

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE GRADO

ARBITRAJE DE INVERSIÓN E IMMUNIDADES SOBERANAS

Iranzu Sola Morrás

DIRECTOR

José Luis Iriarte Ángel

Pamplona / Iruñea

11 de enero de 2016

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto estudiar las interrelaciones entre la protección de los sujetos privados en las inversiones extranjeras y la inmunidad soberana de los Estados. En la actualidad, fruto de la internacionalización de las operaciones, los Estados vienen participando cada vez más activamente en las relaciones económicas y suscriben contratos de inversiones con nacionales de otros Estados. Ahora bien, con frecuencia surgen conflictos entre las partes y se hace necesario proteger al inversor extranjero, como parte más débil de la relación jurídica, a través de una serie de instrumentos jurídicos internacionales entre los que destaca el arbitraje de inversiones. Sin embargo, los Estados pueden bien oponerse al sometimiento a un foro extranjero alegando inmunidad de jurisdicción, o bien refutar la ejecución de las medidas coercitivas impuestas en el laudo en base la inmunidad que gozan sus bienes con finalidad soberana, evitando así la indemnización a los inversores. Por tanto, la finalidad del trabajo es analizar la problemática señalada y plantear las posibles soluciones jurídicas que contribuyan al fortalecimiento de las relaciones económicas y jurídicas en la esfera internacional.

PALABRAS CLAVE:

Arbitraje, inversiones, inmunidad, APPRI, CIADI

ABSTRACT

This paper analyses the interrelationships between the private investors' protection in foreign investments and the States' immunities. Nowadays, due to the globalization of businesses and commercial transactions, the States are actively involved in economic relations and investment contracts signed with nationals of other States. However, conflicts are frequently arise between the parties and it is necessary to protect the investor, who is the weakest part of the relationship, through some international and legal instruments, especially the investment arbitration. Nevertheless, States can raise their jurisdiction or execution immunities in order to avoid compensating the investors, who are adversely affected as a result of states actions. In sum, the purpose of this work is to analyze the problem mentioned and to propose some possible solutions to improve and to strengthen the economic and legal relationships in the international community.

KEY WORDS

Arbitration, Investments, Immunities, APPRI, ICSID

ÍNDICE:

I.	INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA.....	4
II.	INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS Y RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	11
	1. Tratados Internacionales de Protección de inversiones.....	12
	<i>1.1 Tratados bilaterales: Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.....</i>	<i>12</i>
	1.1.1. Arbitraje ad-hoc.....	17
	1.1.2. Arbitraje institucional.....	18
	<i>1.2 Tratados multilaterales.....</i>	<i>22</i>
	2. Protección diplomática.....	23
	3. Tribunales nacionales. Jurisdicción ordinaria y otros posibles mecanismos de protección.....	25
III.	EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN. CARACTERÍSTICAS Y FINALIDADES.....	26
IV.	INMUNIDAD ESTATAL COMO OBSTÁCULO A LA EJECUCIÓN DE LAUDOS EN MATERIA DE INVERSIÓN.....	30
	1. Distinción etapas: reconocimiento y ejecución.....	34
	2. Inmunidad de jurisdicción.....	37
	3. Inmunidad de ejecución.....	41
	4. Inmunidad absoluta o relativa.....	44
	5. Limitaciones a las reglas de inmunidad. Finalidad de los bienes del Estado extranjero.....	46
	6. Presunción de soberanía y carga de la prueba.....	51
	7. Status del Estado perdedor en el arbitraje y activación de otros mecanismos en caso de incumplimiento.....	52
V.	CONCLUSIONES.....	52
VI.	BIBLIOGRAFÍA.....	58

I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA:

Vivimos en un mundo global. Las relaciones comerciales y especialmente las inversiones, no se circunscriben al ámbito interno de los Estados, sino que trascienden al mismo y buscan nuevas oportunidades más allá de las fronteras nacionales.

Desde la segunda mitad del siglo XX las relaciones y transacciones económicas internacionales en las que participan distintos agentes que residen en diferentes países han experimentado un importante crecimiento y fortalecimiento. Este fenómeno se conoce como globalización creciente de la economía mundial, y hace referencia tanto al aumento del comercio internacional como de las inversiones extranjeras directas, de las transacciones financieras internacionales o la internacionalización de las empresas, que cada vez extienden y amplían más su mercado objetivo, reestructurando, localizando y externalizando la materialización de ciertas actividades más allá de las fronteras tradicionales¹¹.

Uno de los principales elementos a tener en cuenta es la presencia y participación, cada vez más activa, de los Estados o entidades estatales en las diversas transacciones económicas y comerciales en un escenario globalizado y con mercados emergentes. Por consiguiente, se requiere un importante análisis de la interacción entre los inversores o empresas privadas y las entidades o agencias estatales, los cuales, a través de numerosos y específicos acuerdos internacionales, establecen vínculos comerciales en los que se entremezclan elementos tanto públicos como privados, vinculados fundamentalmente a los ámbitos tecnológicos y financieros y se desarrollan a caballo entre el Derecho Internacional y Privado, así como el Derecho Mercantil. Es más, con frecuencia, los Estados necesitan financiación exterior para hacer frente a sus compromisos internos o para mejorar la explotación de sus recursos naturales, lo que conduce, en éste caso, a la internalización de sectores económicos.

La capacidad de desplazar capital de un país a otro, permite que los prestatarios financien inversiones rentables sin tener que depender de un ahorro nacional, y ofrece a su vez a los prestamistas la posibilidad de obtener un rendimiento. Esta actividad

¹¹ Departamento de Economía Universidad de la República, “Economía internacional y la teoría del comercio internacional”, en *Economía para no economistas*, IV, Capítulo 11, 2003pág. 243.

debe diferenciarse de los movimientos de capital puramente especulativos, denominados “movimientos golondrina”¹².

La expansión del comercio internacional en su más amplio sentido, así como la modificación de la dirección e intensidad de flujos comerciales, ha facilitado que las entidades públicas interactúen activamente en el panorama de la contratación internacional de índole comercial e industrial consolidándose los Estados como nuevos actores en la actividad comercial internacional¹³.

Por otro lado, las necesidades estatales en materia financiera y tecnológica generan una proliferación de actos de los Estados, cuyos efectos trascienden las fronteras territoriales de un país y se proyectan a nivel transnacional.

De lo hasta aquí expuesto se puede inferir que la inversión internacional reviste formas muy diversas, afecta a sectores variados y se practica entre países con sistemas económicos y de gobierno diferentes.

De ahí que para centrar el contenido del trabajo, se deba, con carácter previo, delimitar el concepto de inversor, como sujeto titular de derechos y obligaciones.

Aquí aparece la primera situación controvertida, a saber, la distinta definición de la figura de *inversor extranjero* que puede darse en el Derecho interno y en el Derecho internacional.

La conceptualización de *inversor extranjero* en el derecho interno, se mueve en el ámbito material del derecho administrativo. Resulta absolutamente determinante la nacionalidad del inversor, porque es el elemento en el que se fundamentará como a lo largo del trabajo se expondrá, la protección diplomática, o la aplicabilidad de los tratados y convenciones internacionales.

En concreto, en el ordenamiento jurídico español, la Ley 19/2003, de 4 de julio sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior¹⁴, establece, en su artículo 2, que a los efectos de la misma y en lo que a este trabajo afecta, son residentes en España, las personas físicas que

¹²FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Prólogo a la publicación de Iñigo Iruretagoiena, Ed. Bosch, Barcelona, 2010, pág. 13.

¹³GARCÍA NAVASQUILLO, S., *La inmunidad soberana en el arbitraje comercial internacional: protección de la parte privada frente a las prerrogativas estatales*, Website García Legal, 2015, págs.9-13.

¹⁴BOE núm.160, de 5 de julio de 2003

residan habitualmente en el país y las personas jurídicas con domicilio social en el mismo, entendiendo por residencia habitual la establecida en la normativa fiscal. A “sensu contrario” tendrán la condición de no residentes, las personas físicas que tengan su residencia habitual en el extranjero y las personas jurídicas con domicilio social también el extranjero.

En similares términos se expresa el artículo 5 del Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, de Régimen Jurídico de Inversiones Exteriores¹⁵.

A su vez, el artículo 6.1 del referido Real Decreto 664/1999, determina que operaciones tienen la condición de inversiones españolas en el extranjero y que son las siguientes:

- participación en sociedades extranjeras
- sucursales de sociedades españolas en el extranjero
- suscripción de valores negociables representativos de empréstitos
- participación en fondos de inversión
- adquisición de bienes inmuebles en el extranjero
- constitución, formalización o participación en contratos, cuentas, cooperativas y comunidades de bienes.

Ahora bien, dicha relación puede dejar fuera inversiones que tendrían tal consideración desde la perspectiva del derecho internacional público, lo que puede acarrear problemas ante el hipotético ejercicio de la protección diplomática por Estado español¹⁶.

Por tanto, resulta más conveniente, por operativo, acudir al derecho internacional para encontrar una definición práctica de la figura del inversor extranjero y por ende de la inversión extranjera.

Habitualmente, los Tratados internacionales recogen un concepto amplio de inversión extranjera, donde además de referirse a “ todo tipo de activos”, incluyen inversiones de capitales y de bienes de carácter material, inversiones inmateriales derivadas de la propiedad intelectual, así como derechos para realizar actividades

¹⁵ BOE núm. 106, de 4 de mayo de 1999

¹⁶ ALTOZANO GARCÍA FIGUERAS, H, *La protección de las inversiones españolas en el exterior*, ICEX, Madrid, 2001, pág. 49.

económicas y comerciales adquiridos por concesiones o contratos obtenidos por el inversor¹⁷.

La lista suele configurarse como abierta, lo que permite incluir elementos no expresamente previstos en la misma, por ello son pocos los acuerdos que incluyen listas cerradas¹⁸.

No obstante todo lo anterior, el más importante Acuerdo en la materia, el Convenio de Washington de 1965¹⁹, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, que posteriormente se explicará y al que se hará continua referencia, no contiene en su artículo 25, de forma consciente, una definición cerrada de inversión, por el contrario, aplica una concepción abierta para que pueda acogerse cualquier tipo de inversión. Ello da cabida a las nuevas fórmulas inversoras que puedan ir apareciendo en el marco de la autonomía de la voluntad de los inversores.

Ahora bien, la aplicación funcional en el tiempo del referido artículo 25, nos ha permitido obtener, partiendo de la práctica arbitral que el convenio postula, una serie de aspectos que según Iruretagoiena se repiten sistemáticamente²⁰ y que permiten aclarar el concepto de inversión extranjera:

- proyectos de una cierta duración
- regularidad de beneficio y rentabilidad
- ambas partes (inversor y estado receptor de la inversión) adoptan riesgos
- importancia del compromiso
- la operación contribuye al desarrollo del Estado receptor.

Por tanto, y a fin de concluir la controversia sobre el concepto de inversor extranjero, me inclino por la tesis abierta del Convenio de Washington, frente al corsé normativo del derecho interno español, puesto que la mayor apertura conceptual viene acompañada de una mayor protección para el inversor, en cuanto que serán más las operaciones que gocen de la protección de los Tratados internacionales.

¹⁷ IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios de Expropiación de inversiones extranjeras*, Bosch, Barcelona, 2010, pág. 43

¹⁸ LEGUM. B., *Defining Investment and Inversor: Who Is Entitled to Claim?* Symposium co-organised by ICSID, OECD and UNCTAD, Paris, 2005, pág.3

¹⁹ BOE núm. 219, de 13 de septiembre de 1994

²⁰ IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios ...* págs..45-47.

Las inversiones en el exterior no siempre resultan pacíficas, porque, con independencia de la deriva económica de las mismas, la intervención del Estado receptor puede afectarles negativamente.

Por consiguiente, y con carácter naturalmente previo al análisis de las posibles soluciones a estos conflictos, debe plantearse tanto sus características, como su naturaleza.

La intervención estatal frente a los inversores extranjeros puede revestir fórmulas diversas:

- Imposición de medidas discriminatorias que entorpezcan el desarrollo de las actividades económicas vinculadas a la inversión.
- La aplicación de criterios que supongan desventajas en relación con los inversores nacionales u otros inversores extranjeros.
- Imposición de criterios que dificulten el normal flujo de capitales propios de comercio nacional o internacional.
- Aprobación y ejecución de actuaciones administrativas o normativas consistentes en expropiaciones de bienes o derechos
- Modificaciones legislativas, posteriores al ejercicio inversor tendentes a modificar el marco jurídico en el que se produjo la inversión.

Los supuestos expropiatorios merecen una especial atención y tratamiento diferenciado, dado su número y las incidencias que plantean en el ámbito de las inversiones internacionales.

Se encuentran así figuras que se repiten, con variantes, en el Derecho comparado y que se configuran, básicamente, como intervenciones de los poderes públicos en el ámbito de la propiedad privada.

Tanto la legislación como la doctrina actuales, alejándose de las tesis tradicionales, no consideran a la propiedad privada como un derecho subjetivo e intangible, sino que por el contrario la vinculan al fin social que cumple, por lo que la concepción clásica del uso, goce y disfrute del bien, debe compatibilizarse con las cargas y condiciones que, en virtud del interés público, le impongan las normas²¹.

²¹ DÍEZ-PICAZO. L., *Algunas reflexiones sobre la propiedad privada en la Constitución*. Ed. Cívitas, Madrid, 1991, págs.1258-1259

Hoy en día, desde el punto de vista del derecho internacional, resulta incuestionable el principio de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales. El calificativo “permanente” indica que el Estado nunca puede perder su capacidad jurídica sobre esos recursos, pudiendo modificar su destino o la fórmula de su explotación, con independencia de los acuerdos que hubiese podido alcanzar en el pasado²².

La intervención de los poderes públicos en la esfera de la propiedad privada de los inversores, tanto a nivel de bienes como de derechos, puede seguir distintas fórmulas que pueden agruparse en tres grandes conceptos:

- Expropiación
- Nacionalización
- Confiscación

Altozano los define de la siguiente manera²³:

- Hay expropiación cuando la autoridades de un Estado privan a inversor de la propiedad sobre activos materiales, en base a criterios de utilidad pública o social
- Hay nacionalización cuando la actuación afecta a sectores enteros de la actividad económica, como parte de un programa político, económico y social.
- Hay confiscación cuando no existe indemnización, normalmente se produce con carácter sancionador.

Como ha quedado dicho, frecuentemente se emplean fórmulas genéricas que en la realidad pueden revestir actuaciones diversas, consistentes en medidas expropiatorias encubiertas, amparadas en auténticos artificios jurídicos.

Vista la inicial adecuación al derecho de la actividad expropiatoria en sus distintas vertientes, y a fin de que su ejercicio resulte legítimo, deberá estar presidida, de acuerdo con los principios de la teoría general del derecho, por las siguientes condiciones:

- debe estar fundamentada en criterios de interés público y no tener carácter discriminatorio

²² JIMENEZ DE ARECHAGA E., *El derecho internacional contemporáneo*, Ed.Tecnos, Madrid, 1980, págs. 353-354.

²³ ALTOZANO GARCÍA FIGUERAS, H, *La protección de las inversiones españolas...* págs.73-76.

- debe instrumentarse en un procedimiento normativamente previsto
- debe contener una indemnización que tenga en cuenta los precios de mercado
- el pago de la indemnización debe ser rápido (si no inmediato)

Toda condición se recoge de forma sucinta, pero eficaz, en el artículo 2.2.c) de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, aprobada por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas nº 3281 (Sesión XXIX), de 12 de diciembre de 1964, cuando señala que “el Estado que adopte esas medidas, deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables”.

En definitiva, el mundo actual está lleno de oportunidades tanto para las inversiones extranjeras, como para los Estados que reciben tales inversiones. Pero probablemente las situaciones de conflicto que pueden plantearse son diversas y de difícil solución, no siendo con frecuencia, eficaces las intervenciones de los Estados.

El tema de las inversiones extranjeras que constituye el eje central del presente trabajo, es de vital importancia en las relaciones mercantiles de la sociedad actual. En nuestro entorno socio político cabe destacar, a tal efecto, el *Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y la Unión Europea o Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión* (Transatlantic Trade and Investment Partnership, en adelante TTIP), actualmente en proceso de negociación, con el fin de realzar el intercambio de bienes, servicios e inversiones entre ambas potencias mundiales. Como es bien sabido, la gran mayoría de empresas españolas son PYMES, luego serán ellas las principales beneficiarias de la identificación y análisis de los escenarios que permitan el fortalecimiento del comercio e inversión entre EEUU y la UE, la creación de empleo y la protección del inversor privado frente al poder soberano de los Estados²⁴.

Cabe señalar que EEUU ocupa un puesto relevante en el comercio exterior de España, siendo en 2014 “el primer mercado de exportación fuera de la Unión Europea con unos flujos comerciales que alcanzaron los 20.953 millones €”²⁵, y además del aumento del volumen de exportaciones de la industria española, con el TTIP se prevé un incremento de la inversión de las compañías estadounidenses en España.

