

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución
de Controversias de la Universidad Monteávila

PRINCIPIA

No. 5 - 2021



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la
Resolución de Controversias de la
Universidad Monteávila



PRINCIPIA

No. 5-2021



© Principia. Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila

Reservados todos los derechos

Principia No. 5-2021 / Septiembre 2021

Envío de convocatoria 03 de febrero de 2021

Recepción de artículos 14 de mayo de 2021 al 15 de julio de 2021

Los trabajos se evaluaron mediante arbitraje doble ciego

Hecho en Depósito de Ley: MI2020000591

ISSN: 2739-0055

Caracas, Venezuela

RIF Universidad Monteávila: J-30647247-9

Principia es una Revista de publicación bianual

Principia es una publicación de carácter científico, arbitrada, indexada, de frecuencia bianual, dedicada al estudio de los medios de resolución de controversias, que cuenta con una versión de acceso gratuito en la página web del CIERC, y con una edición impresa de tapa blanda, la cual es distribuida a través de imprentas de formato *on demand* y librerías jurídicas especializadas.

Principia es una revista jurídica exclusiva, en la que el Director de CIERC y el Consejo Editorial de Principia eligen a sus colaboradores en función de su experiencia y reputación y, por lo tanto, los invitan a escribir un artículo sobre la resolución alternativa de disputas. También es un proyecto sin fines de lucro, lo que significa que los autores publican sus artículos de forma gratuita.

Principia, su Dirección y Consejo Editorial, no se hacen responsables del contenido de los artículos, ni de las opiniones expresadas por sus autores, ya que las opiniones e ideas aquí expresadas perteneces exclusivamente a ellos.



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de
Controversias de la Universidad Monteávila

Final Av. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela
cierc@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 – Fax: (+58 212) 232.5623
web: www.cierc.com

**DIRECCIÓN DEL CENTRO DE
INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS PARA
LA RESOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS**

Fernando Sanquírigo Pittevil

Director del CIERC

Carmine Pascuzzo S

Subdirector de Investigación

Adriana Vaamonde Marcano

Subdirector de Estudios

DIRECCIÓN EDITORIAL

Magdalena Maninat Lizarraga

Directora

Alejandro Ramírez Padrón

Subdirector Editorial

Carlos Carieles Bolet

Asistente del Consejo Editorial

Caterina Jordan Procopio

**Coordinadora Consejo
Editorial**

CONSEJO EDITORIAL

Diego Castagnino

Asesor de la Dirección Editorial

Mario Bariona Grassi

Rodrigo Farías Díaz

Carmine Pascuzzo S

Harout Samra

Fernando Sanquírigo Pittevil

Carlos Soto Coaguila

Ramón Escovar Alvarado

Principia

Nota Editorial

¡Bienvenido a *Principia*!

Desde el Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (“CIERC”) nos complace presentar la quinta edición de *Principia*.

En *Principia* continuamos con nuestra misión de difundir conocimiento académico de calidad sobre los medios alternativos de solución de controversias. Para lograrlo, invitamos a excelentes autores de diversas edades, nacionalidades y experiencias, lo cual le da al lector la posibilidad de acceder a una gran variedad de visiones y enfoques.

En esta entrega contamos con una espléndida entrevista a la profesora Catharine Titi, que nos da una visión única del Grupo de Trabajo III de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil (UNCITRAL) y lo que significa para el arbitraje de inversión.

Veremos también un artículo del profesor Allan Brewer-Carías, el cual presenta una perspectiva histórica de la evolución de la visión que del Estado Venezolano sobre el arbitraje en el derecho público.

Luego, contamos con un artículo donde Carolina Alcalde Ross y Javier Nicolás Cañas Henríquez hacen un interesante estudio y análisis de la infracción al orden público bajo la Ley Modelo UNCITRAL.

También se explorará la aplicación del principio kompetenz-kompetenz en la jurisprudencia norteamericana y de España con la contribución de Javier Íscar de Hoyos.

Veremos cómo recientes cambios legislativos en México pueden ponerlo en una situación similar a la de España en el contexto de reclamaciones en arbitraje de inversión de la mano de Carlos Molina Esteban.

Con un enfoque teórico, Alejandro Ramírez Padrón nos da una visión de distintas teorías que buscan dar explicación a la fuente de legitimidad y validez del arbitraje internacional.

Finalmente, profesor Claudio Salas, Maria Camila Hoyos, y Soledad Peña abordan las consecuencias jurídicas y prácticas de la denuncia y el retiro de Venezuela de la Convención CIADI.

Agradecemos a todos los miembros del Consejo Editorial y demás revisores que hacen que *Principia* sea posible.

¡Nos vemos en el No. 6!

Magdalena Maninat Lizarraga

Directora Editorial de *Principia*

Contenido

Arbitraje de Inversión: perspectivas y reformas

Entrevista del Director del CIERC a la Profesora Catharine Titi

pág 11

De la infracción al orden público bajo la Ley Modelo UNCITRAL

Carolina Alcalde Ross y Javier Nicolás Cañas Henríquez

pág 19

La progresiva aceptación del arbitraje en el derecho público

Allan R. Brewer-Carías

pág 29

El principio kompetenz-kompetenz en la jurisprudencia estadounidense: un análisis comparado del caso Henry Schein v Archer & White

Javier Íscar de Hoyos

Pág 53

Renovables: ¿Sigue México los pasos de España?

Carlos Molina Esteban

pág 89

Aproximación a las teorías de legitimidad y validez que sustentan al arbitraje internacional

Alejandro Ignacio Ramírez Padrón

pág 127

The Sound and Fury of Venezuela's ICSID Denunciation

Claudio Salas, Maria Camila Hoyos and Soledad Peña

pág 139

Normas Editoriales de Principia

pág 161

Arbitraje de Inversión: perspectivas y reformas

Entrevista del Director del CIERC a la Profesora Catharine Titi*

Principia No. 5–2021 pp 11-17

1. Este año se llevó a cabo la sesión 40 del Grupo de Trabajo III de UNCITRAL. ¿Cuáles son las reformas más importantes que quieren proponer dentro de ese foro de trabajo?

Desde que entramos en la fase actual de las negociaciones, el Grupo de Trabajo III está considerando diferentes opciones de reforma. La gama de opciones de reforma es tan amplia y variada como lo son las preocupaciones identificadas en la fase anterior de las negociaciones sobre el sistema actual de solución de controversias. Destacan dos tipos de reforma: la reforma estructural o

institucional y la reforma no estructural.

La reforma no estructural se centra en mejoras incrementales del arbitraje entre inversores y Estados. La reforma estructural o institucional da un paso más para centrarse en el establecimiento de un órgano permanente de resolución de controversias. Más particularmente, se centra en la posible creación de un tribunal de inversiones multilateral compuesto de dos instancias (primera instancia y apelación), que es el proyecto llevado a cabo por la Unión Europea. También forma parte de la reforma

*Catharine Titi, Dr iur., FCIArb, es profesora titular de investigación en el Centro Nacional de Investigaciones Científicas (CNRS)–CERSA, Universidad Paris II Panthéon-Assas, Francia.

Además de ser miembro del comité directivo de la Sociedad Europea de Derecho Internacional (ESIL), es vicepresidenta del Steering Committee del Academic Forum on ISDS, cuyo trabajo contribuye a las negociaciones en el Grupo de Trabajo III de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil (UNCITRAL), y forma parte del Consejo Académico del Institute for Transnational Arbitration (ITA) del Center for American and International Law (CAIL).

Es miembro del Comité “Rule of Law and International Investment Law” de la Asociación de Derecho Internacional (ILA) y es miembro del Consejo Editorial del *Yearbook on International Investment Law & Policy* (Oxford University Press).

Catharine es miembro del Chartered Institute of Arbitrators (FCIArb), forma parte del panel de árbitros de la Court of Arbitration for Art (CAfA) y de la lista de los Panelistas del Anexo 31-B del Acuerdo Estados Unidos-México-Canadá (USMCA) (nombramiento conjunto por Canadá y México). Tiene un doctorado de la Universidad de Siegen en Alemania (*summa cum laude*, premio Rolf H. Brunswig) y anteriormente fue consultora de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). En 2016, Catharine recibió el prestigioso premio Smit-Lowenfeld del International Arbitration Club de Nueva York por el mejor artículo publicado en el campo del arbitraje internacional. Sus idiomas de trabajo son el inglés, francés, español, y griego. Su última monografía, *The Function of Equity in International Law*, se publicó por Oxford University Press en 2021.

estructural o institucional la posibilidad de un mecanismo de apelación permanente, cuya “primera instancia” sería el arbitraje.

Ese mecanismo de apelación podría ser independiente del tribunal o, lo que es más probable, podría utilizar la segunda instancia del tribunal multilateral de inversiones. La idea es que el tribunal multilateral de inversiones tendría una “arquitectura abierta” que permita a los Estados optar por algunas de sus funciones, como el mecanismo de apelación.

Sin embargo, todas las reformas son importantes. En particular, hay temas transversales que afectan cualquier tipo de reforma, estructural o no estructural. Un ejemplo es el derecho a regular, que no es propiamente un asunto de procedimiento sino de derecho sustantivo y que ha sido planteado en las negociaciones de UNCITRAL como un tema transversal de especial interés para los países en desarrollo.

No obstante, incrementalistas y estructuralistas tienden a abordar algunos de estos temas de una manera distinta. Esto es evidente, por ejemplo, en las respuestas que los unos y los otros dan a cuestiones sobre cómo reducir los costos, cómo

aumentar la consistencia de las sentencias, o cómo garantizar la imparcialidad y la independencia de los miembros de un tribunal.

