita en contra de la voluntad de las partes, en cuyo caso lógicamente sería posible porque ahí habría ese elemento contractual. Sin embargo, si no existe esa norma, yo creo que no. No se podría y habría, además, un riesgo de anulación.

31. ¿Cree usted que las garantías procesales previstas en el artículo 24 de la Constitución española pueden ser aplicadas al arbitraje?

FATÁS: Yo no diría que el arbitraje funciona al margen de la Constitución, puesto que el arbitraje es una alternativa a la jurisdicción que lógicamente forma parte importante de la Constitución. Sin lugar a dudas es una alternativa contractual que tiene su singularidad. Sin embargo, el arbitraje no puede funcionar al margen de la Constitución.

Si las garantías procesales del artículo 24 tienen su traslación al arbitraje, pues así hecha la pregunta, yo creo que directamente no. El derecho de defensa, por ejemplo, si bien tiene su núcleo resistente es un artículo de configuración legal. Y en el régimen procedimental los recursos –incluso en la jurisdicción– son los que determina la ley. Y, por tanto, en el arbitraje son los que determina la ley de arbitraje y, en su caso, lo que pacten las partes.

Lo que pasa es que ahí sí que hay una serie de límites o garantías que al menos en España por vía del orden público –que, como se sabe, es una de las causales que te puede permitir anular un laudo– se introducen algunas de las incidencias que dimanarían del artículo 24 de la Constitución. Una de ellas por ejemplo, puede ser la que tenga que ver con la motivación. No en el sentido de una u otra motivación que no sea arbitraria. En España hay una doctrina muy asentada del Tribunal Constitucional aplicada a la jurisdicción que dice que una decisión judicial no es motivada cuando la decisión es arbitraria; cuando no tiene relación con el caso o cuando tiene errores lógicos palmarios y manifiestos. En mi opinión, eso puede formar parte del orden público que puede determinar la anulación de un laudo con carácter muy res-

trictivo y muy excepcional. En otras palabras, no creo que el hecho de que un laudo tenga una u otra motivación forme parte de las exigencias que deba tener un laudo.

- 32. Muchas veces se alega que la motivación es un derecho fundamental que puede ser aplicado al arbitraje, sin embargo, muchas leyes de arbitraje habilitan a las partes en el marco de un arbitraje internacional a pactar en contra de la motivación. ¿Cree usted que es posible afirmar que la motivación es parte del orden público procesal y a la misma vez se sostenga que es posible pactar en contra de ella? ¿No contraviene esto el principio que no puede pactarse en contra de una norma de orden público?**

FATÁS: Yo diría que determinados defectos de motivación pueden ser contrarios al orden público. No que el orden público imponga exigencias concretas de motivación. No hay ninguna norma que establezca eso. Eso es una construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional y luego plasmado pues en cada orden jurisdiccional por el

Tribunal Supremo y los órganos inferiores. Por lo tanto, se trata de una construcción.

Si una norma española permitiera que se pactara que un laudo no esté motivado, yo no creo que ello sería incompatible con la Constitución. Sería perfectamente válida, puesto que al ser un remedio alternativo a la jurisdicción tiene sus propias reglas. Y si las partes pactan que no haya motivación, pactan que no hay motivación. Yo creo que esa norma sería perfectamente válida.

- 33. En conclusión, ¿crees que una aseveración como “las garantías procesales previstas en el artículo 24 de la Constitución pueden ser trasladadas al arbitraje siempre que no se contravenga su naturaleza”, es correcta?**

FATÁS: Sí. Yo creo que las garantías procedimentales del arbitraje son las que están en la Ley de Arbitraje: la igualdad, la contradicción, etcétera. Y eso sería un poco la traslación del contenido de ese artículo 24 al arbitraje. Sin embargo, evidentemente hay cuestiones del artículo 24 que para nada tienen aplicación al arbitraje como el juez predeterminado por la ley. 