²⁴ www.hispaniccouncil.org

²⁵ www.ec.europa.eu/spain/sobre-la-ue/ttip/la-importancia-del-ttip-para-espana/index-es.htm

II. INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS Y RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:

Como ha quedado señalado, actualmente la sociedad está evolucionando hacia un sistema de intercambio, globalización y liberación del comercio internacional, y por consiguiente se presencia un incremento en el número y volumen de transacciones financieras y negocios transfronterizos. Estas operaciones, promovidas por inversores extranjeros, nacen bajo la perspectiva de ser permanentes, estables y mantener una relación afable con el Estado receptor de las mismas²⁹.

Ahora bien, cabe recordar los intereses contrapuestos de las partes, ya que por un lado, los inversores buscan maximizar sus beneficios empresariales, mientras que por otro, los Estados se mueven bajo incentivos políticos, sociales, y no sólo económicos. Este problema se intensifica en sectores como, por ejemplo, del gas o petróleo, que ofrecen grandes beneficios a las empresas inversoras, pero que, sin embargo, tienen un pequeño efecto en la economía, empleo o servicios de los países receptores ricos en dichos recursos naturales³⁰. En sentido contrario, se encuentran los casos citados en el apartado anterior, en los que las autoridades del Estado receptor adoptan una serie de medidas arbitrarias, discriminatorias, expropiatorias....

A la luz de los riesgos políticos expuestos, es necesario darles cobertura a través de un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional y procedimientos de solución de controversias. No obstante, lo más frecuente hoy en día es que sean los inversores quienes sufran las consecuencias de los incumplimientos y comportamientos lesivos por parte de los Estados que acogen sus inversiones, y deban ser indemnizados por el menoscabo de sus negocios³¹. Ante estas situaciones, en la esfera del sector de inversiones extranjeras, entra en juego la combinación del Derecho Internacional, Derecho Interno, Derecho Privado y Derecho Público, para ofrecer al

²⁹ FERNÁNDEZ MASIÁ E., *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de las inversiones extranjeras*, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs.10-11.

³⁰ RUBINS N. y KINSELLA N.S., *Internatonal Investment, Political Risk and Dispute Resolution*, New York, Ocenana, 2005, pág.5.

³¹FÉRNANDEZ MASIÁ, E. *Tribunales nacionales.....*, pág.11

inversor planos diferentes para plantear y proteger su negocio³², que serán objeto de estudio en el presente apartado:

- Tratados internacionales de protección de inversiones
- Protección diplomática
- Jurisdicción ordinaria (cláusulas de estabilización)

1. Tratados internacionales de protección de inversiones:

Uno de los principios básicos en la legislación española, al igual que en el resto de ordenamientos jurídicos, es la seguridad jurídica, pilar recogido en el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978³³, y los Estados, tanto receptores como emisores de inversiones, no son ajenos a esta realidad. Es más, autores como Fernández Masía señalan “la seguridad jurídica como sinónimo de la seguridad económica”³⁴, y por ello los Estados apuestan por reforzar dicho principio constitucional en aras de estimular las inversiones extranjeras en un ámbito de apoyo, cooperación y fomento económico internacional. Con dicho fin, los Estados, en ejercicio de los principios de soberanía, han suscrito diferentes tratados internacionales para proteger los intereses de sus nacionales:

1.1 Tratados bilaterales: Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones:

Los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante APPRIS) son instrumentos internacionales vinculantes bilaterales que pueden ser instados por los inversores a la hora de defender sus derechos lesionados, siempre y cuando sean nacionales de uno de los Estados firmantes y hayan realizado la inversión en el otro Estado parte. Para que estos tratados internacionales protejan efectivamente las inversiones³⁵, poniendo de ejemplo el caso de España, la condición

³² ALTOZANO GARCÍA FIGUERAS, H, *La protección de las inversiones españolas en el exterior*, ICEX, Madrid, 2001, págs.15 y ss.

³³ BOE Núm 311, de 29 de diciembre de 1978.

³⁴ FÉRNANDEZ MASIÁ, E. *Tribunales nacionales.....*, pág 37

³⁵ ALTOZANO GARCÍA FIGUERAS, H, *La protección de las inversiones ...* págs.106-107.

de inversor español debe regirse por la legislación española, y el concepto de inversión debe cumplir los requisitos del Estado receptor de la misma.

El primer APPRI fue celebrado en 1959 entre Pakistán y Alemania³⁶ y su innegable éxito ha contribuido a su considerablemente aumento recogiendo cláusulas, no sólo de protección y protección de inversiones, sino también de libre comercio en integración de inversiones, contando en la actualidad con una “cifra de 2.857 tratados bilaterales y 339 tratados que contienen reglas de protección de inversiones”³⁷.

Sentado lo anterior, cabe resaltar que los Estados deben ser conscientes y tener presente en todo momento qué mercados son más favorables para que sus nacionales realicen inversiones, y en base a ello suscriban APPRIS. Por ejemplo, tal y como se muestra en el ANEXO I del presente trabajo, en España entraron en vigor durante el año 2000 los APPRIS con Ucrania y Eslovenia, y esto confirma el interés del Estado español de aprovechar las oportunidades que ofrecen los mercados del Este de Europa, así como la “transición consolidada de la economía planificada a la economía de mercado”.³⁸ Por consiguiente, los particulares deben dirigir sus inversiones hacia aquellos Estados con los que su propio Estado tenga firmado uno de estos acuerdos bilaterales, de forma que dichas inversiones gocen de una mayor protección y puedan disfrutar de una expansión de sus negocios en condiciones lo más justas y equitativas posibles, junto con una cobertura completa de sus intereses. Es, en definitiva, una manifestación de la política exterior de los Gobiernos, que busca dirigir el capital de sus nacionales hacia una concreta dirección marcada por la suscripción de diferentes APPRIS. Si se coge de nuevo el caso de España, en la actualidad urge la negociación con Brasil por la elevada presencia de las inversiones españoles en dicho territorio³⁹.

En base a lo expuesto, puede decirse que son los instrumentos más eficaces con los que cuentan los inversores para minimizar los riesgos políticos, así como para hacer frente a las tensiones y conflictos que surjan en sus relaciones con los Estados

³⁶ VIRGÓS SORIANO, M. “La eficacia de la protección internacional de las inversiones extranjeras” en. *Revista de arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. VII, Issue 3, 2014, págs. 665-667.

³⁷ Según datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCYD o UNCTAD, del inglés, United Conference on Trade and Development), creada en 1964 para asuntos relacionados con el comercio, las inversiones y el desarrollo. Además, tal y como se recoge en la web del Ministerio de Comercio, España tiene 72 APPRIS en vigor y 2 en periodo de remanencia.

³⁸ IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I. “Promoción y protección de las inversiones españolas en el extranjero. Los APPRI”, en *Anuario español de derecho internacional privado (AEDI Priv)*, Vol. II, 2002, págs. 151-152

³⁹ ALTOZANO GARCÍA FIGUERAS, H, *La protección de las inversiones ...* pág. 96.

receptores de la inversión. Estos acuerdos bilaterales ofrecen una definición de qué debe entenderse por inversión (ámbito objetivo) y por inversor (ámbito subjetivo) de los propios APPRIS. A pesar del elevado número de acuerdos suscritos, puede decirse que la mayoría de ellos siguen un esquema básico que, en líneas generales, gira en torno a las citadas definiciones de conceptos, procedimientos de admisión de inversiones, ámbito temporal de aplicación, tratamiento de inversiones inversores, mecanismos de compensación por pérdidas, garantía de transferencia por las autoridades del país receptor de las rentas de las inversión métodos de resolución de controversias, relación con otros instrumentos aplicables, subrogación, entrada en vigor y permanencia...⁴⁰

De entre el listado anterior cabe matizar ciertos aspectos, como la inclusión en la mayoría de APPRIS, según apunta según apunta Hermenegildo Antozano⁴¹, de una disposición de “tratamiento justo y equitativo”, según el cual los inversores no pueden ser privados discriminadamente del disfrute de sus inversiones. Esto es uno de los pilares fundamentales, ya que el riesgo al que se exponen los inversores extranjeros, tanto económicos como políticos, deben estar garantizados de alguna forma, para que en caso de incumplimiento por parte del Estado, tengan recursos jurídicos para afrontar la situación y conseguir una indemnización ajustada a sus intereses. Ahora bien, como expone Iñigo Iruretagoiena⁴², esta cláusula de tratamiento justo y equitativo no debe confundirse con el “tratamiento nacional” que algunos APPRIS incorporan, y que exige que los inversores gocen de los mismos derechos y garantía que los nacionales, ni tampoco con el estándar de “nación más favorecida” que supone que el tratamiento no podrá ser menos favorable que el dispensado para inversores de terceros países. Esta última cláusula se observa en el asunto *Sr. Maffezini vs. Reino de España*⁴³, en el arbitraje solicitado por el inversor argentino perjudicado, por el “tratamiento que recibió su empresa para la fabricación y distribución de productos químicos en Galicia”. En tal solicitud, el demandante alega el APPRI entre España y Argentina⁴⁴ (de 3 de octubre de 1991), así como, en la aplicación de la disposición de

⁴⁰ ALTOZANO GARCÍA FIGUERAS, H, *La protección de las inversiones españolas...* págs.96-98.

⁴¹ ALTOZANO GARCÍA FIGUERAS, H, *La protección de las inversiones españolas...* págs.96-97.

⁴² IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I. “Promoción y protección de las inversiones españolas...”, pág. 162.

⁴³ Decisión CIADI, No. ARB/97/7.

⁴⁴ BOE núm 227, de 18 de noviembre de 1992.

nación más favorecida, el APPRI entre República de Chile y España⁴⁵ (de 2 de octubre de 1991).

Además, señalar que ninguno de los APPRIS prohíbe los fenómenos de nacionalización y expropiación, sino que éstos quedan justificados bajo supuestos de utilidad pública conforme a las disposiciones del Estado receptor, y en todo caso debe compensarse a los inversores a través de “una indemnización pronta, adecuada y efectiva”⁴⁶. Como complemento a lo anterior, los APPRIS suelen incorporar cláusulas que, a pesar de las diversas redacciones, todas ellas vienen a determinar que en el caso en el que bien en el Estado que acoge la inversión o bien en el Derecho Internacional, existan disposiciones legales más favorables para los inversores, éstas prevalecerán frente a los APPRIS.

Otro de los rasgos comunes de los APPRIS es la inclusión de métodos de resolución de diferencias, partiendo de la distinción de dos tipos de controversias, las generadas entre los Estados contratantes, y las que surgen entre uno de los Estados parte y un inversor nacional del otro Estado parte.

- El primer bloque de conflictos, entre Estados parte, surge a la hora de interpretar y aplicar el concreto APPRI. En principio se resuelven mediante negociaciones amistosas, es decir, por la vía diplomática. Ahora bien, si en un determinado plazo, normalmente seis meses, no se ha llegado a un acuerdo, los Estados se someten a un Tribunal arbitral, formado por tres árbitros (cada Estado elige un árbitro, y esos dos escogen a un tercero), cuya decisión es vinculante⁴⁷.
- El segundo bloque de conflictos es el de verdadero interés para el desarrollo del presente trabajo, ya que cumplen una función esencial en la promoción y protección de inversiones. Al igual que en el caso anterior, la controversia se somete a negociación amistosa entre el inversor y el Estado receptor, y en caso de que ésta no quede resuelta a través del diálogo, se pasa a la aplicación de una serie de mecanismos jurídicos a elección del inversor.

⁴⁵ BOE núm. 67, de 19 de marzo de 1994.

⁴⁶ ALTOZANO GARCÍA FIGUERAS, H, *La protección de las inversiones españolas...* págs.96-97.

⁴⁷ ALTOZANO GARCÍA FIGUERAS, H, *La protección de las inversiones españolas...* págs.98

Ciertamente, en este último punto es donde el esquema común se rompe, ya que cada uno de los APPRI regula de forma diferente los mecanismos señalados⁴⁸.

Por un lado, existen APPRIS, como el suscrito entre España y Marruecos⁴⁹ (11 diciembre de 1997), que no prevén la alternativa de acudir a un arbitraje internacional, y por tanto la única opción que tiene el inversor que encuentra violados sus derechos es *acudir a los tribunales nacionales* del Estado receptor de la inversión (en este caso ante Marruecos o eventualmente España).

Por otro lado, como en el caso firmado entre España y Polonia⁵⁰ (30 julio de 1992) los tratados bilaterales prevén en su articulado la *alternativa de acudir al arbitraje internacional*. En este entorno surge la incertidumbre y la doctrina se plantea la siguiente pregunta: ¿pueden los inversores plantear el conflicto ante los tribunales nacionales? En mi opinión, no presenta inconveniente alguno el hecho de que sean los tribunales nacionales del Estado receptor quienes resuelvan la controversia suscitada entre las partes, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva es un principio básico del ordenamiento jurídico, en la legislación española recogido en el artículo 24.1 de la Constitución, del que nadie puede ser privado. Por ello, aunque los Estados parte del Tratado APPRI decidan someterse a arbitraje, no debe excluirse la vía jurisdiccional en caso de que el inversor nacional de uno de los Estados quiera instar estos procedimientos en los tribunales internos del otro Estado, en el cual ha realizado la inversión.

Por último, se encuentran los APPRIS cuyas disposiciones posibilitan a la parte inversora la *elección bien entre acudir a un arbitraje o bien a los tribunales nacionales del Estado* que acoge la inversión. Dentro de este grupo de tratados, también se distinguen, según señala Iñigo Iruretagoiena, dos tipos de APPRIS, los que plantean las dos opciones como alternativas, y los que exigen que previamente se acuda a los tribunales nacionales. No obstante, la mayoría de los APPRIS dentro de este grupo recogen la posibilidad de que *el inversor pueda elegir entre una de las dos vías* (arbitraje o tribunales internos) sin necesidad del agotamiento previo de una de ellas para poder acudir a la otra. En algunos casos, los APPRIS, como el contraído

⁴⁸IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I. “Promoción y protección de las inversiones españolas...” págs.168 y ss.

⁴⁹BOE núm.86, de 11 de abril de 2005.

⁵⁰BOE núm. 133, de 4 de junio de 1993.

entre España y Nicaragua⁵¹ (16 marzo de 1994) o entre España y República Dominicana (16 marzo de 1995), disponen que “la opción se efectuara por cualquiera de las partes en el litigio”⁵² pero, como es de esperar, en la práctica, es el inversor quien suele instar este tipo de procedimientos para proteger sus inversiones frente a los abusos del Estado en el cual está invirtiendo.

Pues bien, como ha quedado señalado en la anterior relación, en la mayoría de los casos, los APPRIS se decantan por la opción de ofrecer a las partes la elección de, bien acudir a los tribunales nacionales del Estado receptor o bien instar directamente un arbitraje internacional.

Una vez situado el escenario de posibilidades, es esta última alternativa, la de instar directamente un arbitraje internacional, la que interesa analizar más en profundidad por ser el eje central en torno al cual gira el desarrollo del presente trabajo y por, como más adelante se explicara, ser la vía preferida por la parte inversora para resolver los posibles conflictos que surjan con los Estados receptores.

La posibilidad de acudir al arbitraje reviste, normalmente, distintas modalidades⁵³:

1.1.1 Arbitraje ad-hoc:

Una de las posibilidades es que el correspondiente tratado bilateral sobre inversiones determine el sometimiento a un arbitraje ad-hoc, generalmente de acuerdo con el *Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado*, de la CNUDMI⁵⁴, conocido como Reglamento UNCITRAL⁵⁵. La gran mayoría de los APPRIS celebrados entre España y países latinoamericanos (17 países entre los que no se encuentra Brasil)⁵⁶ permiten⁵⁷ que el inversor elija entre acudir al arbitraje UNCITRAL o al arbitraje CIADI

⁵¹ BOE núm98, de 25 de abril de 1995.

⁵² IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I. “Promoción y protección de las inversiones españolas...”, pág. 169

⁵³ ALTOZANO GARCÍA FIGUERAS, H, *La protección de las inversiones españolas...* págs.98.

⁵⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: Principal órgano jurídico de composición universal del sistema de Naciones Unidas en el ámbito Mercantil Internacional, cuya misión consiste en modernizar e armonizar la regulación de dicha materia

⁵⁵ Resolución 68/109 de 16 de diciembre de 2013: *Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado*, de la CNUDMI.

⁵⁶ Relación de APPRIS celebrados por España, con referencia al BOE (<http://www.mcx.es/polco>).

⁵⁷ DÍEZ-HOCHLEITNER, “El Arbitraje Internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRIS”, en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, Núm. 11, 2005, pág. 51.