2. ¿Cuál ha sido el impacto, según su opinión, que ha tenido el Grupo de Trabajo III de UNCITRAL en la comunidad arbitral?

Las negociaciones en el Grupo de Trabajo III de UNCITRAL tienen y tendrán un impacto importante en la comunidad arbitral. No importa que la comunidad arbitral a veces se haya mostrado escéptica con la reforma, incluso con la reforma no institucional. En la medida en que los Estados decidan reformar el sistema actual de resolución de controversias entre inversores y Estados, la comunidad arbitral se verá afectada, ya que las reglas de arbitraje pueden cambiar.

Además, las negociaciones han permitido madurar algunas ideas – ideas tales como la necesidad de transparencia, la necesidad de diversidad (posible, por ejemplo, en el caso de los nombramientos institucionales o en un tribunal permanente).

Algunos centros de arbitraje que participan en las negociaciones,

toman acciones para demostrar que son sensibles al esfuerzo de reforma y también reforman sus reglas de arbitraje.

Tomemos al CIADI como ejemplo. El CIADI participa como observador en las negociaciones. En 2018, un año después de que comenzaran las negociaciones en UNCITRAL, el CIADI propuso cambios integrales para modernizar sus reglas. Se trata de la revisión más extensa de sus reglas hasta la fecha. Otros aspectos notables de la reforma del CIADI son el desarrollo de reglas de mediación (a diferencia de las reglas de conciliación que ya forman parte del Convenio del CIADI) y el Proyecto de Código de Conducta para Decisores en Controversias Internacionales Relativas a Inversiones, que fue desarrollado de forma conjunta por los secretariados del CIADI y UNCITRAL en el contexto del Grupo de Trabajo III.

3. ¿Cuáles son los retos que enfrenta el Grupo de Trabajo III de UNCITRAL para lograr los objetivos que se plantea ese Grupo?

El Grupo de Trabajo III recibió el mandato de trabajar en la reforma del ISDS, y un proyecto ambicioso como ese está destinado a enfrentar

retos. Para empezar, el multilateralismo en sí mismo es un desafío.

Conocemos las dificultades de alcanzar soluciones multilaterales a partir de intentos fallidos del pasado. Es difícil para todos los Estados estar de acuerdo. A veces se han expresado desacuerdos entre, por un lado, países desarrollados y, por otro, países en desarrollo, pero a menudo también han existido diferencias y tensiones entre Estados del mismo nivel de desarrollo.

En el marco del Grupo de Trabajo III, asegurar una amplia participación de los Estados, incluso en particular de los países en desarrollo, es un reto.

El Grupo de Trabajo trata de facilitar el acceso de estos países a las negociaciones. Algunas reuniones entre períodos de sesiones (“intersessional meetings”) se llevaron a cabo en países en desarrollo, otras reuniones (gracias al Covid-19) han sido híbridas y, sobre todo, unos fondos se ponen a disposición de las delegaciones de los países en desarrollo.

Los Estados pueden realizar contribuciones al fondo fiduciario de

UNCITRAL. La Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación, Francia, el Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de Alemania, y la Unión Europea han realizado contribuciones a este fondo de UNCITRAL con el fin de facilitar el acceso a las negociaciones de representantes de los países en desarrollo y para cubrir los costos de interpretación de las sesiones informales.

Dentro del Grupo de Trabajo III, una de las mayores divisiones es entre reforma estructural e incremental y esta división es otro desafío, y uno de los mayores. UNCITRAL trabaja por consenso. Sólo si no es posible el consenso, las decisiones se tomarán mediante votación.

Es probable que, en algún momento, se produzca una división entre las delegaciones que favorecen la reforma estructural y las que favorecen la reforma incremental. El resultado será un multilateralismo calificado: es probable que coexistan soluciones multilaterales estructurales y no estructurales. En otras palabras, unos de los mayores desafíos provienen del hecho de que diferentes Estados quieren soluciones diferentes para la reforma.

4. ¿Cuál es la misión de los observadores en el Grupo de Trabajo III de UNCITRAL? ¿Por qué cree que estos observadores son importantes para la misión del Grupo de Trabajo?

En el Grupo de Trabajo III tenemos un gran número de observadores, incluso Estados observadores, organizaciones internacionales, organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales (universidades, sociedades académicas, organizaciones profesionales, organizaciones empresariales, centros de arbitraje, lobbies pro-arbitraje, lobbies anti-arbitraje, etc).

La Unión Europea también participa como observadora en las negociaciones. Dada esta mezcla de observadores, sus intereses y sus respectivas “misiones” son muy diferentes.

Lo que es cierto es que la amplia participación de observadores en el Grupo de Trabajo III es un factor de transparencia e inclusividad, particularmente importante en el caso de los Estados observadores, ya que estos Estados van a suscribirse a unas o otras opciones de reforma multilateral.

La participación de los observadores también puede enriquecer las negociaciones. Al final, tenemos que recordar que la reforma es dirigida por los Estados (“state-led process”).

También debemos reconocer que la participación de los observadores es un medio importante de legitimación del proceso de reforma.

5. Usted ha seguido de cerca el desarrollo latinoamericano del sistema de inversión. En este sentido, y ante la reciente reincorporación de Ecuador al CIADI, en su opinión ¿Cuál es el futuro del sistema de protección de inversiones en Latinoamérica?

El desarrollo latinoamericano del sistema de inversión es fascinante por muchas razones. Es difícil predecir el futuro del sistema de protección de inversiones en Latinoamérica, no sólo porque es imposible predecir el futuro, sino también porque suponemos que hay un único enfoque latinoamericano.

En realidad, no hay uno sino varios enfoques latinoamericanos. Por ejemplo, Bolivia, que denunció el Convenio del CIADI, tiene una política de inversión distinta a la de

Brasil, que nunca ha adoptado la resolución de controversias entre inversores y Estados.

Un país como Brasil, con su modelo de tratado *sui generis* con sus puntos focales nacionales u *ombudsmen* y su enfoque en la prevención de disputas, sin expropiación indirecta, etc., sigue una política muy diferente a la de un Estado como Chile, que tiene un enfoque más “tradicional” para la resolución de controversias entre inversores y Estados.

México ha acordado un sistema de tribunal permanente de inversiones en su tratado global con la Unión Europea.

A veces los Estados pueden unirse para firmar un tratado común entre ellos, pero esto sólo significa que sus políticas coinciden en ese momento para ese tratado en particular.

Ecuador es un caso aparte y destaca lo difícil que es generalizar. No podemos meter a Ecuador en ninguna caja. La Constitución de Ecuador de 2008 establece que no se podrán celebrar tratados internacionales en los que el Estado ceda jurisdicción a “instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y

personas naturales o jurídicas privadas”.

El mismo año en que la nueva Constitución fue adoptada, Ecuador comenzó a terminar sus tratados bilaterales de inversión. Al año siguiente, el Estado denunció el Convenio del CIADI.

Como alternativa al arbitraje internacional, Ecuador impulsó la creación de un centro *regional* de resolución de controversias bajo la égida de UNASUR, un proyecto que, por supuesto, ahora ha sido abandonado. Pasó el tiempo, la política de gobierno cambió y, en 2018, la Presidenta de la Asamblea Nacional de Ecuador, con el acuerdo del Pleno de la Asamblea Nacional, formuló una acción de interpretación constitucional, planteándose la pregunta de saber cual fue el alcance de la prohibición constitucional, con el argumento de que los tratados de protección de inversiones no entran dentro de esta prohibición, ya que las controversias en materia de inversiones no son “contractuales” ni “comerciales”.

Todavía no tenemos el dictamen interpretativo y no sabemos si lo vamos a tener y cuándo. Según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitu-

cional, la promulgación de un dictamen interpretativo necesita “el voto conforme de siete de las juezas o jueces de la Corte Constitucional” y, por el momento, no tenemos idea de si tal mayoría reforzada (siete de los nueve jueces) se obtendrá a favor o en contra de la interpretación adelantada por la Asamblea Nacional en 2018.

Quizás haya necesidad de una reforma constitucional, pero esto es algo que Ecuador tendrá que decidir y que, por el momento, no parece muy probable.

Ecuador tiene un nuevo modelo de tratado de inversión, se ha reincorporado al Convenio del CIADI. Según tengo entendido, Ecuador está negociando un acuerdo de comercio con México que podría tener un capítulo sobre las inversiones con un mecanismo de resolución de controversias.

Muchas preguntas siguen abiertas. Se trata de cuestiones de derecho interno, pero cuestiones que sin duda tendrán un impacto en las inversiones internacionales y en el futuro del sistema de protección de inversiones para Ecuador.

Lo cierto es que América Latina está comprometida con el sistema de

protección de la inversión internacional.

Ecuador fue una de las voces anti-ISDS más fuertes de la región, por lo que este cambio de sentido es alentador, porque muestra ese nuevo compromiso de Ecuador con las protecciones en materia de inversiones internacionales.

Los Estados latinoamericanos participan activamente en el proceso de reforma en el marco de UNCITRAL. Hay muchas esperanzas de que la región siga comprometida con la protección de las inversiones y con el sistema de resolución de controversias.

Algunos de nuestros mejores colegas, abogados, académicos, equipos de defensa legal, equipos de negociación, provienen de la región y esto por sí solo significa mucho para Latinoamérica y para el futuro de las protecciones de inversión en la región.

De la infracción al orden público bajo la Ley Modelo UNCITRAL

Carolina Alcalde Ross* y Javier Nicolás Cañas Henríquez**

Principia No. 5–2021 pp 19-27

Resumen: La infracción al orden público constituye causal tanto para negar el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero como para anularlo, de conformidad con la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras y la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI. Pese a ello, el concepto de orden público no se encuentra definido y su tratamiento dependerá en muchos casos de la jurisdicción que se analice. El presente artículo se hace cargo de los problemas inherentes a su conceptualización e intenta entregar una definición, reconociendo las diferencias entre las tradiciones de los sistemas jurídicos analizados y referenciando jurisprudencia relevante sobre la materia.