(posteriormente analizado), como ocurre en los acuerdos de España con Bolivia⁵⁸, Chile⁵⁹, Costa Rica⁶⁰. Además, existen APPRI, como el suscrito entre España y la República Dominicana⁶¹, en los que únicamente puede emplearse el arbitraje UNCITRAL. Este Reglamento es al que normalmente acuden los árbitros para administrar el proceso porque ofrece un conjunto de normas procesales sobre la transparencia en los procesos arbitrales y el acceso público a los mismos. Además se aplica, tal y como señala su artículo 1, a los “arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados, en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”

Por su parte, el *Reglamento de Arbitraje*⁶², recoge una serie de normas procesales a las que las partes pueden acogerse para el desarrollo de los procedimientos arbitrales, en los que no interviene ninguna institución arbitral, surgidos a raíz de sus relaciones comerciales o de inversiones. De entre sus disposiciones destaca la regulación del nombramiento, número y recusación de árbitros (artículos 5-12), la declinatoria de la competencia del tribunal (artículo 21), las medidas provisionales de protección (artículo 26), interpretación y rectificación del laudo (artículos 35-36).

1.1.2 *Arbitraje institucional:*

Otra de las posibilidades de arbitraje que ofrecen los APPRI a las partes es acudir a una institución arbitral para que administre el arbitraje surgido, en virtud de las reglas y procedimientos preestablecidos. Por tanto, esta figura ofrece mayor seguridad jurídica a las partes por contar con un desarrollo y administración de procedimientos reglamentado. Dentro de esta materia de inversiones, los APPRI pueden titular a diferentes instituciones para que lleven a cabo el procedimiento⁶³.

Una de las opciones es que el APPRI en cuestión otorgue la competencia de resolución de controversias de inversiones a la *Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París* (International Court of Arbitration of the

⁵⁸ BOE núm.247, de 15 de octubre de 2002. APPRI finalizado y en periodo de remanencia (las inversiones efectuadas antes de su terminación están cubiertas por el acuerdo por un periodo de 10 años).

⁵⁹ BOE núm. 67, de 19 de marzo de 1994.

⁶⁰ BOE núm. 170, de 17 de julio de 1999.

⁶¹ BOE núm. 282, de 22 de noviembre de 1996.

⁶² Resolución 31/98 de 15 de diciembre de 1976: Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

⁶³ ALTOZANO GARCÍA FIGUERAS, H, *La protección de las inversiones españolas...*págs.98-99.

International Chamber of Commerce, CCI)⁶⁴, como ocurre en el caso del acuerdo bilateral entre España y Cuba⁶⁵.

En otras ocasiones los APPRI, aunque con menos frecuencia, determinan que el arbitraje institucional puede regirse por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo⁶⁶.

No obstante, en la mayoría de los casos, los APPRI determinan como institución arbitral competente al *Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones* (en adelante CIADI o Centro), creado por el *Convenio para el Arreglo de Diferencias entre Estados y Nacionales de otros Estados* (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States) o *Convenio de Washington de 1965*, elaborado por los Directivos Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial)⁶⁷.

La Convención de Washington en 1965 (en adelante CW), a la que España se adhiere en 1994⁶⁸ y responde a las necesidades de “cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales privadas”⁶⁹. El CIADI es una organización internacional autónoma con personalidad jurídica y con los privilegios e inmunidades propios de estas entidades. Su estructura orgánica consta de un Consejo de Administración y un Secretariado, a su vez formado por un Secretario General, uno o varios Secretarios adjuntos y el personal del Centro⁷⁰. Se trata de un sistema creado específicamente para proteger las inversiones y los conflictos de naturaleza jurídica surgidos entre inversores y Estados receptores⁷¹ para habilitar un entorno de confianza recíproca, y por consiguiente, estimular los flujos de capital entre países. Es conveniente destacar que el CIADI es un órgano permanente que como institución arbitral se encarga de administrar, sobre

⁶⁴ <http://www.intracen.org/>. Es parte de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), reúne compañías de más de 130 países y posee un campo de aplicación muy extendido internacionalmente.

⁶⁵ BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 1995.

⁶⁶ IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I. “Promoción y protección de las inversiones españolas...”, pág.169

⁶⁷ BROCHES, A. “Selected Essays: World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law”, en *Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London*, 1994, págs.433-447.

⁶⁸ BOE núm 219, de 13 de Septiembre de 1994. Actualmente 144 Estados son parte del Convenio de Washington, teniendo en cuenta las denuncias de Bolivia en 2007. Ecuador en 2010 y Venezuela en 2012.

⁶⁹ Preámbulo del Convenio de Washington de 1965.

⁷⁰ CLAROS ALEGRÍA, C., “El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo a Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)”, en *Spain Arbitration Review, Club Español de Arbitraje*, Wolters Kluwer, Issue 1, 2008 “, págs.15-17.

⁷¹ Artículo 25 CW establece tanto la jurisdicción, como los ámbitos objetivos y subjetivos del CIADI.

todos en las primeras fases, los procedimientos, pero no es quien interviene para resolver las disputas, sino que son los árbitros nombrados para ese litigio concreto quienes ejercen la labor de conciliación⁷².

Por un lado, los inversores pueden acudir al Centro para resolver las controversias, cuando, como ha quedado indicado, haya un APPRI suscrito previamente que lo señale como mecanismo de resolución de conflictos. Por otro lado, también puede presentarse ante el CIADI los litigios surgidos entre un Estado parte del CW y un inversor nacional de otro estado parte, siempre que ambos hayan prestado su consentimiento, tal y como señala el artículo 25.1 CW. El consentimiento puede revestir diversas formas, pero siempre por escrito, y, tal y como dispone el propio Convenio, una vez prestado no puede ser revocado unilateralmente. Respecto a lo anterior, personalmente sostengo y creo conveniente destacar, que los APPRI han contribuido positivamente a fortalecer el sistema de arbitraje de inversiones, especialmente la actividad del CIADI, ya que cuando los Estados los suscriben están prestando de forma clara e inequívoca un consentimiento unilateral a favor del arbitraje internacional. Ahora bien, el sometimiento de las controversias a un proceso arbitral, precisa, para su perfección, de la autorización de los inversores nacionales de uno de los Estados firmantes del APPRI. Tal perfeccionamiento se produce, con frecuencia, mediante la presentación de una demanda, bien ante el Centro o bien ante cualquier otra corte arbitral.

Adicionalmente, señalar que el Convenio destaca por las siguientes características básicas y fundamentales:⁷³

- Autonomía: de la voluntad tanto del inversor como del Estado receptor, que ambos deben prestar su consentimiento para someter los litigios al Centro, dado que la mera firma y ratificación del CW no supone la aplicación automática del arbitraje CIADI⁷⁴. Además, se trata de un mecanismo que resuelve los litigios en una esfera neutral, garantizando la despolitización y deslocalización de los tribunales nacionales. Por tanto, éstos últimos no podrán resolver recurso alguno cuando ya haya sido emitido el laudo, sino que tan sólo

⁷² CLAROS ALEGRÍA, C., “El sistema arbitral del Centro Internacional...”, págs.17-20.

⁷³ ÁLVAREZ ÁVILA, G. “Las características del Arbitraje del CIADI”, en *Anuario Mexicano del Derecho Internacional (AMDI)*, Vol. II, 2002, págs.218-229

⁷⁴ Preámbulo del Convenio de Washington de 1965

estarán disponibles los recursos tasados en el artículo 52 CW, que son la aclaración, revisión y anulación del laudo.

- Exclusividad: la actuación del CIADI veta el ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado del cual es nacional el inversor. A pesar de este obstáculo el CIADI ofrece numerosas ventajas, y con frecuencia los inversores acuden para resolver sus controversias cuando su Estado no tiene firmado un APPRI con el Estado en el que realiza la inversión⁷⁵. En cuanto a los laudos dictados por el Centro, tal y como establecen los artículos 53 y 54. del CW, son vinculantes y obligatorios en todos sus aspectos, salvo en situaciones excepcionales no pueden ser objeto de apelación o recurso, y los Estados deben aplicarlos como se de resoluciones de tribunales nacionales se tratase.

Por último, otra de las opciones disponibles es aplicar el “Reglamento del Mecanismo del Complemento para la Administración de Procedimientos por el Secretario del CIADI”⁷⁶. Este último mecanismo mantiene cierta relación respecto el arbitraje CIADI, puesto que el procedimiento será administrado por el Secretariado del CIADI y en él, tal y como señala Iñigo Iruretagoiena⁷⁷, “podrán intervenir, cuando proceda, los tribunales internos y la legislación nacional, y el reconocimiento y ejecución se realizarán conforme a las normas internas de los Estados y Convenios internacionales que estuviesen vigentes a tal efecto”. Este tipo de procedimientos se activan en circunstancias que quedan fuera del CW, recogidas en el artículo 2 del citado Reglamento⁷⁸:

- Procedimientos de conciliación y arbitraje que no entren dentro de las competencias del CIADI porque unos de los dos Estados, bien el receptor de la inversión o bien el del que el inversor es nacional, no es parte del CW (art. 2.a) del CW).
- Procedimientos de conciliación y arbitraje que no entren dentro de las competencias del CIADI, aun siendo parte del CW uno de los Estados o los dos, porque el conflicto no deriva de una inversión o porque no es una controversia de carácter jurídico (art. 2.b) del CW).

⁷⁵ ALTOZANO GARCÍA FIGUERAS, H, *La protección de las inversiones españolas ...* págs. 108

⁷⁶ IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I. “Promoción y protección de las inversiones españolas...”, pág.169-171.

⁷⁷ Artículo 3 del Reglamento del Mecanismo Complementario.

⁷⁸ CLAROS ALEGRÍA, C., “El sistema arbitral del Centro ...”, págs.51-52.

- Procedimientos de comprobación de hechos orientados a la aclaración e ilustración de aspectos fácticos (art. 2.c) del CW).

En base a lo expuesto, y a pesar de las infinitas posibilidades que ofrecen los APPRI dentro de la vía de arbitraje internacional, pueden establecerse dos grupos claramente diferenciados, por un lado los arbitrajes CIADI bajo la Convención CIADI, y por otro el resto de arbitrajes (arbitrajes no CIADI)⁷⁹ cuyos laudos serán reconocidos y ejecutados en virtud del Convenio de Nueva York de 1958⁸⁰, que en su correspondiente apartado será analizado. Como se comprobará a lo largo del desarrollo del presente trabajo, el estudio de la materia se centrará en gran medida en este primer tipo de arbitraje CIADI, dado su carácter autónomo, así como por la elevada utilización y relevancia que ha ido adquiriendo en los últimos años.

1.1.3 *Tratados multilaterales:*

Otra de las razones del protagonismo de los APPRI es compensar la falta de consenso para la creación de un instrumento jurídico global de inversiones que regule de forma integral esta materia favoreciendo su constitución, liquidación y libre circulación, pero sin descuidar la protección. Debe reconocerse los numerosos intentos de alcanzar un acuerdo de este tipo a nivel mundial, elaborados tanto por organismos públicos como privados. En primer lugar, a principio de los años setenta, la OCDE tomó la iniciativa de instaurar una Convención multilateral para la protección de la propiedad privada y protección de las inversiones, pero este proyecto fracasó en 1967⁸¹. El último y más significativo intento tuvo lugar, años más tarde, cuando la OCDE retomó su propósito, pero su proyecto de Acuerdo Multilateral (AMI) volvió a fracasar en 1998⁸². No obstante lo anterior, el fenómeno de la integración regional a través de la formación de bloques económico-políticos, e incluso en ocasiones sociales y culturales, ha conducido a la inclusión de cláusulas sobre inversiones en algunos

⁷⁹ LINARES RODRÍGUEZ, E. “La inmunidad estatal como obstáculo a la ejecución de los laudos en materia de inversión”, en *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, Kluwer Law International*, Vol. 8, Issue 1, 2015, pág. 58.

⁸⁰ BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977.

⁸¹ FÉRNANDEZ MASIÁ, E. *Tribunales nacionales.....*, pág19

⁸² IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios...* págs. 108-109

tratados multilaterales en materias específicas⁸³, entre los que destacan el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), Acuerdo de Promoción y Protección de inversiones (ASEAN), Acuerdos de libre Comercio de Cartagena, Tratado de la Asunción...

Existen además, diversos protocolos comerciales trans-regionales, que regulan los supuestos de expropiación y nacionalización que tanto preocupan a la comunidad internacional, ofreciendo métodos de solución de controversias surgidas entre Estados e inversores en sectores concretos, entre los que destaca el Tratado sobre la Carta de la Energía⁸⁴.

A modo de ejemplo, cabe señalar que en octubre de 2013 se plantea una demanda de arbitraje internacional por parte de Luxemburgo CSP Equity Investment Sarl, filial de Abengoa, contra el Gobierno español por la rebaja de las primas de energía termosolar incumpliendo el Tratado de la Carta de la Energía, rompiendo las legítimas expectativas de la firma y constituyendo una expropiación indirecta. El arbitraje tuvo lugar en La Haya, siguiendo las reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo⁸⁵ y en base a la Carta de la Energía.

1.2 Protección diplomática:

En cuanto a la protección diplomática, entendida como la acción de un Estado frente a otro en ejercicio de los derechos de protección de sus nacionales ante actuaciones ilícitas y contrarias a las disposiciones internacionales relativas a extranjeros⁸⁶, opera tan sólo cuando el perjudicado es nacional de Estado y cuando se han agotado los recursos internos del país donde se pretende ejercitar. Se trata de un derecho de los nacionales pero no una obligación del Estado, dado que su discrecional uso está condicionado por motivaciones políticas y deseos de mantener relaciones cordiales con en la esfera internacional. Por consiguiente, el inversor que sufre la expropiación o cualquier otra violación de derecho en torno a su inversión debe acudir

⁸³ FÉRNANDEZ MASIÁ, E. *Tribunales nacionales...*, pág 20

⁸⁴ IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios...* págs. 124-125.

⁸⁵ MÉNDEZ, R., "El primer revés a España en el arbitraje por el recorte a las renovables", en *Diario El País*, 2015.

⁸⁶ *Resolution adopted by the General Assembly of United Nations, 65/27 Diplomatic Protection, on 6 December 2010*

a los tribunales internos del Estado receptor, que aplicarán su legislación interna, y en caso de no quedar satisfecho es cuando solicita la protección diplomática a su propio Estado, pero sin poder participar en el procedimiento, ya que el asunto pasa a manos de los Estados⁸⁷.

En efecto, la protección diplomática es un medio secundario que, en la práctica, suele utilizarse cuando hayan sido frustrados otros medios alternativos, entre ellos la jurisdicción ordinaria de los Tribunales nacionales.

A pesar de ser una vía discrecional, cuya última palabra la tienen los Estados y no el inversor, es necesario que se cumplan las siguientes condiciones⁸⁸:

- Que el inversor sea nacional del Estado al cual solicita la protección diplomática. La cuestión que surge ahora es, ¿qué legislación debe ser aplicada para determinar la atribución de nacionalidad? El Derecho Internacional señala que la nacionalidad la define la legislación del Estado con el que el sujeto muestre mayores conexiones, y en este punto puede ser de utilidad la solución del Tribunal Internacional de Justicia⁸⁹, en el Asunto Nottebohm, que pone de manifiesto: “La nacionalidad es un vínculo jurídico basado en un hecho social de conexión, en una efectiva solidaridad de existencia, de intereses y sentimientos, unido a una reciprocidad de derechos y deberes. Puede decirse que constituye la expresión jurídica del hecho de que el individuo al cual se confiere está de hecho más estrechamente vinculado a la población del Estado que le ha conferido la nacionalidad que a la de cualquier otro”.
- Agotar los recursos internos judiciales y administrativos que tenga a disposición el Estado receptor de la inversión.
- Comportamiento adecuado y modo de proceder correcto del inversor que reclama la protección diplomática, conocida también como doctrina de manos limpias, creada en la doctrina Anglosajona (teoría clean hands)⁹⁰ y que ha pasado a Derecho Internacional.

⁸⁷ IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios...* pág.151

⁸⁸ ALTOZANO GARCÍA FIGUERAS, H, *La protección de las inversiones españolas...* págs.120

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el Asunto Nottebohm (Liechtenstein vs Guatemala). CIJ, Recueil 1995, págs. 23-24.

⁹⁰ ALTOZANO GARCÍA FIGUERAS, H, *La protección de las inversiones españolas...* págs.123

1.3 Tribunales nacionales. Jurisdicción ordinaria y otros posibles mecanismos de protección:

La alternativa de acudir a los Tribunales internos del foro, en la práctica, no ha ido una vía utilizada para resolver los conflictos en los que interviene un inversor extranjero⁹¹, dado que no cuenta con la seguridad jurídica ofrecida por otros métodos de protección ni con la garantía de una jurisdicción neutral, despolitizada y en igualdad de condiciones que los nacionales del país receptor de la inversión. No obstante, como se ha señalado anteriormente, la competencia de los Tribunales nacionales puede venir fijada por los APPRIs suscritos entre los Estados soberanos.