Abstract: Under the New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, the public policy exception is grounds to deny the recognition and to annul an arbitral award. Despite its importance, public policy has not been defined and its treatment will depend on the specific jurisdiction. This article refers to the issues surrounding the definition of public policy, acknowledging the differences between the traditions of the juridical systems analyzed and referring to relevant jurisprudence on the matter.

Palabras Claves: Arbitraje Internacional. Orden Público. Orden Público Internacional. CNUDMI.

Keywords: International Arbitration. Public Policy. International Public Policy. UNCITRAL

* Abogada, título otorgado por la Excm. Corte Suprema de Chile, año 2010. Especialista en ADR, focalizada en arbitrajes, domésticos en internacionales. Socia en Alcalde & Cía. Árbitro (AJ CAM), del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, miembro del Comité Ejecutivo del Programa AJ CAM (período 2019-2021). Miembro del Directorio de Expertas del Colegio de Abogados de Chile A.G.

** Abogado, título otorgado por la Excm. Corte Suprema de Chile, año 2010. L.L.M. Columbia University, año 2017. Especialista en Derecho de la Construcción, actualmente Gerente Legal Regional para Cumbra S.A.

Sumario: I. Introducción, II. Del orden público ante la doctrina y la jurisprudencia, III. Conclusiones

I. Introducción

Desde 2004, el arbitraje comercial internacional en Chile se encuentra regulado por la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional¹ (en adelante la “LACI”), que sigue la Ley Modelo CNUDMI en su versión de 1985. La LACI guarda total armonía con la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958 (la “Convención de Nueva York”) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.

Conforme se señaló, la LACI tuvo como fuente directa a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (la “Ley Modelo”), en cuanto se esperaba incorporar las mejores prácticas de arbitraje internacional y fortalecer la disciplina de arbitraje en sede nacional². La LACI, siguiendo a la Ley Modelo, contempla los principios básicos de presunción de validez del laudo y de preservación del orden público internacional.

En este contexto, existe una completa simetría entre la Ley Modelo y la LACI para efectos del recurso de nulidad en cuanto único recurso contra un laudo arbitral, así como una evidente armonía entre las causales del referido recurso y el reconocimiento del laudo arbitral de la LACI, la Ley Modelo y el artículo V de la Convención de Nueva York y de la Convención de Panamá.

A nivel jurisprudencial y doctrinario, ha existido amplio debate sobre qué debe entenderse por orden público, habida consideración de que ninguno de los instrumentos anteriores entrega una definición. Por ello, el presente artículo intentará esclarecer qué corresponde a orden público, para efectos de la procedencia del recurso de nulidad o de negativa de reconocimiento bajo los cuerpos legales aplicables.

II. Del orden público ante la doctrina y la jurisprudencia

Por regla general, no existe una definición de orden público común a las diversas jurisdicciones que han ratificado la Convención de Nueva

¹ La LACI fue publicada en el Diario Oficial de Chile con fecha 29 de septiembre de 2004

² Véase Historia de la Ley N° 19.971, Mensaje de su Excelencia el Presidente de la República de Chile

York o promulgado alguna versión de la Ley Modelo. En este respecto, en ambos casos, se dejó a los Estados miembros de la primera, o que hubieren promulgado la segunda, para que definieran qué se habría de entender por orden público en sus respectivas jurisdicciones.

La regla general anterior encuentra dos -notables- excepciones. La primera, corresponde al artículo 3 del Código Civil de los Emiratos Árabes Unidos, conforme al cual

“[a]re considered of Public Policy, rules relating to personal status such as marriage inheritance, descent, and rules concerning governance, freedom of commerce, trading in wealth, rules of personal property and provisions and foundations in which the society is based in a way that do not violate final decisions and major principles of Islamic Shari’a”³

Por otra parte, la Ley de Arbitraje de Suecia dispone que se considerará como infracción al orden público aquellos casos en que el reconocimiento o ejecución del laudo

extranjero sea “manifiestamente incompatible con los principios fundamentales de la ley sueca”⁴.

Considerando lo anterior, esto es, la inexistencia de una definición de orden público en los instrumentos llamados a regular el reconocimiento, ejecución y petición de nulidad sobre laudos extranjeros o internacionales, debe atenderse a la doctrina y a la jurisprudencia de cada jurisdicción para efectos de obtener una delimitación conceptual de la causal referida.

En este sentido, tradicionalmente, se ha considerado al orden público como aquellas reglas esenciales para el mantenimiento de la sociedad, lo que apunta a un interés general. Así, Colin y Capitant han considerado que el orden público corresponde al orden del Estado en particular para efectos de su buen funcionamiento⁵, mientras que Portalis considera que

³ Khalil Mechantaf; Public Policy in the UAE as a Ground for Refusing Recognition and Enforcement of Awards, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/07/06/public-policy-in-the-uae-as-a-ground-for-refusing-recognition-and-enforcement-of-awards/#:~:text=Enforcement%2C%20Public%20Policy-,Public%20Policy%20in%20the%20UAE%20as%20a%20Ground,Recognition%20and%20Enforcement%20of%20Awards&text=A%20striking%20feature%20of%20this,total%20discretion%20of%20UAE%20Courts> (consultada el 20 de agosto de 2021)

⁴ Citado por Subcomité sobre Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de la International Bar Association, “*Report on the Public Policy Exception in the New York Convention*”, (Octubre, 2015). Pág. 6

⁵ Ambrosio Colin y Henri Capitant, *Curso Elemental de Derecho Civil*, (Madrid, 1952). Pág. 256

es todo lo que interesa más a la sociedad que a los particulares⁶.

En Chile, la Excma. Corte Suprema, en una sentencia que no incidió sobre un caso internacional, definió al orden público como “la organización considerada como necesaria para el buen funcionamiento general de la sociedad”⁷, lo que apunta a una consideración tradicionalista del orden público por su relación con los principios e instituciones que preservan intereses generales de la sociedad.

En derecho internacional privado, disciplina de la que participa el arbitraje internacional, una serie de instrumentos internacionales han incluido ideas de orden público concibiendo su infracción como aquello manifiestamente contrario al ordenamiento de un Estado en que el acto determinado se pretende validar o ejecutar. Así, a modo ejemplar, lo establece la Convención de la Haya sobre competencia, derecho aplicable, reconocimiento, ejecución y colaboración en materias de responsabilidad parental y de las medidas de protección de niños, de 19 de octu-

bre de 1996, el Convenio de la Unión Europea relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la Directiva Europea sobre competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materias de matrimonio y en procedimientos referentes a cuestiones de matrimonio y en procedimientos referentes a responsabilidad paterna, de 27 de noviembre de 2003, y la Convención de la Haya sobre adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, entre otros.

A nivel de la Ley Modelo, las directivas de la CNUDMI han refrendado un alcance más bien específico del concepto de orden público, diferenciándolo del concepto aplicable a nivel interno que, en Chile, se manifiesta en el artículo 1.461 del Código Civil. Así, la propia CNUDMI⁸ ha aconsejado la consideración de un sentido restrictivo de la disposición, aplicándola únicamente al incurrir el laudo en injusticias graves de orden procesal o sustantivo. En este ejercicio, conforme a la CNUDMI, la interpretación debe ser

⁶ Portalis, Jean Etienne Marie, *Discurso preliminar al Código Civil francés*, (Madrid: Civitas, 1997). Pág. 352

⁷ Excma. Corte Suprema de Chile. Publicada en Gaceta de los Tribunales (Segundo Semestre, N° 70, 1946). Pág. 391

⁸ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Nueva York, 37° Período de Sesiones, 14 al 25 de junio de 2004

restrictiva, esto es, referida sólo a casos excepcionales.

En este respecto, la CNUDMI consideró que el orden público aplicable para efectos de la Ley Modelo debía relacionarse con la vulneración de algún principio fundamental de la justicia, del derecho o de la moral, con el atentado radical contra los principios más sagrados y explícitos de justicia o equidad, o revelando el tribunal arbitral un grado de inadmisibles desconocimiento o corrupción, o si el laudo es contrario al principio que sustenta los cimientos mismos de las esferas pública y económica⁹.

Las directrices anteriores respecto del orden público guardan relación con una noción de orden público internacional, que permitiría efectuar distinciones tendientes a la consideración de un sentido más bien acotado del referido concepto. Al respecto, algunas jurisdicciones han desarrollado jurisprudencia sobre el orden público doméstico con relación al orden público internacional o transnacional, considerando al último—según se ha venido diciendo— como

los principios fundamentales o básicos de un determinado Estado¹⁰.

En este ejercicio, la International Bar Association¹¹ ha identificado importantes diferencias en la consideración de dichos “principios fundamentales o básicos del Estado” según se trate de un país con tradición civilista o del *common law*. Así, mientras países de tradición civilista tienden a considerar el orden público internacional como los valores fundamentales del sistema legal y de la sociedad, incluyendo sus instituciones, jurisdicciones del *common law* tienden a asociar la excepción de orden público con la moral, justicia y equidad.

Para efectos de ilustrar sobre lo anterior, a continuación, se hará breve referencia a ciertas sentencias que se estiman ilustrativas sobre la aplicación del concepto de orden público internacional o transnacional, con relación a las diferencias entre diversos sistemas jurídicos.

En este sentido, la Corte Superior de Canadá, en Ontario, falló que “[e]l motivo de orden público para oponerse a la ejecución debe ser

⁹ Ibid

¹⁰ Subcomité sobre Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de la International Bar Association, *Report on the Public Policy Exception in the New York Convention*, (Octubre, 2015). Pág. 6

¹¹ Ibid.

aplicado únicamente en casos en los que la ejecución vulnere nociones básicas de moralidad o justicia, por ejemplo, en relación con la corrupción, el soborno o el fraude”¹², Conforme señaló la CNUDMI¹³, al referirse a la sentencia en comento, “[e]l propósito [del recurso de nulidad] no es proteger a las partes de sus propios errores o planteamientos equivocados. Además, que un laudo esté errado por razones de hecho o de derecho no es, a juicio del tribunal judicial de Ontario, motivo suficiente para anularlo”.

En sentido similar, respecto del orden público procesal, se ha fallado que no constituye infracción al orden público aquellos casos en que, por ejemplo, el tribunal declara que la contestación a la demanda no resulta pertinente¹⁴, que el alegato oral de una de las partes no es considerado para efectos del laudo¹⁵ o que el

laudo falla en tratar expresamente cada uno de los argumentos utilizados por las partes¹⁶.

En cuanto al orden público sustantivo, la Corte Suprema de Zimbabwe decidió un caso señalando que, sin perjuicio de coincidir en que el orden público debe necesariamente interpretarse en forma restrictiva, el error de que adolecía el laudo era fundamental, resultando una inequidad palpable para una de las partes. En este respecto, la Corte Suprema introdujo un concepto de orden público conforme al cual, si el error específico del laudo desafía la lógica o los estándares morales comúnmente aceptados al nivel de tornarlo intolerable para el hombre medio razonable, entonces resulta contrario al orden público¹⁷.

El caso anterior resulta especialmente interesante en cuanto introduce la máxima latina del *nemo*

¹² Case Law On Uncintral Texts (Case No. 391), Corte Superior de Canadá (Septiembre, 22 de 1999)

¹³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, “*Jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la CNUDMI (CLOUT)*”, (Documento de Trabajo: A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/34), Junio, 12 de 2001

¹⁴ Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, citado por Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Nueva York, 37° Período de Sesiones, 14 al 25 de junio de 2004), Alemania, Sch 11 del 08 de junio de 2001

¹⁵ Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, citado por Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Nueva York, 37° Período de Sesiones, 14 al 25 de junio de 2004), Alemania, Sch 6 del 17 de enero de 2002

¹⁶ Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, citado por Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Nueva York, 37° Período de Sesiones, 14 al 25 de junio de 2004), Alemania, Sch 11 del 08 de junio de 2001

¹⁷ Case Law On Uncintral Texts (Case No. 323), Corte Suprema de Zimbabwe (Octubre y Diciembre, 21 de 1999)

auditur propriam turpitudinem allegans, conforme a la cual no resulta admisible a una de las partes beneficiarse de su propia torpeza o dolo, elevando su infracción a una violación del orden público.

En otro caso, la Corte de Hong Kong, frente a la alegación de la parte recurrente de que el caso se había decidido conforme a presunciones que carecían de mérito en el proceso, rechazó la petición de nulidad por considerar que no se había invertido la carga probatoria aplicable y, consecuentemente, se abstuvo de analizar los argumentos vertidos en el laudo¹⁸. Lo anterior, en opinión de los suscritos, resulta consistente con el principio de mínima intervención, conforme al cual los tribunales superiores, en el contexto de un recurso de nulidad, deben abstenerse de revisar los fundamentos del laudo, salvo casos calificados.

En otro caso, cuya jurisprudencia resulta inconsistente con la práctica común en la materia, la Corte competente en Kenia declaró que se

considera que un laudo es contrario al orden público de Kenia si se demuestra que resulta inconsistente con la Constitución y leyes locales, si resulta contrario al interés nacional de Kenia o si resulta contrario a la moral o a la justicia.

Ahora bien, países de tradición civilista han tendido, según se dijo, a asociar el orden público a la infracción a los principios fundamentales en los cuales se basa el sistema legal. En este sentido, la Corte Suprema de México ha fallado que el orden público corresponde a “las instituciones jurídicas del Estado, principios, normas e instituciones que lo conforman que trascienden a la comunidad por lo ofensivo y grave del yerro cometido en la decisión. El mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad”¹⁹. Conforme indica González de Cossio, el Poder Judicial mexicano ha considerado –correctamente, en opinión del autor, con la que coincidimos– que orden público no versa sobre intereses individuales,

¹⁸ *Paloma Co Ltd v Capxon Electronic Industrial Co Ltd* [2018] (Case No. HKCU 1846), Hong Kong Court of First Instance (Mayo, 25 de 2018), citado por el Comité de Arbitraje de la International Bar Association, “*Annulment of arbitral awards by state court: Review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process*” (Octubre, 2018)

¹⁹ Francisco González de Cossio, *El arbitraje al derecho y al revés*, (Litigio Arbitral N° 2, Edición en Español). Pág. 587

bienes públicos, interés público, derecho o documentos públicos²⁰.

Por otra parte, en Chile, la jurisprudencia ha considerado como parte del orden público tanto la moral social como los intereses superiores de la sociedad. Sin perjuicio de ello, al momento de decidirse el alcance del orden público en materia de exequátur o petición de nulidad fundada en la LACI, los tribunales superiores de justicia han mostrado un entendimiento que resulta consistente con los principios que imperan en materia de arbitraje y con los criterios y directrices impartidos por la CNUDMI.

Así, en el caso *Gold Nutrition Industria e Comercio c. Laboratorio Garden House S.A.*, la Excma Corte Suprema, conociendo de una petición de exequátur, hizo presente que “[e]ste procedimiento no constituye una instancia, por lo que no es dable promover ni resolver dentro de él materias propias de los hechos y del derecho relativas a la causa en que se dictó la sentencia extranjera, ni tampoco pueden ser resueltas alegaciones que puedan constituir excepciones que deban ser opuestas en la ejecución correspondiente y

ante el Tribunal que conoce de ella”²¹.

En un sentido similar, en la petición de nulidad en contra del laudo dictado en un proceso entre EGI-VSR, LLC., y una serie de sociedades chilenas, relativo a incumplimientos a un pacto de accionistas en una sociedad productora de vinos en Chile, la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago decidió que el orden público, en los términos de la LACI, “[t]iene por objeto evitar la dictación o reconocimiento de una sentencia que sea manifiestamente contraria a la ley nacional, por ejemplo si se vulnera el derecho de las partes a un trato igualitario y a un debido proceso, o si supone algún fraude o corrupción del tribunal arbitral”²².

Como se observa de las sentencias anteriores, tanto chilenas como comparadas, los tribunales, en general, han adoptado un concepto de orden público internacional que se distingue del orden público interno, sin perjuicio de que la definición específica va a depender en gran parte de la jurisdicción de que se trate. En este sentido, las diversas decisiones revisadas, que resultan consistentes con los criterios y directrices de la

²⁰ Ibid

²¹ Excma. Corte Suprema de Chile, rol de ingreso N° 6615-2017 (Septiembre, 15 de 2018)

²² Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, rol de ingreso N° 1971-2012 (Septiembre, 09 de 2013)

CNUDMI, dan cuenta de una interpretación restrictiva del concepto de orden público, distinguiéndolo de su par interno y negándose a la revisión de los fundamentos del laudo salvo en casos de errores fundamentales, conforme se señaló.

III. Conclusiones

El concepto de orden público es difuso. Ni la Ley Modelo, ni la LACI, así como tampoco las Convenciones de Nueva York o Panamá, lo definen.

La falta de una definición legal y los contornos ya difusos de la noción de orden público ha importado que la misma sea interpretada, como causal de nulidad o de negativa de reconocimiento del laudo, de modo diverso y, a veces, contradictorio.

La CNUDMI ha aconsejado un uso restrictivo de la noción de orden público, aplicándola únicamente al incurrir el laudo en injusticias graves de orden procesal o sustantivo.

La distinción resulta relevante pues, al acotarla, la distingue de nociones clásicas de orden público relacionadas únicamente al orden jurídico interno del asiento del tribunal arbitral o del lugar de ejecución del laudo.

Esta “internacionalización” de la noción de orden público es, a juicio de

los autores, correcta. Primero, pues no toda violación del orden público interno es, necesariamente, motivo para anular o negar la ejecución de un laudo. De ese modo, una visión más restringida o, prima facie deslocalizada, se encuentra en línea con los principios que informan el arbitraje internacional, particularmente con el de mínima intervención, *Kompetenz-Kompetenz* y de primacía de la voluntad de las partes. En segundo, pues evita que esta causal se convierta, de facto, en un procedimiento de casación prototípico ante tribunales locales.

Sin perjuicio de que la noción internacional de orden público es la predominante en la actualidad, sus contornos siguen siendo difusos y entregados, esencialmente, a la discusión judicial. Sus límites con el derecho interno, los niveles de intensidad para configurarlos como causal de nulidad o rechazo de la ejecución de un laudo, continúan siendo materia de discusión.

La progresiva aceptación del arbitraje en el derecho público*

Allan R. Brewer-Carías*

Principia No. 5–2021 pp 29-51

Resumen: El trabajo presenta una perspectiva histórica de cómo ha progresado la visión que ha tenido el Estado Venezolano del arbitraje en el derecho público desde la época republicana hasta nuestros días

Abstract: The present work depicts an historical perspective on the evolution that the Venezuela State have had on arbitrating public law matters since the republican foundation until the present day.