Finalmente, otra de las medidas indirectas de protección de inversiones en el exterior, desde un panorama privado e interno del Estado receptor, son las “cláusulas de estabilización”⁹², a través de las cuales se garantiza que, ante una eventual modificación legislativa menos favorable, se continúe aplicando a los inversionistas anteriores al cambio la normativa vigente en el momento en el que suscribieron el contrato. Se trata de un complemento a los instrumentos descritos anteriormente, a través del cual el inversor puede emplear las garantías y mecanismos contractuales previstos en la legislación del Estado que acoge la inversión. Es decir, en otras ocasiones, los contratos de concesión o producción cooperada, suscritos entre el inversor y entidades del Estado, son lo que establecen que la competencia exclusiva para resolver los posibles conflictos que surjan a lo largo de la relación contractual corresponde a los Tribunales nacionales.

Tómese el caso en el que a un inversor o empresa extranjera se le adjudica una concesión administrativa, como por ejemplo el aprovechamiento y explotación de nuevas terminales marítimas, o contrato público, por ejemplo para la construcción de bases navales. En esos supuestos, los inversores deben garantizar sus intereses particulares, y a través de las citadas cláusulas de estabilización, los Gobiernos se comprometen a no modificar las condiciones de las condiciones o contratos⁹³, y ante nuevas circunstancias, el Estado receptor y el inversionista extranjero deben negociar nuevas condiciones de cumplimiento.

⁹¹ZAMBRANA TÉVAR, N. *La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*, Aranzadi, Navarra, 2010, págs.12-28.

⁹²ALTOZANO GARCÍA FIGUERAS, H, *La protección de las inversiones españolas...*págs.15-16.

⁹³ALTOZANO GARCÍA FIGUERAS, H, *La protección de las inversiones españolas ...* págs.141-144

III. ARBITRAJE DE INVERSIÓN. CARACTERÍSTICAS Y FINALIDADES

En el apartado anterior, se ha hecho referencia a una serie de instrumentos de solución de conflictos en el ámbito de inversiones extranjeras, pero como ha podido observarse, el mayor énfasis ha girado en torno al arbitraje internacional.

Pero ahora cabe preguntarse, ¿Por qué el arbitraje de inversiones frente a otros mecanismos tradicionales de protección? La respuesta es clara y sencilla, por las ventajas y condiciones favorables que ofrece, y porque se trata, en definitiva, de un método de resolución de *controversias seguro, real, efectivo y vinculante*⁹⁴.

En efecto, el arbitraje de inversiones es un mecanismo generalizado de resolución de controversias en materia de inversiones en el extranjero, y recientemente han aumentado las reclamaciones de inversores foráneos por esta vía jurídica⁹⁵. Ahora bien, el arbitraje de inversiones debe diferenciarse de figuras afines como, por ejemplo, el arbitraje comercial internacional. Éste último es un procedimiento contractual privado confidencial y legítimo para solucionar conflictos entre sujetos privados en material mercantil internacional⁹⁶. Por el contrario, el arbitraje de inversiones presenta una innegable base pública, dado que una de las partes implicadas es necesariamente un Estado que se rige por intereses generales y públicos, de forma que de entre sus rasgos característicos destacan la *publicidad y transparencia* de soluciones⁹⁷. Su naturaleza es mixta, porque contiene elementos del Derecho Internacional Público y Privado, y al mismo tiempo sitúa ante una institución un litigio entre una entidad soberana y un sujeto privado⁹⁸.

Por un lado, uno de los motivos que justifican que el arbitraje de inversiones sea, actualmente, la vía principal más utilizada es su rasgo de *imparcialidad*, donde el conflicto se resuelve en un foro neutral e independiente de los tribunales del Estado

⁹⁴ BLACKABY, N., *Public Interest and Investment Treaty Arbitration*, International Commercial Arbitration, TDM 1, 2004.

⁹⁵ COLLANTES GONZÁLEZ, J.L., “La mediación y el arbitraje a consulta” en *Diario La Ley*, nº 83960, Sección Práctica Forense, 23 de julio de 2014.

⁹⁶ STAMPA, G. “El comercio internacional: definición y regulación. La denominada *lex mercatoria*. El arbitraje comercial internacional: definición y principales características”. en *Id.VLex-57740106*, 2011, págs.13-63.

⁹⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Navarra, Cívitas, 2010, pág.347.

⁹⁸ PÉREZ ESCALONA, S., *Las operaciones de control societario ante el arbitraje internacional de inversiones extranjeras: notas a propósito del caso Camuzzi International vs. República Argentina*, REDUR 8, diciembre 2010, págs.111-122.

receptor de la inversión. Esta *neutralidad* facilita la autonomía de la voluntad del inversor extranjero perjudicado al concedérsele una opción independiente para la resolución del conflicto dentro del plano jurídico. Asimismo, la neutralidad del órgano arbitral facilita la ejecución de sus resoluciones en cuanto que el Estado expropiante no se siente atacado por el Estado nacional del inversor, sino que se aplica una resolución emanada de un órgano independiente, internacional y especializado, que ha tenido en cuenta tanto el Derecho Interno como el Internacional.

Lo anterior supone una garantía para el inversor extranjero, y contribuye a superar su desconfianza en los tribunales locales del Estado receptor al ser éstos, en palabras de Iñigo Iruretagoiena⁹⁹, “al mismo tiempo juez y parte”. Del mismo modo se logra evitar el riesgo de concluir en soluciones politizadas, que en ocasiones manan de las protecciones diplomáticas y del oportunismo e intereses gubernamentales. Además, para el inversor extranjero puede que la protección diplomática no sea el sistema siempre deseado, ya que pierde el control del proceso y queda a la espera de lo que decida el Estado de su nacionalidad. No obstante, no debe llegarse a la conclusión de que la protección diplomática es un mecanismo de protección en desuso, ya que actualmente hay ejemplos de utilización de este instrumento jurídico en casos como, por ejemplo, REPSOL YPF vs. República Argentina¹⁰⁰.

Por otro lado, destacar que, si bien con el tiempo y gracias a su *singularidad* y evolución, el arbitraje de inversión ha ido adquiriendo *rasgos propios y específicos*, éste tiene sus raíces en el arbitraje comercial internacional¹⁰¹. Por ello, el arbitraje de inversiones exhibe muchas de las ventajas que ofrece el arbitraje comercial, como pueden ser¹⁰² la *ejecutabilidad*, porque gracias a Tratados internacionales suscritos en esta materia, como el Convenio de Nueva York de 1958¹⁰³, se facilita la ejecución y cumplimiento del laudo en cualquier parte del mundo, con mayor éxito y celeridad que el cumplimiento de sentencias judiciales en otros Estados. También se beneficia el

⁹⁹ IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios...* págs.151-152

¹⁰⁰ BERMEJO GARCÍA, R., GARCIAÑDÍA GARMENDIA, R., “La expropiación de YPF (REPSOL) a la luz del Derecho Internacional”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2012, págs.2-29

¹⁰¹ MIAJA DE LA MUELA, A., “Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjera” en *Revista española de Derecho Internacional*, volumen XXII, núm 1, 1969, págs.12-15.

¹⁰² LATHAN & WATKINS ABOGADOS, *Guía del Arbitraje Internacional*, Publicaciones Lathan & Watkins, 2015

¹⁰³ Convenio de Naciones Unidas de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, firmado por más de 145 países, es el más amplio en la materia. El Reglamento Bruselas I es similar pero su ámbito de aplicación es tan sólo europeo).

arbitraje del conocimiento técnico y *especialidad de los árbitros*¹⁰⁴, ya que las partes pueden escogerlos por su especial formación en el tema a tratar. Los procedimientos arbitrales son, como norma general, más económicos que los judiciales, dado que no hay que pagar las costas de los tribunales judiciales y el único coste es el de los honorarios de los profesionales, teniendo en cuenta que la duración suele ser menor y que los laudos, salvo en situaciones excepcionales, no suelen ser revisados. Si bien otro de los rasgos del arbitraje comercial es la *confidencialidad del procedimiento*, ya comentada, frente a la publicidad de los procesos judiciales, esto no debe tomarse como dogma, y por consiguiente, tanto la característica de privacidad, como las de celeridad y economía, deben predicarse con prudencia¹⁰⁵.

Además, la *flexibilidad del sistema* arbitral permite, no sólo que las partes puedan elegir los árbitros, sino que además el tribunal arbitral escogido tenga mayor margen de actuación a la hora de aplicar distintos ordenamientos jurídicos, bien sea el del Estado receptor de la inversión que causa el daño, bien las normas que ofrece el Derecho Internacional o bien ambos conjuntamente, todo ello en virtud de las circunstancias concretas del supuesto a tratar¹⁰⁶. En definitiva, la flexibilidad del arbitraje, alejada de los corsés procedimentales de otros mecanismos internacionales, posibilita que el árbitro pueda aplicar en la resolución de los conflictos tanto el Derecho Interno del país expropiante como el Derecho Internacional.

Esta *fórmula integradora*¹⁰⁷, sobre todo a través del CIADI, facilita el acceso de los inversores a la instancia internacional que, anteriormente, quedaba mediatizada por la voluntad política de su propio país, y al mismo tiempo determinaba que la obtención y cuantía de las reparaciones de las que era justo acreedor, se difuminaban en acuerdos políticos interestatales, como sucedía en la práctica con los “lump sum agreements”¹⁰⁸. Por ello, el arbitraje internacional de inversiones, centra el problema en lo jurídico, lo judicializa y lo despolitiza¹⁰⁹.

¹⁰⁴ HIRSCH, N. *The arbitration Mechanism of the International Centre of Settlement of Investment Disputes*, Martinus Nijhoff, 1993, págs.9-10.

¹⁰⁵ IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios...* pág.153.

¹⁰⁶ IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios...* págs.153-154.

¹⁰⁷ VIVE CHILLIDA, J.A., *El Centro Internacional del Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs.258-260.

¹⁰⁸ WESTON, B.H, LILLICH, R.B., BEDERMAN D, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements 1975-1995*, Martinus Nijhoff, Virginia, 1999, págs 210 y ss.

¹⁰⁹ IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios...* pág.154

En lo que respecta al *consentimiento* del arbitraje de inversiones, es *esencial y obligatorio* que las partes autoricen por escrito la sumisión a dicha figura jurídica. Autores como Christoph Schreuer¹¹⁰, señalan que el arbitraje de inversión, a diferencia del arbitraje comercial internacional, no se basa en cláusulas arbitrales integradas en los contratos celebrados entre el inversor y el Estado receptor, en los que simultáneamente prestan su consentimiento para someterse a arbitraje en caso de litigio. Por el contrario, uno de los rasgos distintivos del arbitraje de inversiones es que el consentimiento del Estado receptor no surge por la vía de dichos acuerdos, sino que proviene de su legislación interna, como se vio en el asunto SPP vs. Egipto, o de los Tratados Internacionales que tiene suscritos¹¹¹, como muy frecuentemente ocurre en los APPRI. Una vez que el Estado acogedor de la inversión realiza la oferta de arbitraje (a través de las citadas normas internas o Tratados Internacionales), es el inversor quién perfecciona el consentimiento cuando, una vez surgida la disputa, se presenta ante una instancia arbitral¹¹². En conclusión, no es necesaria la existencia de un contrato previo entre afectado y Estado, ya que la oferta que éste último realiza sirve de base para que el inversor inicie el proceso arbitral, perfeccionando el consentimiento, y a partir de ese momento es cuando las partes quedan obligadas a resolver sus disputas por la vía arbitral¹¹³. Los tribunales arbitrales han aceptado la doctrina según la cual el convenio arbitral suscrito entre las partes supone la aceptación del tal mecanismo por parte del Estado y, a su vez, una oferta para el inversor. Dicha doctrina fue introducida por la sentencia arbitral del caso “Lanco vs. la República Argentina”¹¹⁴.

Por último resaltar que, en cuanto a los orígenes del método de resolución de controversias analizado, numerosos Estados, sobre todo aquellos en vías de desarrollo, lo rechazaron dado que supone una merma y alejamiento de las jurisdicciones nacionales internas¹¹⁵. No obstante, la realidad fue evolucionando, y como ha podido comprobarse, en la actualidad, la proliferación de APPRI celebrados ha sido espectacular y el aumento de Estados miembros del CIADI, pone de manifiesto que el

¹¹⁰ SCHREUER, C., “Consent to Arbitration”, en *TDM*, vol. 2, núm. 5, 2007, págs.2-3

¹¹¹ FÉRNANDEZ MASIÁ, E. *Tribunales nacionales...*, pág.22

¹¹² IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios...* pág.166.

¹¹³ SCHREUER, C., “Consent to Arbitration”, en *TDM*, vol. 2, núm. 5, 2007, págs.9-10.

¹¹⁴ Caso CIADI no. ARB/97/6. Decisión preliminar sobre jurisdicción de 8 de diciembre.

¹¹⁵ IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I. “Promoción y protección de las inversiones españolas...”, págs.152-14.

arbitraje de inversiones se ha convertido en el instrumento jurídico por excelencia, más adecuado y empleado, en el ámbito de inversiones extranjeras.

IV. INMUNIDAD ESTATAL COMO OBSTÁCULO A LA EJECUCIÓN DE LAUDOS EN MATERIA DE INVERSIONES:

En las últimas décadas ha sido cada vez más frecuente el empleo de fórmulas y soluciones arbitrales a las controversias en materia de inversiones internacionales, toda vez que se ha ido incrementando el número de Estados que, mediante la suscripción de convenios “ad-hoc”, se han sometido de forma expresa a ese procedimiento de solución de conflictos. . En la mayoría de los casos, fruto de esos procedimientos arbitrales de inversiones se obtienen laudos favorables que protegen los intereses y pretensiones de los reclamantes, y que garantizan seguridad jurídica sobre la decisión emanada, ya que ésta podrá ser ejecutada de forma rápida y eficaz en una o más jurisdicciones.

No obstante, en la práctica, puede darse que cuando la parte condenada al cumplimiento del laudo dictado en el procedimiento arbitral sea un Estado, bien se oponga a someterse a un foro extranjero alegando inmunidad de jurisdicción, o bien refute la ejecución de las medidas coercitivas impuestas en base la inmunidad que gozan sus bienes con finalidad soberana. En efecto, las inmunidades soberanas son una garantía del Estado para poder participar en las actividades económicas y comerciales fuera de su territorio, y suponen, al mismo tiempo, un límite al poder de otros jueces, árbitros o tribunales que no sean internos, bajo el fundamento de los principios de soberanía, independencia e igualdad de Estados.¹¹⁶.

A día de hoy, no existe una codificación a nivel mundial sobre las inmunidades de los Estados y sus bienes. La Convención de la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante Convención ONU), de 2 de diciembre de 2004, sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, fue creada para recopilar el Derecho Internacional en la materia de inversiones, armonizar la práctica, fortalecer

¹¹⁶RUIZ COLOME, M. Á., “La inmunidad de ejecución de los estados extranjeros ante los tribunales españoles en la reciente jurisprudencia constitucional”, en *Derecho Privado y Constitución Universidad Complutense de Madrid*, Núm.2, 1994, págs.371-374.

la protección y garantizar la seguridad jurídica, especialmente en las relaciones entre Estados y personas físicas o jurídicas. No obstante señalar que la Convención no se encuentra actualmente vigente, porque tal y como señala su artículo 30, entrará en vigor cuando se deposite el “...trigésimo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación o adhesión...”, y todavía no se ha conseguido, ya que fue firmada por 28 Estados y hasta ahora se han presentado tan sólo 16 instrumentos. Ahora bien, el texto aporta un gran valor orientativo y práctico a la esfera internacional, y decisiones judiciales de numerosos países se han fundamentado en la Convención ONU, como por ejemplo la ejecución forzosa del laudo CIADI en el asunto “AIG Capital Partners vs.Kazajstán”¹¹⁷, en la que la *High Court Queen’s Bench Division*¹¹⁸ desestimó la adopción de medidas coercitivas sobre los bienes que Kazajstán tenía en el Banco Central de Kazajstán ubicados en Reino Unido¹¹⁹.

A falta de un texto de carácter universal sobre la materia, las principales fuentes normativas internacionales de la inmunidad estatal se basan en el derecho interno de los Estados, bien sea a través de su legislación nacional, o bien a través de la jurisprudencia de sus tribunales¹²⁰. Entre los Estados que han ido introduciendo en sus legislaciones normas específicas relativas a la inmunidad de Estados extranjeros en sus territorios, se encuentran EEUU¹²¹, Reino Unido¹²², Canadá¹²³ y Australia¹²⁴. El artículo 21.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹²⁵:

“1. Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y españoles y extranjeros (...) 2. Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas de Derecho Internacional Público”.

¹¹⁷Caso CIADI núm. AR/01/6: Decisión sobre la ejecución de un lado, de la High Court, Queen’s Bench Division, de 20 de octubre de 2005

¹¹⁸Es una de las tres divisiones de la *High Court of United Kingdom*, junto con la Chancery Division y Family Division, y su Presidente es Brian Leveson.