Palabras Claves: Arbitraje, derecho público, derecho administrativo

Keywords: Arbitration, public law, administrative law

* Texto preparado para la exposición en las *VII Jornadas de Arbitraje 2020*, organizadas por la Asociación Venezolana de Arbitraje y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 25 de noviembre de 2020

* Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela. Ha sido Profesor Visitante (1972-1974) y Profesor de Post Grado (1985-1986) en la Universidad de Cambridge, Inglaterra; Profesor de Postgrado en las Universidades de Paris II (1989-1990), del Rosario en Bogotá y del Externado de Colombia (2000-2006); y Profesor Visitante (2002-2004) y Profesor Adjunto de Derecho (2006-2008) en la Columbia Law School, en Nueva York

En el derecho público, la aceptación del arbitraje ha tenido sus vaivenes, habiéndose pasado, en olas sucesivas, del rechazo total de su aplicación a su aceptación general, habiéndose sorteado siempre en ese proceso la barrera general del principio de la legalidad, que impone que los titulares de los órganos del Estado solo pueden actuar cuando tienen asignada una competencia en forma expresa mediante ley.

Por ello, en sus inicios, la ausencia de normas legales que regularan el arbitraje fue siempre el principal escollo en la materia; y de allí, la importancia que tienen, por ejemplo, previsiones como las del Código Orgánico Tributario que regulan expresamente el arbitraje tributario, lo cual, sin duda, puede considerarse como un punto culminante en la progresiva admisión del arbitraje en el derecho público.

Contrasta, así, el tratamiento del arbitraje como medio de solución de controversias en derecho público, con el que ha existido en el campo derecho privado, donde en cambio el arbitraje puede decirse que es tan viejo como el derecho de la propia

República, al incluirse en el propio texto de la Constitución de 1830 entre los derechos de las personas, como el de “de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos” (art. 190)¹; previsión que en esos mismos términos se repitió posteriormente en las Constituciones de 1857 (art. 100) y 1858 (art. 150).

La norma fue eliminada de la Constitución federal de 1864, habiéndose incluido en la misma, en contraste, una regulación específica del arbitraje en el campo del derecho público, en relación con los tratados internacionales, disponiéndose que en los mismos siempre se debía incorporar una cláusula conforme a la cual “todas las diferencias entre las partes contratantes deberán decidirse sin apelación a la guerra por arbitramento de potencia o potencias amigas” (art. 112). La norma luego se repitió en todas las Constituciones posteriores (1874, art. 112; 1881, art. 109; 1891, art. 109; 1893, art. 141; 1901, art. 133; 1904, art. 120; 1909, art. 138; 1914, art. 120); hasta la de 1922 (art. 120).

¹ J. Eloy Anzola, “Luces desde Venezuela: La administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado,” en la *Revista del Club Español de Arbitraje*, N° 4, 2009, 62

Estas previsiones constitucionales, por supuesto, trajeron sus consecuencias, de manera que todas las controversias internacionales que Venezuela tuvo con Colombia, Brasil y el Reino Unido relacionadas con temas fronterizos, se resolvieran mediante arbitraje internacional, en los cuales en general, los intereses del país no siempre fueron reconocidos. Esa experiencia en la segunda mitad del siglo XIX, sin duda, dejó una marcada herida nacional que ha sido difícil de curar, originando una reticencia generalizada de principio o una cultura hostil respecto del arbitraje, lo que se reflejó, específicamente en materia de contrataciones públicas.

Por ello, incluso, desde la sanción de la Constitución de 1893, el arbitraje fue expresamente excluido en materia de contratación pública, habiéndose previsto en la misma tres prohibiciones específicas en la materia, siendo la primera la que derivó del principio de la inmunidad

absoluta de jurisdicción, al considerarse incorporada tácitamente en dichos contratos una cláusula que impedía el arbitraje, es decir, que imponía que las controversias que se originasen sobre la inteligencia y ejecución de los mismos solo podían ser resueltas por los tribunales nacionales de acuerdo con la ley venezolana. Además, la Constitución previó que dichos contratos en ningún caso podrían ser transferidos a Estados extranjeros; y que en ningún caso, tales contratos podían ser motivo de reclamaciones internacionales (Clausula Calvo) (art. 149)².

Esas cláusulas prohibitorias continuaron previéndose en el texto de todas las Constituciones posteriores, y solo fue en la Constitución de 1947 cuando la segunda de ellas fue modificada, al transformarse la inmunidad absoluta de jurisdicción en una inmunidad *relativa* (art. 108), abriéndose entonces la posibilidad de que de

² El origen de la cláusula, lo que explica su denominación “Calvo”, estuvo en el argumento contenido en su libro, *International Law Treaty (Tratado de Derecho Internacional)* editado inicialmente en 1868, en el cual Carlos Calvo refiriéndose a la intervención anglo-francesa en el Río de la Plata y la intervención francesa en México, expresó que las mismas habían estado basadas sólo en el pretexto de proteger intereses comerciales privados, y que de acuerdo con el derecho internacional público, la intervención armada de Estados europeos en los Estados del Nuevo Mundo no podía aceptarse. A pesar de haberse incluido en la Constitución dicha Cláusula, sin embargo, incluso una década después, se produjo el bloqueo de los puertos venezolanos por las armadas alemana, británica e italiana con el fin de forzar el cobro de la deuda pública que mantenía el país con Alemania, Inglaterra e Italia, conflicto del cual incluso derivó la aplicación en Venezuela de la conocida “Doctrina Drago”, que rechazaba el cobro compulsivo de las deudas públicas por los Estados. Al respecto, véase Victorino Jiménez y Núñez, *La Doctrina Drago y la Política Internacional* (Madrid, 1927)

acuerdo con la naturaleza del objeto del contrato público, se pudieran incorporar cláusulas para permitir la resolución de controversias a la decisión de tribunales arbitrales o de tribunales extranjeros, incluso aplicando la ley extranjera. La norma se conservó en la Constitución de 1961 (art. 127) y bajo mi propuesta contrariando la que había formulado el presidente Hugo Chávez ante la Asamblea Constituyente, también se conservó en la Constitución de 1999 (art. 151)³.

Con base en la previsión de la Constitución de 1947, el tema del arbitraje en la contratación administrativa solo se comenzó a discutir al inicio del período democrático cuando, ante ausencia de previsiones legales, la Procuraduría General de la República comenzó a aceptarlo en los contratos de interés público, pero solo respecto a las discrepancias relativas a cuestiones técnicas. En esos mismos años, en 1960, sin embargo, el profesor Antonio Moles Caubet, en un trabajo sobre el “Ar-

bitramento en los Contratos Administrativos,”⁴ argumentó a favor de la admisión en forma general de las cláusulas arbitrales en los contratos de interés público. El tema lo retomé yo mismo en 1964, discrepando de ese planteamiento, considerando que en los contratos públicos dichas cláusulas arbitrales no eran admisibles precisamente porque no existía en el ordenamiento jurídico, en ese momento, norma alguna que autorizara a los órganos del Estado a incluir este tipo de cláusula en los contratos administrativos⁵. Consideré entonces que el arbitraje, teniendo en su origen una cláusula contractual, para que el consentimiento del órgano o ente público se considere válido es necesario una previsión legal que le asigne la competencia.

El tema no se volvió a discutir sino hasta finales de la década de los sesenta del siglo pasado, particularmente en materia de contratos de empréstito público externo, cuando la Procuraduría General de la

³ Sobre este Artículo nuestra propuesta ante la Asamblea Nacional Constituyente, en Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8-Agosto-8-Septiembre 1999), Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, 209-233

⁴ Antonio Moles Caubet, “El arbitraje en la contratación administrativa,” en la *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 20, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1960, 22

⁵ Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones fundamentales del derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Universidad central de Venezuela, Caracas 1964

República comenzó a considerar procedente la incorporación de cláusulas arbitrales en dichos contratos (1977), mediante las cuales el Estado renunciaba a la inmunidad jurisdiccional; tema sobre el cual se pronunció el profesor Alfredo Morles Hernández en un importante estudio⁶.

Luego vino la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986, con la cual se reguló ampliamente el arbitraje en normas que sin duda son también de aplicación a los órganos y entes de la Administración Pública (art. 608 ss.), a raíz de lo cual el escollo del principio de regulación expresa de la competencia quedaba superado, aceptándose la posibilidad del recurso al arbitramento en los contratos públicos⁷. El Código, en efecto, permitió expresamente la

posibilidad para las partes – incluyendo los entes públicos – de celebrar *acuerdos vinculantes* para someter las controversias a tribunales arbitrales, y así excluir la jurisdicción de los tribunales ordinarios (Artículos 608–629)⁸. Posteriormente, Venezuela ratificó otras convenciones internacionales de importancia en el tema como fueron la Convención Interamericana sobre el Arbitraje Internacional y sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979⁹, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975¹⁰, y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales

⁶ Véase entre otros Alfredo Morles, “La inmunidad de Jurisdicción y las operaciones de Crédito Público,” en *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo III (Caracas, 1979), 1701; y la doctrina de la Procuraduría General de la República, en *20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981*, Tomo IV, Vol. 2, (Caracas, 1984), 169

⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Contratos Administrativos*, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992)

⁸ Sobre la importancia y el impacto de la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986 en cuestiones de arbitraje, véase entre otros Víctor Hugo Guerra Hernández, “Evolución del arbitraje comercial interno e internacional,” en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, 2005), 42–44; Aristides Rengel Romberg, “El arbitraje comercial en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial (1998),” en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999); J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, 2005), 408

⁹ Convención Interamericana sobre el Arbitraje Internacional y sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979 (Caracas: Gaceta Oficial No. 33144, 15 de enero de 1985)

¹⁰ Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Caracas: Gaceta Oficial No. 33170, 22 de febrero de 1985)

Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York)¹¹.

La previsión del recurso al arbitramento se estableció además expresamente en diversas leyes especiales en las cuales se permitió para la solución de controversias, como fue el caso de la Ley sobre el Derecho de Autor (1993), de la Ley de Empresas de Seguro (1994), de la Ley de Protección al Consumidor (1995) y de la Ley Orgánica del Trabajo (1990)¹².

Esa tendencia hacia la aceptación del arbitraje, se reforzó a partir de 1993 con la celebración de múltiples tratados bilaterales de inversión que estipularon el arbitraje internacional para la solución de controversias, y con la ratificación por Venezuela del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)¹³.

Para ese entonces incluso, ya estaba en aplicación específicamente en materia de inversiones extranjeras,

además, el Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, aprobada por decisiones N.º 291 y 292 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (decreto N.º 2095 del 13 de febrero de 1992), donde ya se había estipulado en forma general que “se podía utilizar la resolución de controversias o conflictos derivados de la inversión extranjera directa o de inversionistas subregionales o del traspaso de tecnología extranjera, y los mecanismos de jurisdicción o conciliación y arbitraje estipulados en la ley.”¹⁴ Como consecuencia de todo ello, recurrir al arbitraje para la posible resolución de controversias en materia de inversiones se convirtió en una práctica generalizada.

Fue en esos mismos años de inicios de los noventa, por otra parte, cuando se sancionó la primera regulación específica sobre el arbitraje en materia de contratación

¹¹ Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Caracas: Gaceta Oficial No. 4832, 29 de diciembre de 1994)

¹² Véase entre otros Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones Sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2001), 90–101; Paolo Longo F., *Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia*, (Caracas: Editorial Frónesis S.A., 2004), 52–77; Víctor Hugo Guerra Hernández, “Evolución del arbitraje comercial interno e internacional,” *loc. cit.*, 44–46; y la Sentencia No. 1541 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 17 de octubre de 2008

¹³ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caracas: Gaceta Oficial No. 35.685, 3 de abril de 1995)

¹⁴ Reglamento del Régimen Común de Tratamiento de los Capitales Extranjeros y Sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías (Caracas: Gaceta Oficial No. 34930, 25 de marzo de 1992)

pública, en la Ley Orgánica sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales (Decreto Ley N° 138 del 20 de abril de 1994)¹⁵, incluyó un artículo que estableció expresamente que el Ejecutivo Nacional y el concesionario podían acordar que las dudas y controversias que pudieran surgir como resultado de la interpretación y ejecución del contrato de concesión serían tratadas por un tribunal arbitral, para el cual las partes determinarían su composición, competencia, procedimiento y ley aplicable (artículo 10).

Debe mencionarse igualmente el importante Acuerdo del Congreso Nacional de 4 de julio de 1995 dictado en el marco del artículo 5 de la Ley de Nacionalización Petrolera de 1975, que permitió la participación del sector privado en la industria petrolera, en el cual se establecieron las Condiciones para la celebración de las llamadas Asociaciones Estratégicas de la “apertura petrolera” (Convenios de Asociación para la Exploración a

Riesgo de Nuevas Áreas y la Producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas)¹⁶, previéndose expresamente la posibilidad de incluir una cláusula arbitral para la solución de controversias en los referidos contratos públicos, que luego daría origen a múltiples decisiones de tribunales arbitrales CIADI.

Es importante destacar que dicha previsión sobre la cláusula arbitral fue impugnada por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, habiendo sido decidida la acción varios años después, en septiembre de 1999, declarándose sin lugar la demanda. Así, la Corte Suprema ratificó la constitucionalidad del Acuerdo del Congreso, aceptando la posibilidad de la incorporación de cláusulas de arbitraje en los contratos de interés público conforme al artículo 127 de la Constitución de 1961, que estaba aún vigente en ese momento (equivalente al Artículo 151 de la Constitución de 1999)¹⁷. Esta sentencia fue, sin duda, el

¹⁵ Ley orgánica sobre concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No. 4719, 26 de abril de 1994)

¹⁶ Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de Nuevas Áreas y la Producción de Hidrocarburos bajo el Esquema de Ganancias Compartidas (Caracas: Gaceta Oficial No. 35754, 17 de julio de 1995)

¹⁷ Véase entre otros Ley de Minas (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5382, 28 de septiembre de 1999); La sentencia en Allan R. Brewer-Carías, Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera, 1996-

precedente más importante sobre el tema del arbitraje en la contratación pública, y sobre el sentido de la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción prevista en la Constitución¹⁸.

En todo caso, incluso antes de haberse dictado dicha sentencia, puede decirse que el tema del arbitraje en la contratación pública ya había encontrado soporte expreso – aun cuando indirecto – en la Ley de

Arbitraje Comercial de 1998¹⁹ (la cual se basó en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL)²⁰, en la cual se incorporó una norma referida específicamente a los “acuerdos de arbitraje” en contratos públicos suscritos por los entes descentralizados de la Administración Pública²¹. El objetivo de la norma fue exigir, para la validez del acuerdo arbitral, “la aprobación de todos los miembros de la Junta Directiva de

1999 (Caracas, 2004), 220-328. disponible en <http://allanbrewercarias.com/Con-tent/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fca3/Content/1.%202022.%2020%20APERTURA%20PETROLERA.%20DOCUMENTOS%20DEL%20JUICIO.pdf>

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia confirmó el fallo emitido bajo la Constitución de 1961, que sostenía que el Artículo 151 de la Constitución de 1999 permite la incorporación de normas de arbitraje en contratos de interés público. Véase también la Sentencia N° 1541 del 2008 y la Sentencia N° 97 del 11 de febrero de 2009 (Interpretación de los Artículos 1 y 151 de la Constitución. Fermín Toro Jiménez, Luis Brito García et al.). En el mismo sentido, véanse los comentarios de agosto de 1999 que ratifican la Resolución del Congreso que aprueba el Marco del Convenio de Asociación que realizó al rechazar la propuesta constitucional del Presidente Chávez respecto al Artículo 151 de la Constitución, en Allan R. Brewer-Carías “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público,” en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Vol. I (8– Agosto–8 Septiembre 1999), (Caracas: Fundación de Derecho Público/Editorial Jurídica Venezolana, 1999), 220–229

¹⁸ Véase ente otros Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías, Los contratos administrativos. Contratos del Estado*, Vol. II, (Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2006), 349–357; Margot Y. Huen Rivas, “El arbitraje internacional en los contratos administrativos,” en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías, Los contratos administrativos. Contratos del Estado*, Vol. I, (Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2005), 438–439

¹⁹ Ley de Arbitraje Comercial (Caracas: Gaceta Oficial No. 36430, 7 de abril de 1998). Véase también Alberto Baumeister Toledo, “Algunas consideraciones sobre el procedimiento aplicable en los casos de arbitrajes regidos por la ley de Arbitraje Comercial,” en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999), 95–98; Allan R. Brewer-Carías, “El arbitraje y los contratos de interés público,” en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999), 167–186; Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones Sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2001), 125–130

²⁰ Aristides Rengel Romberg, “El arbitraje comercial en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial (Caracas, 1998),” *loc. cit.*, 47

²¹ Específicamente aquellos en los cuales “al menos una de las partes sea una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social.”

dicha empresa y la autorización por escrito del ministro de tutela.”²² Se trató sin duda de una disposición fundamental, pues constituyó una declaración tácita de aceptación general del arbitraje en la contratación pública, es decir, de la admisión en forma expresa de la posibilidad de incorporar cláusulas arbitrales en los contratos públicos, lo que permitió a Luis Fraga Pittaluga afirmar en ese año de 1998 que “la admisión del arbitraje en el campo administrativo es una tendencia irreversible.”²³

Además, la misma Ley de Arbitraje Comercial en su artículo 3° estableció otras dos disposiciones fundamentales en relación con las materias arbitrables, de particular importancia para la contratación pública, que fueron, primero, el principio de que solo pueden “someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir;” y segundo, el principio de

que no pueden someterse a arbitraje “las controversias que directamente conciernan a las atribuciones o funciones de *imperio* del Estado o de personas o entes de derecho público.”

En cuanto a la primera previsión, el tema se había regulado con anterioridad en la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1986, en el cual se dispuso que no pueden someterse al arbitraje, las “*cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges.*” Ello, por supuesto no concierne al Estado ni a los entes públicos ni a los contratos de interés público; pero agregó el artículo 608 que tampoco puede haber arbitraje “*sobre los demás asuntos en los cuales no cabe la transacción.*” Si bien “vincular las materias arbitrables a lo que sea susceptible de transacción,” se ha considerado como un anacronismo, ello sin duda tiene importancia para el arbitraje en materia de derecho público, pues de

²² Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El arbitraje y los contratos de interés nacional,” en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999), 169–204

²³ Véase entre otros Luis Fraga Pittaluga, “El arbitraje y la transacción como métodos alternativos de Resolución de conflictos administrativos,” en las *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías, La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo* (Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 1998), 177; Allan R. Brewer-Carías, “La reciente tendencia hacia la aceptación del arbitraje en la contratación estatal en el derecho venezolano,” en *Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional*, Volumen II, XII (Lima: Adrus Editores, 2013), 803-830; Víctor Raúl Díaz Chirino, “El mecanismo de arbitraje en la contratación pública,” en *Ley de Contrataciones Públicas*, 2° Ed. (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011), 356–357

nuevo toca el tema del principio de la legalidad y de la competencia²⁴.