¹¹⁹LINARES RODRÍGUEZ, E. “La inmunidad estatal como obstáculo...”, pág.81.

¹²⁰LINARES RODRÍGUEZ, E. “La inmunidad estatal como obstáculo...”, pág.79

¹²¹U.S Government (www.gpa.gov) Foreign Sovereign Immunities Act 1976, 28 U.S.C., Title 28, part IV, Chapter 97

¹²²Legislation.gov.uk. State Immunity Act 1978, Chapter 33 Proceeding in United Kingdom by or against other States.

¹²³Justice Law Website Government of Canada (/law-lois.gc.ca) State Immunity Act, R.S.C., 1985, C-S-18.

¹²⁴Australian Government (www.comlaw.gov.au) Foreign States Immunities Act No. 196, 1985, Sect 3

¹²⁵BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

Además, el precepto 36 de la Ley 1/200, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil remite a los tratados internacionales para regular el tema de las inmunidades:

“1. La extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. 2. Los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Cuando se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público. 2.ª Cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado. 3.ª Cuando no comparezca el demandado emplazado en debida forma, en los casos en que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes”.

En España, la reciente Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España¹²⁶, ha supuesto un gran avance en la materia, y como queda recogido en su Preámbulo, trata de evitar la continua remisión a la normativa internacional que “provoca, en el plano judicial interno, inseguridad jurídica e incluso casuismo jurisprudencial que, en ocasiones, puede conducir a errores o contradicciones, susceptibles, en el plano externo, de comprometer la responsabilidad internacional de España”.

La trascendencia de la citada Ley Orgánica es innegable y de entre sus objetivos principales destaca la unificación en un único texto legislativo, congruente y racional, de toda la normativa reguladora de las inmunidades aplicables en España. Además, contribuye al cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades internacionales, así como a la regularización, en sus seis primeros títulos, de los privilegios que ostentan: (i) los Estados extranjeros y sus bienes, (ii) los Jefes de Estado y de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores extranjeros, durante el

¹²⁶BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2015.

ejercicio de su cargo y una vez finalizado el mismo, (iii) los buques de guerra y buques y aeronaves de Estado, (iv) las Fuerzas Armadas visitantes, (v) las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y sus bienes, y (vi) las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España.

Si bien los Estados intentan hacer valer sus prerrogativas de inmunidad, como participantes en la economía y sociedad internacional, deben tener presente en todo momento los costes y repercusiones derivados del incumplimiento de sus obligaciones con terceros países. Según Andrew T. Guzman¹²⁷, existen tres motivos por los cuales los Estados sienten incentivos para cumplir los laudos impuestos en el procedimiento arbitral¹²⁸:

- En primer lugar se encuentra la *reputación*, es decir, el buen comportamiento, cumplimiento de las obligaciones contraídas y respeto que muestren los Estados contribuye a la creación de una imagen favorable y adecuada en el plano internacional, y podrá beneficiarse de ventajas futuras en las relaciones interestatales, como por ejemplo, menor coste a la hora de emitir deuda o recibir nuevas inversiones. En este sentido, hay que presente la *presión económica*, en especial si el arbitraje es CIADI, ya que al ser una organización perteneciente al Grupo Banco Mundial podría obstaculizar o incluso impedir el acceso a créditos internacionales al Estado deudor renuente al cumplimiento¹²⁹
- En segundo lugar, debe tenerse en cuenta la *reciprocidad*, ya que el incumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado provoca que el resto sigan las mismas líneas de actuación, y por consiguiente incumplan los compromisos suscritos con ese Estado, y por tanto salga perjudicado.
- En tercer y último lugar, se halla la *retorsión*, que “implica tomar medidas dirigidas al Estado incumplidor”, que pueden ser bien mandatos que induzcan el cumplimiento, o bien sanciones de carácter punitivo en los casos de graves actuaciones del Estado que afecten a la comunidad internacional, como por

¹²⁷ Oxford University Press: Andrew T. Guzman es Profesor y Director de Programas Internacionales en la Facultad de Derecho de la Universidad de California, Berkeley. Es autor de numerosas obras de comercio internacional, asuntos internacionales, inversiones extranjeras directas, así como de economía y política.

¹²⁸ VIRGÓS, M., “La eficacia de la protección internacional de las inversiones extranjeras”, en *CIAMEN*, Volumen 7, Issue 3, 2014, págs.673-675.

¹²⁹ LINARES RODRÍGUEZ, E.. “La inmunidad estatal como obstáculo...”, pág.62.

ejemplo, la prohibición de exportación o importación de bienes, retirada de subvenciones...

En base a lo expuesto, el problema y punto central del presente trabajo gira en torno al engranaje existente entre la protección que ofrece el arbitraje al inversor privado como medio de resolución de conflictos, y las inmunidades soberanas que actúan como obstáculo al cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades internacionales contraídas por los Estados en su participación en la vida y relaciones económicas. Es necesario además analizar dichas prerrogativas soberanas en el ámbito de inversiones internacionales dado que entran en juego dos principios de Derecho Internacional Público contrapuestos¹³⁰:

- *Principio de soberanía territorial e independencia*, según el cual el Estado del foro tiene competencia para legislar, conocer, juzgar y resolver asuntos ocurren dentro de sus fronteras.
- *Principio de soberanía nacional e igualdad y principio par in parem non habet imperium*, según los cuales el Estado extranjero no deben someterse a los órganos administrativos ni judiciales extranjeros, y por tanto se muestra reticente a cumplir voluntariamente el laudo y a permitir que determinados bienes sean ejecutados.

1. Distinción etapas reconocimiento y ejecución:

El principal instrumento legal internacional de carácter multilateral en esta materia es la Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958, sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras¹³¹ (en adelante CNY). Además, existen otros convenios multilaterales que regulan esta disciplina, como son el Convenio de Panamá de 1975, el Convenio de Montevideo de 1979¹³², el Convenio Europeo de 1961 o Convenio de Ginebra¹³³, o el Complemento del CNY, pero el CNY se considera el texto fundamental del Derecho Internacional de arbitraje y dado que no se ha logrado una Convención similar para la ejecución internacional de sentencias

¹³⁰LINARES RODRÍGUEZ, E.. “La inmunidad estatal como obstáculo...”, pág.54

¹³¹Publicado en el BOE de 11 de julio de 1977. Actualmente son 154 los Estados que han firmado el Convenio de Nueva York.

¹³²Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, firmada en Montevideo el 8 de mayo de 1979.

¹³³BOE núm238 de 4 de octubre de 1975.

judiciales a nivel internacional¹³⁴, y las pretensiones de la Conferencia de la Haya de ampliar el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas¹³⁵ de 1968 fueron frustradas, se refuerza el argumento que la vía arbitral es la más efectiva y utilizada en el ámbito de resolución de controversias de inversiones extranjeras.

La CNY, creada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas para resolver las controversias comerciales internacionales, entró en vigor el día 7 de junio de 1959 en base a lo establecido en su artículo XII, y a ella pueden adherirse todos los Estados miembros de las Naciones Unidas o de cualquiera de sus órganos especializados o del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, tal y como señalan los preceptos VIII y IX.

La CNY nace con la finalidad de marcar unas normas legislativas comunes para el reconocimiento y ejecución tanto de los acuerdos arbitrales como de los laudos extranjeros emanados de los tribunales arbitrales competentes, y eludir el efecto discriminatorio de inadmisión o inaplicación, obligando a los Estados parte a reconocer y ejecutar en su jurisdicción dichas sentencias y laudos de la misma forma que las sentencias o laudos nacionales. Además, es el texto arbitral que ha logrado un ámbito de aplicación más amplio y de carácter universal, es decir, que los tribunales nacionales de los Estados parte del CNY deben aplicar los laudos arbitrales que provengan de todos los otros Estados, sin importar que estos sean o no sean miembros¹³⁶.

No obstante, el CNY no diferencia entre la fase de reconocimiento y la de ejecución de los laudos extranjeros, ni tampoco establece un determinado procedimiento para llevarlos a cabo, sino que se limita a señalar los requisitos que debe tener un laudo para poder ser reconocido y ejecutado en un Estado distinto. Esta distinción entre reconocimiento y ejecución es objeto de estudio en el entorno de Derecho procesal civil europeo y se recoge en instrumentos como el Reglamento (UE) 44/2001 (conocido como Bruselas I) o el Reglamento (UE) 1215/2012 (conocido como Bruselas II). Sin embargo, como medida supervisora y de garantía de la soberanía de los Estados¹³⁷, son sus propios ordenamientos internos los encargados

¹³⁴ LINARES RODRÍGUEZ, E. . “La inmunidad estatal como obstáculo...”, págs.50-51.

¹³⁵ Reglamento UE 1215/2012 de Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en la Unión Europea

¹³⁶ LINARES RODRÍGUEZ, E. . “La inmunidad estatal como obstáculo...”, págs.64-65.

¹³⁷ LINARES RODRÍGUEZ, E. . “La inmunidad estatal como obstáculo...”, pág.56.

delimitar ambas etapas, establecer las características específicas de la homologación y prever detalladamente el procedimiento a seguir¹³⁸:

- Establecimiento de un procedimiento específico de reconocimiento y ejecución de los laudos amparados por le CNY.
- Remisión al sistema de aplicable a los laudos nacionales: España ha optado por esta opción, ya que el artículo 46.2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, establece que “*el exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio de reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros*”. La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, en su disposición adicional primera reconoce expresamente el exequátur de laudos extranjeros al que hace referencia en el citado artículo 46.2 de la Ley 60/2003, como norma especial en materia de cooperación jurídica internacional civil y mercantil.
- Igualmente, los artículos 44 y siguientes, de la referida Ley 29/2015, de 30 de julio, contemplan las fórmulas, condiciones y procedimientos de ejecución de sentencias judiciales extranjeras en la materia analizada..

La fase de reconocimiento¹³⁹ es un proceso formal, ineludible y anterior a la fase ejecución, y trata de reconocer el laudo arbitral en el Estado en el cual vaya a ser ejecutado. Es ciertamente importante tener presente ante qué tipo de laudo se está, porque dependiendo de ello operará un procedimiento u otro de homologación.

Por un lado, se encuentra el *reconocimiento automático*, es decir, un proceso que consiste en verificar la certeza y autenticidad de un laudo arbitral dictado al amparo del CIADI siguiendo las normas de la Convención de Washington¹⁴⁰. En concreto, según lo establecido en el precepto 54 CW: “Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de

¹³⁸DÍAZ-BASTIEN, E., “La ejecutabilidad del laudo extranjero”, en *DBT Abogados*, 2014, págs.5-6

¹³⁹MICHINEL ÁLVAREZ, M., “La dimensión internacional de la ejecución del laudo”, en *Revista Latinoamericana de Mediación y arbitraje*, Vol. XI, nº1, 2011, págs. 6-15

¹⁴⁰LINARES RODRÍGUEZ, E. “La inmunidad estatal como obstáculo...”, pág.56.

sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por el Tribunal existente en dicho Estado”.

Por otro lado, está el *proceso de homologación o exequátur*. Éste es un proceso que tiene lugar cuando el laudo arbitral a reconocer no fue dictado al amparo del Convenio CIADI, sino que se guía, en la mayoría de los casos, por el Convenio de Nueva York, aunque también podría regirse por los Convenios de Panamá o de Montevideo, anteriormente mencionados¹⁴¹. La finalidad de este proceso de reconocimiento es que los Estados se aseguren de que los laudos que van a ser objeto de ejecución en su territorio se ajusten a las condiciones exigidas en los Convenios internacionales correspondientes, en la mayoría de casos en el CNY, de forma que no se vulnere el ordenamiento jurídico interno ni sean contrarios al orden público. A pesar de que el arbitraje no CIADI exige un procedimiento más complejo y exhaustivo que el anterior para el reconocimiento y ejecución de los laudos, los mencionados tratados internacionales facilitan su desarrollo señalando cuales son los requisitos exigidos para el exequátur (art. 4 CNY), las causas de denegación (art. 5 CNY)...

Con la fase de reconocimiento del laudo se obtiene un “título ejecutivo”¹⁴² y es cuando entra en juego el papel más importante de los tribunales internos, que en relevo del tribunal arbitral, adoptan una serie de medidas coactivas recogidas en sus legislaciones internas, en el caso de España, por la ya citada Ley 16/2015, para poder hacer efectivo el cumplimiento del laudo.

2. Inmunidad de jurisdicción

Uno de los mayores problemas que se han planteado a lo largo de los años es la capacidad de los Estados a someterse a arbitraje, pero la cuestión de intromisión del arbitraje internacional de inversiones en la soberanía ha sido superada gracias a instrumentos internacionales¹⁴³ como el Convenio de Ginebra, que en su artículo 2.1

¹⁴¹ DE LOS SANTOS, C., “La ejecución y el reconocimiento de los laudos dictados en arbitrajes comerciales y en arbitrajes de inversiones”, en *Revista de arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. 5, Issue 2, 2012 págs. 437-438.

¹⁴² DELAUME, G.R., “ICSID Arbitration Proceedings: tactical Aspects”, en *Pace Law Review*, Vol. 5, Issue 3, 1985, págs. 588-589.

¹⁴³ IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios...* págs. 206.

señala que “las personas morales de derecho público estarán facultadas para concertar válidamente acuerdos o compromisos arbitrales”.

Por su parte, la CW somete los conflictos surgidos en las relaciones entre un Estado y un inversor, a arbitraje, luego entiendo que los países firmantes están aceptando la sumisión a dicho mecanismo. Por tanto, una vez superado el obstáculo de la capacidad subjetiva arbitral de los Estados, el problema a analizar se encuentra en el hecho de que, tanto en los arbitrajes de inversiones ad-hoc como en los institucionales, los laudos dictados son de obligatorio cumplimiento y vinculantes para las partes¹⁴⁴, y frecuentemente los Estados se niegan a reconocer y ejecutar las sentencias arbitrales, cuyo fallo les ha sido adverso, invocando sus derechos y privilegios soberanos.

Conviene hacer una breve referencia histórica del cumplimiento por parte de los Estados de los laudos en materia de inversiones¹⁴⁵. En los años ochenta los Estados mostraron una práctica contraria al cumplimiento, y países como Liberia o la República del Congo fueron ejemplo de ello. De hecho, el primer laudo emitido en materia de inversiones fue el 29 de agosto de 1977¹⁴⁶ y ya el tercero de ellos, dictado tres años después, concretamente el 8 de agosto de 1980¹⁴⁷, ya fue incumplido por parte del Estado condenado al pago. A pesar de que en los años noventa los Estados, implicados en mayor medida en el ámbito internacional, cumplieron como norma general las obligaciones contraídas y los laudos que los condenaban a indemnizaciones, en la actualidad países como Argentina, Rusia o Venezuela han vuelto a plantear conflictos en torno a la ejecución voluntaria de los laudos de inversiones, y los tribunales nacionales deben sustituir a los árbitros para reconocer y ejecutar las decisiones arbitrales, volviendo los tribunales a la antigua fórmula de sustitución de los árbitros, arrogándose la competencia de reconocimiento y ejecución de los laudos.

A modo de ejemplo, en el asunto Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España¹⁴⁸, España demostró modélicamente el acatamiento de los compromisos adquiridos en la esfera internacional, y a pesar de contar con motivos de inmunidad

¹⁴⁴ Artículo 54.1 CW.

¹⁴⁵ LINARES RODRÍGUEZ, E. “La inmunidad estatal como obstáculo...”, págs.52-54.

¹⁴⁶ CIADI No.ARB/74/1: Adriano Gardella S.p.A/Côte d’Ivoire, cuyo fallo es en favor de inversor.

¹⁴⁷ CIADI No. ARB/77/2: Asunto S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People’s Republic of the Congo, cuyo fallo fue en favor del inversor.

¹⁴⁸ Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción. CIADI, Caso no. ARB/97/7

para solicitar la anulación de la sentencia dictada por el CIADI, cumplió rigurosamente con la indemnización de daños y perjuicios impuestos.

La inmunidad de jurisdicción actúa como una excepción procesal alegada por los Estados para no ser juzgados por tribunales arbitrales, o por tribunales estatales extranjeros, en caso de conflicto con el inversor, en virtud del principio *par in parem non habet imperium*¹⁴⁹, según el cual no existe jurisdicción entre iguales y ningún Estado puede ejercer sus poderes o interferir en las actividades que legalmente desempeña otro Estado en su territorio.