Es decir, si una controversia no es susceptible de transacción, no puede ser sometida a arbitraje; y hay que recordar que de acuerdo con el Código Civil (art. 1713), la transacción es un contrato mediante el cual, en su parte central, hay recíprocas concesiones, por lo cual es necesario que las partes renuncien a determinadas pretensiones en forma recíproca para poder llegar al contrato. Por eso, para transigir –como lo dice el Código Civil en el artículo 1714 y la Ley de Arbitraje Comercial en el ya citado artículo 3º– se necesita tener capacidad para ello, es decir, capacidad para disponer de las cosas comprendidas en la transacción, con lo cual, las cosas, derechos o pretensiones que no sean disponibles y sobre las cuales no haya capacidad de disponer, no pueden ser objeto de transacción ni de arbitraje, lo que por supuesto trae una serie de límites en el campo del derecho público. Específicamente, en el campo del derecho público ello apunta al tema

de la competencia que siendo materia de orden público no puede renunciarse ni relajarse; a lo que incluso se refiere expresamente el artículo 6 del Código Civil y la propia Ley de Arbitraje Comercial; lo que implica que en materia de derecho público, la competencia de los entes públicos no puede ser objeto de transacción ni por tanto, de arbitraje. Como lo dice el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública²⁵ la competencia es siempre de ejercicio obligatorio y, por tanto, irrenunciable, indelegable, improrrogable y no puede ser relajada por convención alguna, razón por la cual no puede ser nunca una materia de transacción ni de arbitraje.

Por ello, por ejemplo, en materia de arbitraje tributario, el mismo no puede entrañar la renuncia o la celebración de un acuerdo sobre el ejercicio de la potestad tributaria, por lo que no puede considerarse que quebrante el principio de la legalidad tributaria; lo que implica, por ejemplo, que no podría haber transacción o arbitraje sobre la competencia tributaria, de manera que

²⁴ Respecto a esto, en la década de los ochenta, cuando edité mi libro sobre *Contratos Administrativos*, analicé precisamente el tema del recurso del arbitramento en los contratos de interés público vinculado al tema de la transacción, tema sobre la cual en materia tributaria me había ocupado décadas atrás. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Las transacciones fiscales y la indisponibilidad de la potestad y competencia tributarias” en *Revista de Derecho Tributario*, N° 18, (Caracas, 1967), 1-36

²⁵ Ley Orgánica de la Administración Pública (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No 6.147, 17 de noviembre de 2014)

un órgano público no podría en forma alguna convenir en no fiscalizar, no liquidar o no cobrar un impuesto mediante una transacción.

La otra previsión de particular interés para el arbitraje en la contratación pública establecida en la Ley de Arbitraje Comercial, y que deriva de la anterior, es la destinada a excluir expresamente del arbitraje las cuestiones relativas a la soberanía, es decir, lo que la Ley califica como cuestiones de “imperio” (Artículo 3º, letra b), lo que equivale a decir que las competencias de los entes públicos no pueden ser objeto de arbitraje.

En todo caso, la aceptación del arbitraje para la solución de controversias en contratos del Estado fue reconocida en gran número de sentencias judiciales²⁶, siendo una de ellas, la dictada el 15 de junio de 1998 por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en el caso *Industrias Metalúrgicas Van Dam, C.A. vs. República de Venezuela. Ministerio de la Defensa*, en la cual

reconoció las cláusulas de arbitraje en contratos públicos, que en este caso tenían objeto militar, para la solución de controversias sobre los “aspectos técnicos” del contrato, excluyendo sin embargo las cuestiones de seguridad y defensa nacional²⁷.

De lo anterior resulta, por tanto, que en los lustros anteriores a 1999 ya se identificaba una tendencia a superar la otrora actitud de reticencia respecto de las cláusulas de arbitraje en los contratos públicos y la renuncia relativa a la inmunidad de jurisdicción del Estado; tendencia que se consolidó jurisprudencial y legislativamente, precisamente a partir de 1999, al inicio del gobierno del Presidente Hugo Chávez, con la sentencia antes mencionada de la Corte Suprema de Justicia en el caso de los contratos de la Apertura Petrolera, y con motivo de la aprobación de una serie de leyes en ejecución de una Ley

²⁶ Véanse los casos citados en Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” *loc. cit.*, 333–349; José G. Villafraña, “Precisión jurisprudencial en torno a la inmunidad de jurisdicción en demandas por responsabilidad patrimonial (Comentario a la sentencia de la CSJ–SPA de fecha 30–07–1998),” en *Revista de Derecho Administrativo*, No. 4, (Caracas: Editorial Sherwood, 1998), 347–360

²⁷ Véanse las referencias en Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” *loc. cit.*, 349–350

habilitante de abril de ese año²⁸, que autorizó al Presidente de la República no sólo para dictar normas legislativas para “fomentar la protección y la promoción de inversiones nacionales y extranjeras, con el fin de establecer un marco legal para las inversiones y para ofrecer mayor seguridad jurídica” (Artículo 1.4.f); sino que además para “reformular el Decreto Ley sobre concesiones de obras públicas y servicios públicos nacionales para estimular las inversiones privadas” para proyectos existentes o futuros (Art. 1.4.h) y para emitir las medidas necesarias para la explotación de gas, modernizando la legislación en el tema (Art. 1.4.i).

Con base en esta delegación Legislativa, en 1999 se dictó la Ley de Promoción y Protección de Inversiones (Decreto Ley N° 356 de 13 de octubre de 1999)²⁹, en la cual se establecieron diversos

mecanismos de arbitraje, incluyendo el consentimiento expreso del Estado al arbitraje del Centro CIADI conforme al Artículo 25.1 de la Convención del CIADI. Al analizar por primera vez dicha Ley en 2005, consideré que con la norma del artículo 22 de dicha Ley, el Estado en realidad había expresado su consentimiento para someter disputas sobre inversiones al arbitraje internacional ante el Centro CIADI, en la forma de una oferta unilateral abierta y escrita formulada a los inversionistas mediante Ley, sujeta a la aceptación igualmente por escrito de estos³⁰, pudiendo los mismos a su elección recurrir a los tribunales nacionales³¹. Este criterio, que elaboré posteriormente, incluso en Opiniones dadas como testigo legal

²⁸ Ley Orgánica que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Medidas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera Requeridas por el Interés Público (Caracas: Gaceta Oficial No. 36.687, 26 de abril de 1999)

²⁹ Ley de Promoción y Protección de Inversiones (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.390, 22 de octubre de 1999. La Ley fue derogada, y por tanto, el artículo 22 eliminado, mediante la Ley de Inversiones Extranjera (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6152, 18 de noviembre de 2014)

³⁰ Entre los distintos formularios de consentimiento por escrito de los Estados Contratantes del CIADI, que incluyen la legislación nacional, véase el “Informe de los directores ejecutivos del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados” publicado en fecha 18 de marzo de 1965, en el cual se indica que “[...] un Estado anfitrión puede, en la legislación que promueve las inversiones, ofrecer que las controversias que surgieren de ciertas clases de inversión sean sometidas a la jurisdicción del Centro, y el inversor podrá dar su consentimiento al aceptar la oferta por escrito.”

³¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Algunos comentarios a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: contratos públicos y jurisdicción” en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005), 279-288

Experto en juicios arbitrales³², sin embargo, cuando fue considerado por algunos tribunales arbitrales del CIADI, no fue acogido³³, argumentándose en diversos casos que si bien el artículo 22 de la Ley de Inversiones efectivamente contenía una obligación condicional impuesta al Estado de someterse a arbitraje internacional, lo que implicaba que en dicha norma el Estado había expresado su consentimiento, sin embargo, como era posible interpretar gramaticalmente dicha norma en dos formas, ambas válidas; consideraron que no había suficiente evidencia sobre que hubiera sido intención del Estado el someter las controversias al arbitraje internacional. En definitiva, fue por falta de pruebas o evidencias, que los

tribunales ICSID declararon que en dichos casos no tenían Jurisdicción para conocer de las controversias.

En 1999, además de dicha Ley de Promoción y Protección de Inversiones, también se dictaron otras leyes estableciéndose expresamente el arbitraje en materia de contratación pública, como fue el caso de la Ley de Hidrocarburos Gaseosos³⁴, que dispuso que en todas las licencias otorgadas a particulares con el fin de llevar a cabo actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos, se debía considerar incluida una cláusula (aun cuando no estuviese expresada por escrito), que estipulase que “las dudas y controversias de cualquier tipo que pudiesen surgir como

³² Véase Allan R. Brewer-Carías, “El consentimiento del Estado al arbitraje internacional en la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999 y sus vicisitudes,” en *El Derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2016), 129-195

³³ Ese fue el sentido de las decisiones en este punto, entre otros, en los casos CIADI No. ARB/07/27, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezuela de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro Ltd. and Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. vs. República Bolivariana de Venezuela*, decisión en materia de Jurisdicción de 10 de junio de 2010 (Caso Mobil CIADI) (Texto disponible en http://icsid.worldbank.org/ICSID/Front-Servlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1510_En&caseId=C256); Caso CIADI No. ARB/08/15, *Cemex Caracas Investments B.V. and Cemex Caracas II Investments B.V. vs. República Bolivariana de Venezuela*, decisión en materia de Jurisdicción de 30 de diciembre de 2010 (Caso Cemex CIADI) (Texto disponible en http://icsid.worldbank.org/ICSID/Fron-tServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1831_En&caseId=C420); y Caso CIADI No. ARB/08/3, *Brandes Investment Partners, LP vs. República Bolivariana de Venezuela*, decisión del 2 de agosto de 2011 (Caso Brandes CIADI) (Texto disponible en <http://italaw.com/documents/BrandesAward.PDF>). El texto de todas esas decisiones está publicado en Luisa Estela Morales Lamino, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia (Caracas: Fundación Gaceta Forense, 2011), 167–225, 239–282, y 347–382, respectivamente

³⁴ Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (Caracas: Gaceta Oficial No. Gaceta Oficial No. 36.793, 23 de septiembre de 1999)

resultado de la licencia, y que las partes no pudieran resolver en forma amigable, incluso por arbitraje, serán resueltas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin la posibilidad de realizar reclamos extranjeros por ningún motivo o causa” (Artículo 25.6.b). En esta forma, la Ley reconoció en forma expresa la posibilidad de someter a arbitraje las controversias sobre cuestiones relacionadas con las licencias otorgadas por el Estado para la exploración y explotación de los hidrocarburos gaseosos³⁵.