Por tanto, por un lado se encuentran los Estados que, a pesar de los convenios internacionales firmados, son remisos a someterse a los tribunales extranjeros o internacionales y plantean su imperio a través de excepciones de inmunidad. Por otro lado, los tribunales arbitrales defienden su jurisdicción sobre los Estados soberanos basándose en la aplicación e interpretación de los tratados internacionales y acuerdos, ya mencionados, que les otorgan competencia para resolver litigios de inversiones¹⁵⁰.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria entiende que cuando un Estado, a través de los medios ya mencionados, acepta y se somete voluntariamente a arbitraje para la resolución de las posibles controversias que puedan surgir con el inversor, está renunciando irrevocablemente a su inmunidad de jurisdicción¹⁵¹, y en consecuencia, los árbitros pueden expedir laudos legítimos y aptos para ser ejecutados. En el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia, proclive, en la mayor parte de los casos, al rechazo de la inmunidad de jurisdicción soberana alegada por el Estado si previamente éste se ha sometido expresa y libremente al CIADI o a otras instituciones arbitrales o al arbitraje ad-hoc, según lo señalado en los APPRIS, en los que se establece el arbitraje como medio de resolución de litigios de inversiones¹⁵².

Como ya ha quedado señalado con anterioridad, no existe una legislación internacional sobre inmunidades, pero sí en España, gracias a la reciente Ley Orgánica 16/2015, que en su Capítulo I regula la inmunidad de jurisdicción de los Estados

¹⁴⁹ REYES MILK, M.E., “El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional”, en *Agenda Internacional*, Núm.26, 2008, págs. 70-74.

¹⁵⁰ CREMADES SANZ-PASTOR, B., “La participación de los Estados en el arbitraje internacional”, en *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Volumen 3, Issue 3, 2013, págs.662-663.

¹⁵¹ LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, Á., “El abogado español ante el litigio internacional”, en *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, 2012, pág.634.

¹⁵² LINARES RODRÍGUEZ, E. “La inmunidad estatal como obstáculo...”, pág.73.

extranjeros. En concreto, en el precepto 5 de dicha Ley Orgánica, se establece que un “Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un órgano jurisdiccional español respecto de una cuestión en relación con la cual haya consentido de forma expresa el ejercicio de dicha jurisdicción: a) acuerdo internacional; b) contrato escrito...”. Por tanto, si un Estado extranjero ha celebrado con España o con un tercer Estado un APPRI, o cualquier otro acuerdo internacional que contenga una cláusula de arbitraje o incorpore un convenio arbitral, está renunciando de forma expresa a su inmunidad de jurisdicción y deberá someterse a los tribunales españoles.

En definitiva, por la propia naturaleza del arbitraje y su consentimiento voluntario, puede entenderse superado el obstáculo de la inmunidad de jurisdicción, sin que ello suponga una renuncia automática, como posteriormente se comentará, a la inmunidad de ejecución¹⁵³. Partiendo de la posibilidad de los Estados de renunciar a su inmunidad de jurisdicción, con el sometimiento a arbitraje lo están haciendo de forma tácita sobre las materias cubiertas por la cláusula arbitral¹⁵⁴.

Ahora bien, cabe preguntarse cuál es el ámbito de aplicación de tal renuncia, es decir, si tan solo opera en el Estado en el cual tiene lugar el procedimiento arbitral, o bien se extiende a todas las jurisdicciones¹⁵⁵. Ni la jurisprudencia internacional, ni doctrina ni instrumentos internacionales han solucionado la cuestión, aunque sí puede notarse una ligera mención al respecto en el artículo 26.3.5.b) de la Carta de la Energía, que señala que

“(...) las Partes Contratantes consienten incondicionalmente someter sus controversias a arbitraje o conciliación internacional (...) cualquier arbitraje que se lleve a cabo con arreglo al presente artículo tendrá lugar, a petición de cualquiera de las partes en la controversia, en un Estado que sea Parte en el Convenio de Nueva York”¹⁵⁶.

A mi modo de entender la situación, podemos encontrar dos escenarios diferentes:

¹⁵³DÍAZ-CANDIA, H., “Eficacia de la responsabilidad del Estado: inmunidad doméstica y extranjera en la ejecución de sentencias y laudos contra entes estatales”, en *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. 5, nº 3, 2012, págs. 732-741.

¹⁵⁴IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios...* pág. 207.

¹⁵⁵DE LOS SANTOS, C., “La ejecución y el reconocimiento de...”, págs. 439-440.

¹⁵⁶BOE núm 117, de 17 de mayo de 1995

- Si estamos ante un Convenio multilateral que fije el arbitraje como medio de resolución de controversias, como la Carta de la Energía, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, los Estados firmantes están renunciando a su inmunidad de jurisdicción frente a todos los Estados parte en la Convención.
- Por el contrario, si estamos ante un tratado bilateral como los APPRI o cualquier otro convenio de arbitraje internacional, el Estado únicamente está renunciando a su inmunidad frente al otro Estado parte.

3. Inmunidad de ejecución:

Una vez superado el obstáculo de la inmunidad de jurisdicción, el inversor necesita obtener un laudo condenatorio, favorable y que sea efectivamente ejecutado, porque ¿para qué sirve tener una sentencia arbitral que reconozca sus intereses si no es posteriormente cumplida en los términos establecidos? Es en este punto cuando los Estados pueden volver a plantear su inmunidad, pero esta vez la de ejecución de sus bienes. Se trata de una etapa posterior y de diferente naturaleza a la inmunidad de jurisdicción, que supone un impedimento eminente y sustancial a la efectividad de los laudos. Por consiguiente aparece una nueva traba para el particular porque los bienes de Estado destinados a actividades soberanas son irrenunciables, inembargables e intransferibles¹⁵⁷ y por tanto no pueden ser objeto de ejecución forzosa.

En efecto, una vez finalizado el procedimiento arbitral, el inversor que haya obtenido una resolución favorable a sus intereses, podrá personarse ante las jurisdicciones de cuantos Estados, en cuyo territorio, disponga de bienes ejecutables el Estado incumplidor. Ahora bien, las autoridades de esos países en los que se ha instado la ejecución del laudo, no podrán proceder a la misma en el caso de que el Estado infractor plantee, con éxito, su inmunidad de jurisdicción. No obstante, para que esta prerrogativa jurídica tenga efecto, es necesario partir de la premisa de que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no conlleva implícitamente la de inmunidad de ejecución, y que ambos procedimientos son distintos e independientes¹⁵⁹.

La ejecución de los laudos es posible, en su mayor parte, gracias a la existencia de mecanismos convencionales que aseguran esta materia, entre los que destaca la CW, y

¹⁵⁷LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, Á., “El abogado español ante...”, págs.634-635.

¹⁵⁹DE LOS SANTOS, C., “La ejecución y el reconocimiento de...”, págs. 439-440.

en concreto su ya señalado artículo 54 en el que reconoce a los laudos un carácter obligatorio y ejecutable. Sin embargo, la inmunidad de ejecución se sostiene gracias al precepto 55, según el cual nada de lo dispuesto en el artículo anterior en torno al deber de ejecución debe derogar lo dispuesto en la legislación vigente de los Estados parte relativas a la inmunidad en materia de ejecución. Aquí entra en juego, en España, la nueva Ley Orgánica 16/2015 de inmunidades, que regula en su Capítulo II la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros.

Ahora bien, para dar este paso, se parte de la desvinculación de la inmunidad de ejecución respecto de la de jurisdicción, defendida por los instrumentos internacionales así como por la jurisprudencia internacional mayoritaria. Por ejemplo, el artículo 17 de la Convención ONU afirma que cuando un Estado suscribe un acuerdo arbitral renuncia a su inmunidad de jurisdicción, pero el precepto no alude a la imposibilidad de alegar inmunidad de ejecución. También la jurisprudencia sigue el mismo criterio, en el asunto *Sedelmayer vs. Rusia*¹⁶⁰, el tribunal alemán competente señaló que “la firma de un APPRI en el que además se hace referencia expresa a que la homologación del laudo se efectuaría acorde al CNY de 1958, no era suficiente para entender que el Estado había renunciado a su inmunidad de ejecución, negándose a extender a la fase de ejecución forzosa, la renuncia previa que el Estado había hecho respecto a su inmunidad de jurisdicción”¹⁶¹.

El artículo 17 de la Ley Orgánica 16/2015 sostiene que los órganos jurisdiccionales españoles no adoptarán medidas ejecutivas contra bienes del Estado extranjero, salvo que éste haya prestado su consentimiento, en los términos señalados en el artículo 18, es decir, a través de un acuerdo internacional, un contrato escrito o una declaración ante un tribunal. El segundo apartado añade que si, por el contrario y como ocurre en la mayor parte de los casos, el Estado no renuncia a su inmunidad de ejecución, los bienes determinados en el laudo arbitral, que se encuentren en España y tengan un nexo con el Estado del inversor, podrán ser ejecutados en por los tribunales españoles siempre y cuando presenten una finalidad no oficial o soberana. Posteriormente, en el artículo 20, la Ley enumera los bienes de Estado considerados no ejecutables (salvo consentimiento previo del Estado) por tener una finalidad “pública no comercial”, como son:

¹⁶⁰Laudo de 7 de julio de 1998: Franz Sedelmayer/Federación Rusa.

¹⁶¹Linares Rodríguez, E. “La inmunidad estatal como obstáculo...”, págs.78-79.

- Bienes destinados al funcionamiento y desarrollo de las misiones diplomáticas, de las oficinas consulares, misiones especiales... En este grupo se incluyen las cuentas bancarias, pero el apartado segundo del artículo especifica que éstas no son objeto de la prerrogativa de inmunidad de ejecución cuando estén destinadas únicamente a “fines distintos de los públicos no comerciales”.
- Bienes de naturaleza militar o destinados a funciones militares.
- Bienes del Banco Central u otra autoridad monetaria del Estado.
- Bienes que componen el patrimonio cultural del país, así como de los archivos del Estados u exposiciones.
- Los buques y aeronaves del Estado.

Por tanto, los tribunales españoles son competentes para ejecutar los bienes señalados en los laudos arbitrales, siempre que no gocen del privilegio de inmunidad por encontrarse dentro del listado que ofrece el artículo 20 de la Ley Orgánica 16/2016, y no haya mediado renuncia expresa del Estado extranjero a la inmunidad de ejecución, conjetura poco probable si el Estado se ha opuesto al cumplimiento del laudo.

En este mismo sentido se muestra la Convención ONU de 2004, ya que en su artículo 21 incluye una serie de bienes de finalidad soberana que no pueden ser objeto de medidas coactivas, y casualmente coincide con la enumeración que brinda la ley española.

Antes de finalizar el presente apartado, creo conveniente señalar que como consecuencia de la inexistencia de un instrumento jurídico internacional vigente de carácter universal que homogenice los criterios de solución en la materia, la práctica jurisprudencial internacional sobre la ejecución efectiva de los laudos y la inmunidad de ejecución de los Estados, se guía por diferentes principios dispares entre sí¹⁶²

Dentro de este análisis jurisprudencial es necesario hacer referencia a que el día 6 de marzo de 2013, tuvo lugar en España la primera ejecución forzosa ante un laudo arbitral CIADI, concretamente en el asunto *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. República de Chile*, de 8 de mayo de 2008, sin necesidad de

¹⁶² LINARES RODRÍGUEZ, E. “La inmunidad estatal como obstáculo...”, pág.84.

execuátur, llevada a cabo por el Juzgado de Primera Instancia número 101 de Madrid¹⁶³.

Cabe señalar que en España, a diferencia de otros Estados, no hay designado un órgano ad-hoc competente para llevar a cabo el procedimiento de ejecución de los laudos CIADI, tal y como se establece en el artículo 54.2 de la CW:

“La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar ante los Tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto (...)”

En nuestro país, según lo establecido por la Ley de Arbitraje¹⁶⁴, las competencias para la acción de anulación de laudos correspondían a las Audiencias Provinciales y las de execuátur a los Tribunales del Primera Instancia. Con la Ley 11/2011¹⁶⁵ de reforma de la Ley de Arbitraje, se abre una nueva etapa de intervención jurisdiccional en el arbitraje, según la cual se conceden a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia competencias para el nombramiento judicial de árbitros, remoción, execuátur y anulación del laudo extranjero, pero sin embargo, se mantiene en los Tribunales de Primera Instancia, normalmente del lugar donde el laudo ha de producir sus efectos, la facultad para llevar a cabo los procedimientos de ejecución¹⁶⁶.

4. Inmunidad absoluta o relativa:

Como se observa en el análisis realizado en apartados anteriores, el principal obstáculo para un efectivo reconocimiento y ejecución del laudo es el principio de inmunidad soberana, en sus dos vertientes, si bien la que más problemas suscita es la de inmunidad de ejecución. Este fenómeno ha ido adquiriendo importancia en los

¹⁶³ RUEDA GARCÍA, J.Á., “Primera ejecución forzosa conocida de un laudo arbitral CIADI en España (Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile): sin execuátur” en *Revista del Club Español del Arbitraje, Wolters Kluwer*, Issue 19, 2014, págs.97-99.

¹⁶⁴ BOE número 309, de 26 de diciembre de 2003: Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

¹⁶⁵ BOE número 121 de 21 de mayo de 2011: Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado

¹⁶⁶ FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “Una nueva etapa de la intervención jurisdiccional en el Arbitraje”, en *CIAMEN*, Volumen 5, Issue 1, 2012, págs.153-168.

últimos años debido al incremento de la participación de los Estados en la esfera privada internacional de comercio e inversiones, y la cuestión que ahora cabe preguntarse es hasta dónde llega el alcance de las citadas prerrogativas y cuáles son sus límites, si es que los tienen.

En cuanto a la inmunidad de jurisdicción, una visión absoluta del ámbito supondría que ningún Estado extranjero puede ser demandado ni sometido a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado sin su consentimiento, ni si quiera en los asuntos que impliquen materias civiles o mercantiles. Durante los siglos XIX y XX la doctrina de inmunidad absoluta se fue asentando en la mayoría de los Estados, encontrando su fundamento en los principios de soberanía, igualdad, independencia y dignidad soberana, considerados como entes de carácter político y soberano. En esa misma línea se manifestó la jurisprudencia internacional, como por ejemplo¹⁶⁷, el Juez canadiense Taschereau en el asunto *Desaulles vs. República de Polonia (1944)*, falló diciendo

“(...) no hay duda de que un Estado soberano no puede ser perseguido ante los tribunales extranjeros” o el Juez Marshall del Tribunal Supremo de EEUU en el asunto *The Schooner Exchange vs. M’Faddon (1912)* señaló que “la jurisdicción de una nación dentro de su propio territorio es necesariamente exhaustiva y absoluta. No es susceptible de limitaciones a menos que sean impuestas por sí mismas (...)”.

A pesar de que esta postura fue la defendida durante varios años por los tribunales de Reino Unido, EEUU o Australia, ha ido evolucionando hacia criterios más flexibles, conforme los Estados se involucraban en la vida económica del comercio e industria, hasta terminar en una concepción *restringida de la inmunidad de jurisdicción*, en la que los Estados extranjeros podrán ser sometidos otras jurisdicciones cuando actúen como particulares, por ejemplo, en el ámbito de inversiones, pero seguirán gozando del privilegio de inmunidad cuando se muevan por actuaciones públicas¹⁶⁸.

En mi opinión, un Estado no está renunciando a su dignidad e independencia por el hecho de someterse a la jurisdicción de un tribunal extranjero, y si, por ejemplo, en virtud de un APPRI u otro tratado internacional de inversiones, ha aceptado la

¹⁶⁷ALBORNOZ, J.R., “La inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados extranjeros a la luz de la legislación y la jurisprudencia argentina”, en *Derecho Internacioal Temas y Actualidades*, n° 4, 2005, pág. 116.

¹⁶⁸GARCÍA NAVASQUILLO, S., “La inmunidad soberana ...”, págs.19-21.

competencia de un tribunal arbitral, deberá someterse a su competencia, siempre y cuando se apliquen las normas correspondientes en condiciones de igualdad e imparcialidad. Además, si a través de los medios de aceptación de arbitraje estudiados como mecanismos de solución de conflictos surgidos con el inversor extranjero, el Estado puede demandar a éste ante un tribunal arbitral, ¿por qué no va a someterse a dicho tribunal extranjero cuando sea el inversor quien le demande por incumplimiento de las condiciones o expropiación?

En cuanto a la inmunidad de ejecución, que impide la ejecución del fallo condenatorio, a pesar de ser un concepto diferente al de inmunidad de jurisdicción, se basa en los mismos fundamentos¹⁶⁹, es decir, en los principios de autonomía, igualdad, soberanía e independencia de Estados. En el mismo sentido comentado anteriormente, un concepto absoluto de inmunidad de ejecución supone que ninguno de los bienes del Estado puede ser objeto de medidas coercitivas y por tanto, no podrían ejecutarse los laudos condenatorios emanados por los tribunales arbitrales al resolver litigios en materia de inversión (entre Estados e inversores extranjeros) en las condiciones estudiadas en el presente trabajo.

Además, la CNY, pero sobre todo el CW, ha nacido en la esfera internacional con la clara e inequívoca misión de proteger al inversor, y en caso de que éste obtenga un laudo favorable, se le ofrecen mecanismos para que pueda ejecutarlo ante los tribunales de los distintos Estados miembros de la Convención¹⁷⁰. Por tanto, la posibilidad, hoy en día, de aplicar medidas coactivas sobre ciertos bienes del Estado muestra la evolución del concepto de inmunidad absoluta hacia un concepto relativo o restringido de inmunidad de ejecución.

En conclusión, la mayor parte de los Estados actualmente defienden un concepto restringido de inmunidad¹⁷¹ en sus dos vertientes, tanto jurisdiccional como ejecutiva, consecuencia de su cada vez más profunda participación en la sociedad económica internacional privada, y cuyos límites se analizan en el próximo apartado.

¹⁶⁹ RUIZ COLOMÉ M.Á., “La Inmunidad de Ejecución de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Españoles en la reciente Jurisprudencia Constitucional”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm.2, 1994, pág. 374.

¹⁷⁰ LINARES RODRÍGUEZ, E. “La inmunidad estatal como obstáculo...”, pág.93.

¹⁷¹ LINARES RODRÍGUEZ, E. “La inmunidad estatal como obstáculo...”, pág.74.

5. Limitaciones a las reglas de inmunidad: Finalidad de los bienes del Estado extranjero:

Antes de profundizar en el contenido de este apartado, conviene hacer referencia a la diferencia que existe entre las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los Estados, analizadas a lo largo del presente trabajo, y las inmunidades diplomáticas y consulares.

Por un lado, las inmunidades diplomáticas y consulares son privilegios ofrecidos por el Derecho Internacional a los órganos del Estado que participan en la acción diplomática, consular y otras misiones especiales¹⁷², y que se encuentran perfectamente reguladas respectivamente en la Convención de Viena de 18 de abril de 1961, Convención de Viena de 24 de abril de 1963 y Convenio de Nueva York de 16 de diciembre de 1969. En efecto, los bienes propiedad del Estado y adscritos a misiones diplomáticas o consulares, como las oficinas consulares, cuentas corrientes cuyo titular sea el Jefe de la misión diplomática, los buques de guerra, aeronaves del Estado...se benefician de una inmunidad absoluta y en ningún caso podrán ser ejecutados¹⁷³.

No obstante lo anterior, los Estados también poseen bienes en Estados extranjeros para el desarrollo de actividades comerciales e industriales, así como otros bienes destinados a realizar actos bajo potestad soberana, como por ejemplo, locales destinados a la ciencia e investigación¹⁷⁴, en cuyo caso, ahora sí, habrá que analizar el alcance de las inmunidades de jurisdicción y ejecución. Tal y como ha quedado expuesto anteriormente, tanto la inmunidad de jurisdicción como la de ejecución son concebidas desde una visión restringida o relativa, en la que se establecen una serie de límites a las prerrogativas soberanas en función de la naturaleza de la actividad que realiza el Estado en cada caso y el destino de los bienes empleados¹⁷⁵.

Por otro lado, las excepciones a la inmunidad de jurisdicción de los Estados se basan en el tipo de actividad que desempeñe, es decir, si actúa investido de potestad soberana, o por el contrario, actúa como un particular que participa en las relaciones

¹⁷²Preámbulo de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre.

¹⁷³ RUIZ COLOMÉ M.Á., “La Inmunidad de Ejecución de...”, pág. 377.

¹⁷⁴ RUIZ COLOMÉ M.Á., “La Inmunidad de Ejecución de...”, pág. 377.

¹⁷⁵ RUIZ COLOMÉ M.Á., “La Inmunidad de Ejecución de...”, pág. 379.

privadas internacionales. Por consiguiente, debe hacerse una clara distinción entre los actos *iure imperii o públicos*, que gozan de inmunidad y no pueden ser sometidos a tribunales extranjeros, y los actos *iure gestionis o privados*, como es el problema a tratar en el presente trabajo, en el que el Estado recibe una inversión extranjera, respecto de los cuales no se conoce inmunidad.¹⁷⁶

Además, en el ámbito de ejecución, una vez reconocido el concepto de inmunidad relativa de los bienes, y delimitadas las fases de reconocimiento y ejecución del laudo, debe estudiarse la finalidad de los bienes del Estado extranjero objeto de medidas coactivas impuestas, así como las excepciones de la prerrogativa de ejecución, para que en base a ello el laudo pueda, o no, ser finalmente ejecutado en los términos adecuados¹⁷⁷. Si bien los Estados difícilmente renuncian a dicha garantía y privilegio sobre sus bienes, estos podrán ser embargados cuando su finalidad sea únicamente el desempeño de *acta iuri gestionis*, es decir, se destinen a actividades comerciales o económicas, y gozarán de la garantía de inmunidad cuando se destinen a *acta iure imperii*, es decir, a actividades políticas o soberanas¹⁷⁸.

Ahora bien, cabe recordar que la falta de regulación universal sobre la materia suscita, en la práctica, problemas en la aplicación de la inmunidad relativa, principalmente en la determinación de los criterios a utilizar para diferenciar ambas categorías de actos.¹⁷⁹ Como consecuencia, las legislaciones y tribunales de los Estados adoptan diferentes criterios no uniformes:¹⁸⁰

- En España, para que un bien sea considerado con fin comercial tiene que estar sin duda alguna ligado a actividades económicas, pero el Tribunal Constitucional¹⁸¹ ha añadido que no es necesario que los bienes objeto de

¹⁷⁶ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (C.D.I)*, Vol. II, 1º parte, 1982, pág. 255, donde se establece lo siguiente:

“Si puede decirse que un Estado es inmune respecto de los actos y actividades realizados en el ejercicio del poder soberano, o en el desempeño de funciones soberanas, igualmente puede decirse que la inmunidad cesa cuando no se trata de dichos actos o actividades soberanas o de poderes o atribuciones del Estado, o cuando no se ven afectados por el inicio o continuación de la autoridad judicial por parte del Tribunal de otro Estado”.

¹⁷⁷ LINARES RODRÍGUEZ, E. “La inmunidad estatal como obstáculo...”, pág.87.

¹⁷⁸ MONTERO F.J. Y CORTÉS, C., “Reconocimiento y ejecución en España de laudos arbitrales dictados contra Estados soberanos, y cesión de los mismos para su reconocimiento y ejecución por terceros”, en *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 5, 2009, pág.150.

¹⁷⁹ CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., “La inmunidad de ejecución de los Estados en la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y sus bienes”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LVIII (2),2006, págs. 720-721.

¹⁸⁰ DE LOS SANTOS, C., “La ejecución y el reconocimiento de...”, págs. 439.

¹⁸¹ MONTERO F.J. Y CORTÉS, C., “Reconocimiento y ejecución...”, 2009, pág.154.

medidas coercitivas estén destinados a aquella actividad economía o inversión que origino el conflicto. Quien tiene la competencia de determinar que los bienes efectivamente tienen un destino iure gestionis es el juez que conoce la ejecución de laudo, tal y como afirma el Tribunal Constitucional en la sentencia 292/1994, de 27 de octubre¹⁸².

- En EEUU, el ya comentado texto Federal Sovereignty Immunities Act afirma en su artículo 1610 que tiene que haber necesariamente una conexión entre el bien ejecutado y el litigio, y en el artículo siguiente añade una serie de propiedades que no pueden ser embargadas. Además, la jurisprudencia se manifiesta en el mismo sentido, y en el asunto *LETCO vs. Liberia*¹⁸³, la Corte del Distrito de Columbia señaló que el concepto de actividad con fines comerciales debe definirse restrictivamente porque la inmunidad es un principio y no una excepción.
- En Inglaterra, la excepción a la inmunidad se produce bien por renuncia expresa o bien porque el objeto de las medidas coactivas esté vinculado a actividades económicas del Estado.
- En Suiza, los tribunales señalan la obligatoria vinculación entre el conflicto de inversiones y el Estado en el cual se pretende hacer efectiva la ejecución de los bienes.
- En Italia y Grecia, para poder ejecutar un bien del Estado, es preceptiva la autorización del mismo.
- Por último, la Convención ONU 2004, aunque todavía no se encuentra en vigor, señala en su artículo 19 que los bienes objeto de ejecución deben cumplir tres requisitos: (i) tener un destino distinto de los oficiales no comerciales (ii) encontrarse en el territorio del Estado del foro y (iii) presentar un nexo con el particular que ha iniciado el proceso. Esta última exigencia es el mayor de los inconvenientes que presenta el artículo, dado que aun disponiendo de un laudo condenatorio, puede darse el caso de que un inversor no consiga la ejecución del mismo.

Como se observa, el concepto de inmunidad defendido por el Derecho Internacional y por la práctica de los Estados es restringido, pero la aplicación del

¹⁸² BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 1994, págs. 32-36.

¹⁸³ CIADI No. ARB/83/2, de 31 de marzo de 1986: *Liberian Eastern Timber Company vs. Government of the Republic of Liberia*.

mismo se rige por estrictos estándares y los tribunales nacionales generalmente interpretan la “noción de bienes afectos a actividades económicas de una manera muy restrictiva y sólo ejecutan aquello que indubitativamente estén afectos de forma exclusiva a actividades económicas¹⁸⁴”.

A modo de ejemplo se encuentra la decisión del tribunal inglés en el asunto *Alcom Ltd vs. Colombia*¹⁸⁵ que exige un certificado de la embajada de Colombia para comprobar que efectivamente los bienes señalados presentaban exclusivamente fines comerciales. Otro ejemplo a destacar es la resolución del CIADI en el asunto *AIG Capital Partners Inc. Y CJSC Team Real Estate Con. Vs. República de Kazakhstan*¹⁸⁶, que fue suspendida por Kazakhstan al considerarse que los bienes de su Banco Central depositados en el Banco de Londres presentaban finalidad soberana no comercial, y por tanto eran inmunes a las medidas coercitivas.

Lo anterior, junto con otros muchos ejemplos, muestra como los tribunales estatales tienen la última palabra para posibilitar la correcta y efectiva ejecución de la decisión arbitral, pues son los que interpretan en cada caso la finalidad que presentan los bienes objeto de medidas coercitivas, y en definitiva, una aplicación rígida y estricta impide la satisfacción de los intereses del inversor que obtuvo un laudo favorable condenatorio.

Finalmente, cabe recordar que el inversor es quien debe señalar los bienes del Estado deudor objeto de ejecución forzosa para satisfacer la condena prevista en el laudo, y como es de esperar, en la medida de lo posible, preferirá las medidas coactivas sobre cuentas bancarias¹⁸⁷ que sobre bienes inmuebles, puesto que son una importante fuente de liquidez y no necesitan ser liquidadas para la satisfacción de sus intereses. Además, los bancos centrales de los Estados depositan divisas en bancos de Estados extranjeros, y esos bienes son ciertamente atractivos para el inversor. La regla general establecida tanto en el Derecho Internacional (artículo 21.1.c) de la Convención ONU) como en la jurisprudencia y legislaciones nacionales (en el caso de España artículo 20.1.c) de la Ley 16/2015) es que los bienes de los Bancos Centrales se consideran específicamente destinados a fines públicos no comerciales, y por tanto serán inmunes

¹⁸⁴ DE LOS SANTOS, C., “La ejecución y el reconocimiento de...”, págs. 439.

¹⁸⁵ <http://swarb.co.uk/>: 1984 AC 580

¹⁸⁶ CIADI No. ARB/01/6, Decisión de la High Court Queens Bench Division, de 20 de octubre de 2005, ICSID Rep. 118.

¹⁸⁷ MONTERO F.J. Y CORTÉS, C., “Reconocimiento y ejecución...”, 2009, pág.155.

a las medidas coactivas. Como excepción se encuentran las cuentas bancarias destinadas exclusivamente a fines privados comerciales (artículo 210.2 Ley 16/2015) que sí podrán ser objeto de embargos.

Sin embargo en la mayor parte de los casos, en la práctica, los fondos de dichas autoridades monetarias presentan un carácter mixto y son empleados tanto para las actividades soberanas como para las puramente comerciales de los Estados, es decir, se trata de cuentas bancarias generales no vinculadas a un fin específico y cuyos fondos se utilizan indistintamente para financiar las actividades del Estado, sean públicas o privadas¹⁸⁸.

La jurisprudencia española encuentra también dificultades y una intensa duda en la valoración del destino específico al cual se dirigen los fondos de estas cuentas bancarias mixtas, dado que no es posible separar con exactitud qué porcentaje de recursos es utilizado para fines comerciales y qué proporción es destinada a actividades propiamente soberanas¹⁸⁹. Por tanto, la solución, ante la falta de una legislación específica sobre la materia, puede revestir diferentes conclusiones¹⁹⁰: (i) bien considerar que los bienes pertenecen a una entidad separada del Estado y sus fondos pueden ser objeto de ejecución, o (ii) bien entender que pertenecen al Estado a través del Banco Central correspondiente, sirviendo sin distinción a la política monetaria del Estado, que al ser una actividad típicamente soberana goza de la protección de inmunidad.

Otro de los problemas que presenta la materia, es que si los tribunales optan por la vía de considerar inmunes todos los fondos de las cuentas bancarias mixtas por no poder determinar el concreto destino de los fondos, como lo hace generalmente la jurisprudencia española¹⁹¹, puede llegarse a situaciones fraudulentas en las que, por ejemplo, el Estado demandado evite la adopción de medidas coercitivas sobre sus bienes confiando todos sus activos sitios en territorio extranjero a su Banco Central u autorizada monetaria semejante, que goza de inmunidad de ejecución, y por tanto

¹⁸⁸ SORIA JIMÉNEZ, A., *La excepción por actividades comerciales a las inmunidades estatales*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, pág. 238.

¹⁸⁹ Auto 43/22014, de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 8 de noviembre de 2004.

¹⁹⁰ MONTERO F.J. Y CORTÉS, C., “Reconocimiento y ejecución...”, 2009, pág.158.

¹⁹¹ MONTERO F.J. Y CORTÉS, C., “Reconocimiento y ejecución...”, 2009, pág.156.

supone una alternativa evasiva del cumplimiento de las responsabilidades y obligaciones internacionales¹⁹².

6. Presunción de soberanía y carga de la prueba:

El criterio decisivo utilizado por los tribunales nacionales para que prospere, o no, la inmunidad de ejecución de los bienes propiedad del Estado, se basa en el tipo de actividad a la cual son destinados, pero la siguiente cuestión que debe plantearse es ¿quién debe probar y determinar si el bien en concreto presenta una finalidad comercial o soberana?

La práctica jurisprudencial pone de manifiesto que para que la inmunidad de ejecución alegada prospere, un mínimo indicio o demostración por parte de los Estados de que los bienes objeto de medidas coactivas exhiben un fin soberano que posibilita el desarrollo de sus actividades políticas y públicas¹⁹³ es suficiente. En algunas jurisdicciones, como Reino Unido, se acepta como prueba suficiente el certificado expedido por el Jefe de la misión diplomática del Estado, que refleje que los bienes objeto de ejecución están destinados, o no, a fines comerciales¹⁹⁴.

Este modo de actuar de los tribunales ingleses, alemanes, italianos o franceses¹⁹⁵ desmorona el *principio de la igualdad de armas* que las partes ostentaban en el arbitraje y puede concluir en la no ejecución del laudo, poniendo en peligro, e incluso imposibilitando, el resarcimiento de los intereses del inversor perjudicado.

7. Status del Estado perdedor en el arbitraje y activación de otros mecanismos en caso de incumplimiento:

La negativa de los Estados a acatar la condena impuesta en un laudo, alegando para ello inmunidad de ejecución de sus bienes, no sólo acarrea las consecuencias jurídicas a las que ya se ha hecho referencia, sino que además puede producir otras

¹⁹² SORIA JIMÉNEZ, A., *La excepción por actividades...* pág. 235.

¹⁹³ LINARES RODRÍGUEZ, E. “La inmunidad estatal como obstáculo...”, págs.51.

¹⁹⁴ LINARES RODRÍGUEZ, E. “La inmunidad estatal como obstáculo...”, pág.84.

¹⁹⁵ LINARES RODRÍGUEZ, E. “La inmunidad estatal como obstáculo...”, pág.91.

consecuencias económicas, incluso de mayor impacto, como resultado de la desconfianza que tal situación puede generar en los inversores y la consiguiente dificultad de contraer relaciones económicas futuras.¹⁹⁶

Si bien en los casos en los que prospera la inmunidad de ejecución, el Estado consigue que sus bienes no sean objeto de medidas coercitivas, esto no implica que quede exonerado de su condición deudora¹⁹⁷ y puede verse obligado a responder frente a la responsabilidad internacional derivada del incumplimiento, así como de las correspondientes sanciones consecuencia de la violación de las responsabilidades internacionales. Un ejemplo, que puede ayudar a entender la aplicación práctica del panorama expuesto, es la decisión del Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia en el asunto *Maritime International Nominees Establishment (MINE) contra la República de Guinea*¹⁹⁸. MINE es una compañía de Liechtenstein que, con fecha 19 de agosto de 1979, suscribió un contrato con la República de Guinea para la creación de una sociedad de economía mixta¹⁹⁹, conocida como SOTRAMAR, para proporcionar servicios de transporte marítimo de la bauxita²⁰⁰ de Guinea a los mercados extranjeros. De entre las cláusulas del contrato, las que aquí interesan son las relativas a la solución de controversias, en las que se establece que en caso de conflicto se intentará el acuerdo amistoso y en caso de no prosperar acudir a la vía arbitral, concretamente a un tribunal ad-hoc compuesto por tres árbitros elegidos por el Presidente del CIADI. No obstante, el dato de interés del fallo fue la separación entre la inmunidad de ejecución alegada y el incumplimiento del laudo:

“(…) ha de ser comprendido que la inmunidad estatal puede proporcionar una defensa jurídica adecuada frente a la ejecución forzosa, pero no da ningún argumento ni excusa para dejar de cumplir el laudo. De hecho, la cuestión de la inmunidad estatal de ejecución forzosa de un laudo típicamente surgirá si el Estado parte decide rechazar el cumplimiento de sus obligaciones convencionales. El incumplimiento por un Estado constituye una violación por

¹⁹⁶ IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios...* págs. 176.

¹⁹⁷ LINARES RODRÍGUEZ, E. “La inmunidad estatal como obstáculo...”, pág.60.

¹⁹⁸ CIADI No Arb/84/4, de 12 de agosto de 1988.

¹⁹⁹ Artículo 461 del Código de Comercio: “Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado. Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario”

²⁰⁰ <http://www.construmatica.com/>: “Roca sedimentaria blanda y ligera, principal fuente de extracción del aluminio. Su color puede variar del blanco, gris al rojo, según la cantidad de óxido de hierro en su composición. Puede poseer aspecto similar a la arcilla o verse con pequeñas formaciones esféricas (pisolitos). Se diferencia de la arcilla, sin embargo, por ser más compacta”.

ese Estado de sus obligaciones internacionales y llevará consigo sus propias sanciones.”²⁰¹

En base a lo anterior se observa que si a pesar de las medidas de presión internacionales y las consecuencias negativas del incumplimiento, la inmunidad de ejecución prospera, el Estado sigue siendo deudor y el inversor puede acudir a medios subsidiarios, reconocidos en el CW, para poder satisfacer sus intereses:

- En primer lugar, el artículo 27 de la CW, tras la prohibición a los Estados miembros de brindar protección a sus nacionales cuando hayan prestado consentimiento para someterse a arbitraje, ofrece la posibilidad de utilizar este mecanismo cuando el Estado deudor se niegue a cumplir el laudo.
- En segundo lugar, el artículo 64 CW permite a los Estados contratante acudir a la Corte Internacional de Justicia, salvo pacto en contrario, para resolver con conflictos en relación a la interpretación y aplicación del Convenio.

A pesar de las opciones accesorias de las que dispone el inversor que ve frustrada la ejecución del laudo favorable obtenido en el procedimiento arbitral, estas opciones no suelen ser, en la práctica, satisfactorias para la parte privada, ya que el conflicto pasa a manos de los Estados y se pierde el control y seguimiento del proceso²⁰², aceptando, en caso de conseguirse, las medidas indemnizatorias pactadas entre los entes soberanos.

²⁰¹ LINARES RODRÍGUEZ, E. “La inmunidad estatal como obstáculo...”, pág.61.

²⁰² LINARES RODRÍGUEZ, E. “La inmunidad estatal como obstáculo...”, pág.61.

VII. CONCLUSIONES:

El objeto del presente trabajo ha sido estudiar y ofrecer un análisis del problema estudiado. De él se extraen las siguientes conclusiones: .

I: A pesar de que la etapa de transformación en el ámbito económico y jurídico que estamos viviendo trae consigo oportunidades de acceso a nuevos mercados, capitales, servicios, transacciones, tecnologías...los inversores extranjeros se ven expuestos a mayores riesgos, no solo económicos, sino también políticos (nacionalizaciones, expropiaciones, modificaciones legislativas...).

Los inversores privados cada vez con más frecuencia pactan con Estados soberanos extranjeros, dotados de *imperium*, y deben hacerlo con la misma seguridad jurídica, previsibilidad y garantía que las que ofrece el ordenamiento jurídico en las relaciones contractuales entre sujetos privados.

Ahora bien, los conceptos de inversor e inversión son la base fundamental para iniciar los procedimientos de protección ofrecidos por el ordenamiento jurídico, y en esta materia, se han dispuesto definiciones variadas, aunque lo más amplias posibles, para atender los intereses de los particulares (generalmente la parte débil de dichos contratos internacionales con Estados).

II: En lo que respecta a los mecanismos jurídicos de protección, destacan en el ámbito de las inversiones extranjeras los tratados internacionales bilaterales conocidos como APPRIS, que en la mayor parte de los casos ofrecen el *arbitraje de inversiones* como medio de resolución de las posibles controversias surgidas entre inversores y Estados, por ser uno de los métodos más eficaces, flexibles, neutros, despolitizados y garante de la igualdad de las partes.

No obstante, el problema surge cuando los Estados, en aras de no acatar sus responsabilidades internacionales, alegan inmunidad de jurisdicción o de ejecución, bien no reconociendo la competencia de otros tribunales para juzgarles, o bien para proteger sus bienes de las medidas coercitivas impuestas en los laudos.

A mi modo de entender la situación, es incoherente que los Estados participen en las relaciones económicas, bajo los mismos términos y condiciones que los particulares, pero que luego actúen discrecionalmente, cumpliendo o alegando

prerrogativas soberanas en torno a inmunidad de jurisdicción y ejecución, para justificar los incumplimientos de las obligaciones, responsabilidades y compromisos contraídos voluntaria e internacionalmente.

III: La inmunidad de jurisdicción comentada, ha quedado superada, tal y como defiende la doctrina y jurisprudencia internacional mayoritaria, por el sometimiento voluntario del Estado a arbitraje a través de la firma de instrumentos internacionales de protección de inversiones (como los APPRI) u cualquier otro convenio arbitral.

Sin embargo, esta renuncia táctica no implica, en ningún caso, la renuncia a la inmunidad de ejecución y ésta podrá ser alegada aunque haya un laudo condenatorio que contenta medidas coercitivas sobre los bienes del Estado deudor. Ahora bien, la posibilidad de que las inmunidades soberanas prosperen e impidan la correcta consumación del arbitraje de inversiones tiene un límite, dado que en caso contrario no tendría razón de ser ni utilidad práctica la figura estudiada en el presente trabajo. Esos límites son una manifestación del carácter relativo (y consiguiente desterramiento de las teorías absoluta) de las prerrogativas soberanas y por tanto no siempre que los Estados las aleguen han de desplegar efecto.

IV: Una vez obtenido el laudo obligatorio y susceptible de ejecución en una o varias jurisdicciones, el siguiente paso es preguntarse ¿dónde se sitúa la línea divisoria entre la efectividad y no efectividad de estas medidas si el Estado deudor se niega a cumplir alegando inmunidad de ejecución? La práctica jurisprudencial de los Estados muestra reiteradamente que los bienes de Estado que gozan de inmunidad son aquellos que presentan una finalidad soberana o no comercial, y a sensu contrario, aquellos que se destinen al desarrollo de actividades comerciales, económicas o privadas podrán ser objeto de medidas de ejecución forzosa.

De lo anterior se deduce que el factor clave de la distinción de un tipo de bien u otro no es su naturaleza, sino el fin al cual es asignado. Pero, ¿quién determina el destino final de los bienes? Son los tribunales nacionales quienes en relevo de los árbitros deben llevar a cabo el procedimiento de ejecución, pero en este punto la jurisprudencia y el modo de actuar de los jueces internos difiere dependiendo de los casos, pero en términos generales un mínimo esfuerzo probatorio de la finalidad soberana de los bienes designados por el inversor para ser ejecutados, suele ser suficiente para que prospere la inmunidad de ejecución, y por consiguiente se destruya la igualdad de armas que hasta el momento ostentaban las partes en el arbitraje.

V: Debe tenerse en cuenta que cuando prosperan las prerrogativas soberanas alegadas por el Estado perdedor, aunque las medidas coercitivas se paralicen y consiga mantener sus bienes soberanos, éste continúa con su condición de deudor y sus correspondientes consecuencias internacionales, como el descredito, desprestigio, pérdida de reputación, posición de difícil acceso a préstamos internacionales...

Además, el panorama para los Estados se acentúa en los casos de incumplimiento de laudos CIADI, porque el CW tiene previstos una serie de mecanismos alternativos, como la protección diplomática o la Corte Internacional de Justicia, para intentar que no salgan impunes de los procesos arbitrales.

VI: Por último señalar que el inversor es quien una vez obtenido el laudo favorable, debe instar su ejecución en una o varias jurisdicciones, y para ello debe tener presente en qué país el Estado deudor tiene bienes posibles de ser ejecutados (que no presenten finalidad soberana) para poder satisfacer sus intereses y derechos reconocidos por el tribunal arbitral en virtud de un conflicto de inversiones extranjeras.

IX: BIBLIOGRAFÍA:

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Prólogo a la publicación de Iñigo Iruretagoiena, Ed. Bosch, Barcelona, 2010.

GARCÍA NAVASQUILLO, S., “La inmunidad soberana en el arbitraje comercial internacional: protección de la parte privada frente a las prerrogativas estatales”, en *Website García Legal*, 2015.

ALTOZANO GARCÍA FIGUERAS, H, *La protección de las inversiones españolas en el exterior*, ICEX, Madrid, 2001.

IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios de Expropiación de inversiones extranjeras*, Bosch, Barcelona, 2010.

LEGUM. B., *Defining Investment and Investor: Who Is Entitled to Claim?* Symposium co-organised by ICSID, OECD and UNCTAD, Paris, 2005.

DÍEZ-PICAZO. L., *Algunas reflexiones sobre la propiedad privada en la Constitución*. Ed. Cívitas, Madrid, 1991.

JIMENEZ DE ARECHAGA E., *El derecho internacional contemporáneo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1980.

FERNÁNDEZ MASIÁ E., *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de las inversiones extranjeras*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

RUBINS N. y KINSELLA N.S., *Internatonal Investment, Political Risk and Dispute Resolution*, New York, Ocenana, 2005.

VIRGÓS SORIANO, M. “La eficacia de la protección internacional de las inversiones extranjeras” en. *Revista de arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. VII, Issue 3, 2014.

IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, I. “Promoción y protección de las inversiones españolas en el extranjero. Los APPRI”, en *Anuario español de derecho internacional privado (AEDI Priv)*, Vol. II, 2002.

DÍEZ-HOCHLEITNER, “El Arbitraje Internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRI”, en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, Núm. 11, 2005.

BROCHES, A. “Selected Essays: World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law”, en *Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London*, 1994.

ÁLVAREZ ÁVILA, G. “Las características del Arbitraje del CIADI”, en *Anuario Mexicano del Derecho Internacional (AMDI)*, Vol. II, 2002.

CLAROS ALEGRÍA, C., “El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo a Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)”, en *Spain Arbitration Review, Club Español de Arbitraje*, Wolters Klower, Issue 1, 2008.

LINARES RODRÍGUEZ, E. “La inmunidad estatal como obstáculo a la ejecución de los laudos en materia de inversión”, en *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, Kluwer Law International*, Vol. 8, Issue 1, 2015.

MÉNDEZ, R., “El primer revés a España en el arbitraje por el recorte a las renovables”, en *Diario El País*, 2015.

ZAMBRANA TÉVAR, N. *La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*, Aranzadi, Navarra, 2010.

BLACKABY, N., *Public Interest and Investment Treaty Arbitration*, International Commercial Arbitration, TDM 1, 2004.

COLLANTES GONZÁLEZ, J.L., “La mediación y el arbitraje a consulta” en *Diario La Ley*, nº 83960, 2014.

STAMPA, G. “El comercio internacional: definición y regulación. La denominada lex mercatoria. El arbitraje comercial internacional: definición y principales características” en *Id.VLex-57740106*, 2011.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Navarra, Cívitas, 2010.

PÉREZ ESCALONA, S., *Las operaciones de control societario ante el arbitraje internacional de inversiones extranjeras: notas a propósito del caso Camuzzi International vs. República Argentina*, REDUR 8, diciembre 2010.

BERMEJO GARCÍA, R., GARCIANDÍA GARMENDIA, R., “La expropiación de YPF (REPSOL) a la luz del Derecho Internacional”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2012.

MIAJA DE LA MUELA, A., “Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjera” en *Revista española de Derecho Internacional*, volumen XXII, Núm 1, 1969.

LATHAN & WATKINS ABOGADOS, *Guía del Arbitraje Internacional*, Publicaciones Lathan & Watkins, 2015.

HIRSCH, N. *The arbitration Mechanism of the International Centre of Settlement of Investment Disputes*, Martinus Nijhoff, 1993.

VIVE CHILLIDA, J.A., *El Centro Internacional del Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

WESTON, B.H, LILLICH, R.B., BEDERMAN D, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements 1975-1995*, Martinus Nijhoff, Virginia, 1999.

SCHREUER, C., “Consent to Arbitration”, en *TDM*, vol. 2, núm. 5, 2007, págs.2-3

VIRGÓS, M., “La eficacia de la protección internacional de las inversiones extranjeras”, en *CIAMEN*, Volumen 7, Issue 3, 2014.

DIAZ-BASTIEN, E., “La ejecutabilidad del laudo extranjero”, en *DBT Abogados*, 2014.

MICHINEL ÁLVAREZ, M., “La dimensión internacional de la ejecución del laudo”, en *Revista Latinoamericana de Mediación y arbitraje*, Vol. XI, Núm.1, 2011.

DE LOS SANTOS, C., “La ejecución y el reconocimiento de los laudos dictados en arbitrajes comerciales y en arbitrajes de inversiones”, en *Revista de arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. 5, Issue 2, 2012.

DELAUME, G.R., “ICSID Arbitration Proceedings: tactical Aspects”, en *Pace Law Review*, Vol. 5, Issue 3, 1985.

REYES MILK, M.E., “El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional”, en *Agenda Internacional*, Núm.26, 2008.

CREMADES SANZ-PASTOR, B., “La participación de los Estados en el arbitraje internacional”, en *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Volumen 3, Issue 3, 2013.

LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, Á., “El abogado español ante el litigio internacional”, en *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, 2012.

DÍAZ-CANDIA, H., “Eficacia de la responsabilidad del Estado: inmunidad doméstica y extranjera en la ejecución de sentencias y laudos contra entes estatales”, en *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. 5, Núm. 3, 2012.

RUEDA GARCÍA, J.Á., “Primera ejecución forzosa conocida de un laudo arbitral CIADI en España (Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile): sin executur” en *Revista del Club Español del Arbitraje, Wolters Kluwer*, Issue 19, 2014.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “Una nueva etapa de la intervención jurisdiccional en el Arbitraje”, en *CIAMEN*, Volumen 5, Issue 1, 2012.

ALBORNOZ, J.R., “La inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados extranjeros a la luz de la legislación y la jurisprudencia argentina”, en *Derecho Internacioal Temas y Actualidades*, Núm. 4, 2005.

RUIZ COLOMÉ M.Á., “La Inmunidad de Ejecución de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Españoles en la reciente Jurisprudencia Constitucional”, en *Derecho Privado y Constitución*, Núm.2, 1994.

MONTERO F.J. Y CORTÉS, C., “Reconocimiento y ejecución en España de laudos arbitrales dictados contra Estados soberanos, y cesión de los mismos para su reconocimiento y ejecución por terceros”, en *Revista del Club Español del Arbitraje*, Núm. 5, 2009.

CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., “La inmunidad de ejecución de los Estados en la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y sus bienes”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LVIII (2),2006.

Departamento de Economía Universidad de la República, “Economía internacional y la teoría del comercio internacional”, en *Economía para no economistas*, IV, Capítulo 11, 2003.

SORIA JIMÉNEZ, A., *La excepción por actividades comerciales a las inmunidades estatales*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1995.

Normativa y jurisprudencia internacional:

Reglamento UE 1215/2012 de Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en la Unión Europea

Convenio de Washington de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados

Convenio de Nueva York de 1958, de reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras

Legislation.gov.uk. State Immunity Act 1978, Chapter 33 Proceeding in United Kingdom by or against other States.

Justice Law Website Government of Canada (/law-lois.gc.ca) State Immunity Act, R.S.C., 1985, C-S-18.

Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el Asunto Nottebohm (Liechtenstein vs Guatemala). CIJ, Recueil 1995

Caso CIADI no. ARB/97/6. Decisión preliminar sobre jurisdicción de 8 de diciembre

Webs consultadas:

Boletín Oficial del Estado (BOE)

<http://swarb.co.uk>

<http://www.construmatica.com/>

www.comlaw.gov.au

www.gpa.gov

<http://www.intracen.org>

www.hispaniccouncil.org

www.ec.europa.eu/spain/sobre-la-ue/ttip/la-importancia-del-ttip-para-espana/index-es.htm