Igualmente, en la Ley sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones³⁶, se dispuso que, en los contratos de concesiones públicas, las partes “pueden acordar en el contrato respectivo someter sus controversias

a la sentencia del Tribunal Arbitral, del cual las partes determinarán de común acuerdo la composición, competencia, procedimiento y ley aplicable, de conformidad con las normas aplicables en la materia.” Esta norma pro arbitraje en un área sensible de los contratos públicos como son las concesiones de obras y servicios públicos, fue reafirmada por un gran número de sentencias dictadas con posterioridad de tribunales venezolanos³⁷.

Esas leyes pro arbitraje se dictaron mientras la Asamblea Nacional Constituyente discutía el texto de la nueva Constitución de 1999 en la cual se estableció la obligación general del Estado de promover el arbitraje para la solución de controversias (art. 258), incorporándose así el arbitraje en la Constitución como un componente

³⁵ En ese sentido véase J. Eloy Anzola, “El fatigoso camino que transita el arbitraje,” en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, 2005), 419, donde expuso: “Debemos suponer que fue realizada con la clara intención de admitir el arbitraje como medio de resolución de conflictos en los contratos de exploración y explotación de conformidad con el texto de la constitución... para incentivar la participación de los particulares, que sin duda se sentirán más cómodos buscando justicia ante un tribunal arbitral, sin la necesidad de recurrir a los tribunales locales”

³⁶ Ley Orgánica sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5394, 25 de octubre de 1999). Véase entre otros Diego Moya-Ocampos Pancera y Maria del Sol Moya-Ocampos Pancera, “Comentarios relativos a la procedencia de las cláusulas arbitrales en los contratos de interés público nacional, en particular: especial las concesiones mineras,” en *Revista de Derecho Administrativo*, No. 19, (Caracas: Editorial Sherwood, 2006), 174; Alfredo Romero Mendoza, “Concesiones y otros mecanismos no tradicionales para el financiamiento de obras públicas”, en *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2000), 28–29

³⁷ Alfredo Romero Mendoza, en *Régimen Legal de las Concesiones Públicas. Aspectos Jurídicos, Financieros y Técnicos*, loc. cit., 12, 28, 29 y 155

más del sistema judicial (Artículo 253); agregándose además, la previsión de que mediante ley debía promoverse “el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos de solución de conflictos”³⁸; todo lo cual podía considerarse como la consagración del arbitraje, como un derecho fundamental³⁹, en la misma línea cómo se había regulado en la Constitución de 1830.

Es decir, fue el mismo texto de la Constitución el que impuso a todos los órganos del Estado la tarea de promover el arbitraje, y establece la posibilidad de someter las disputas a arbitraje, como un derecho constitucional de todos los ciudadanos, todo lo cual confirmó que ya en 1999 había cesado la

cultura de hostilidad hacia el arbitraje. Por el contrario, la Constitución de 1999, las leyes sancionadas por el nuevo Gobierno de 1999, el sistema legal en su totalidad y los instrumentos internacionales de los que Venezuela formaba parte, aceptaban y promovían el arbitraje⁴⁰.

La tendencia ampliamente favorable hacia el arbitraje generada por los decretos ley emitidos por el Presidente Chávez en 1999 fue ratificada dos años más tarde, en 2001, en un nuevo conjunto de leyes que incluyó el reconocimiento general del arbitraje como un medio de resolución de conflictos; entre las cuales se destacó el Código Orgánico Tributario de octubre de 2001, en el cual se incluyó un reconocimiento general del arbitraje

³⁸ Eugenio Hernández Bretón, “Arbitraje y Constitución. El arbitraje como derecho fundamental,” en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, 2005), 25, 27–28, donde se refiere al reconocimiento del arbitraje como medio alternativo de solución de controversias en la Constitución de 1999, y a la promoción del arbitraje como una obligación constitucional de todos los órganos estatales; Sentencia N° 1541 de 2008; Tribunal Supremo de Justicia, Sala constitucional, Sentencia N° 186 del 14 de febrero de 2001 (Caso: Impugnación constitucional de los Artículos 17, 22 y 23 de la Ley de Inversiones de 1999, Fermín Toro Jiménez y Luis Brito García)

³⁹ Sobre el arbitraje como derecho fundamental, véase entre otros Eugenio Hernández Bretón, “Arbitraje y Constitución. El arbitraje como derecho fundamental”, *loc. cit.*, quien observó que la Constitución de 1830 estableció que el arbitraje es un derecho fundamental de los ciudadanos; J. Eloy Anzola, “El faigoso camino que transita el arbitraje,” en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, 2005), 409–410

⁴⁰ El arbitraje del CIADI continuó siendo incorporado en los tratados bilaterales para la promoción y protección de las inversiones, firmados y ratificados a partir de 1999. En ese sentido, véase por ejemplo el Tratado Bilateral de Inversión Venezuela–Francia aprobado mediante Ley Aprobatoria del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (Caracas: Gaceta Oficial No. 37.896, 11 de marzo de 2004)

como recurso para la resolución de controversias entre los contribuyentes y el Estado⁴¹.

Posteriormente, también en el año 2001, se admitió en forma general el arbitraje al establecerlo como un recurso de resolución de disputas entre el Estado y los particulares en un sector muy importante y nacionalizado como era el del petróleo, en casos relacionados con la constitución de compañías mixtas para la explotación de actividades primarias de hidrocarburos. El Decreto Ley N° 1510 del 2 de noviembre de 2001, mediante el cual se sancionó la Ley Orgánica de Hidrocarburos⁴² en ejecución de una nueva Ley Orgánica Habilitante aprobada por la entonces recién electa Asamblea Nacional en noviembre de 2000⁴³, estipuló que en los contratos que celebraran compañías mixtas para la explotación de hidrocarburos debía considerarse incluida, aún sin estar expresa, una cláusula según la cual

“las dudas y controversias de cualquier tipo que puedan suscitarse a partir de la ejecución de las actividades y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje”, debían ser resueltas por los tribunales (Artículo 34.3.b). Esta norma reconoció en forma expresa por Ley la posibilidad de someter a arbitraje la resolución de disputas que se suscitasen de actividades del sector de hidrocarburos cuando se formaron las empresas mixtas con inversionistas privados⁴⁴.

Todos estos decretos ley, y leyes sancionadas por la Asamblea Nacional entre 1999 y hasta el 2001, confirmaron entonces, como lo dijo Juan Carlos Balzán, que en Venezuela, “sin duda existía una tendencia legislativa clara hacia la admisión del arbitraje en los contratos relacionados con la actividad comercial en la Administración Pública”⁴⁵. Por ello igualmente, el profesor Alfredo Mor-

⁴¹ Código Orgánico Tributario, (Caracas: Gaceta Oficial N° 37.305, 17 de octubre de 2001), Arts. 312–326

⁴² Ley Orgánica de Hidrocarburos (Caracas: Gaceta Oficial No. 37.323, 13 de noviembre de 2001).

⁴³ Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Fuerza de Ley en las materias que se delegan (Caracas: Gaceta Oficial No. 37.076, 13 de noviembre de 2000)

⁴⁴ Lo mismo sucedió con la reforma del Estatuto Orgánico para el desarrollo de Guayana, también sancionado por la Ley de Reforma Parcial del Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.553, 12 de noviembre de 2001) y por la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.568, 31 de diciembre de 2001)

⁴⁵ Juan Carlos Balzán, “El arbitraje en los contratos de interés a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución,” *loc. cit.*, 299.

les en 2005 constataba que podía hablarse de una superación de la tradicional hostilidad respecto del arbitraje, expresando que más bien lo que en ese momento había era una actitud favorable hacia el mismo, que ya era objeto de “aceptación prácticamente universal”⁴⁶.

Ello fue además confirmado por la Sala Constitucional en la conocida y ambivalente sentencia N° 1.541 de 17 de octubre de 2008⁴⁷, emitida en respuesta de un recurso de interpretación intentado por el Procurador General de la República, supuestamente del Artículo 258 de la

Constitución, el cual, en realidad, por su claridad, no requería de interpretación alguna. El recurso, en realidad, lo que buscaba era que la Sala Constitucional interpretara el artículo 22 de la Ley de Inversiones⁴⁸. Como lo destacó J. Eloy Anzola en sus comentarios sobre la sentencia, ello derivaba del hecho de que los representantes de la República al presentar la solicitud de interpretación, “no ocultaron la verdadera intención del recurso” que era obtener “la interpretación de la norma legal en lugar de la

⁴⁶ Alfredo Morles Hernández, “La inmunidad de jurisdicción y las operaciones de crédito público,” en *Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Vol. III, (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1979), 1717; Alfredo Morles Hernández, “Presentación,” en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005), 12–13

⁴⁷ Disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1541-171008-08-0763.htm>; y en la Gaceta Oficial N° 39.055, 10 de noviembre de 2008. Véase el texto igualmente en Luisa Estela Morales Lamuño, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia, (Caracas: Fundación Gaceta Forense, 2011), 53–121. Sobre la sentencia véanse los comentarios de Tatiana B. de Maekelt; Román Duque Corredor; Eugenio Hernández-Bretón, “Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 17 de octubre de 2008, que fija la interpretación vinculante del único aparte del art. 258 de la Constitución de la República,” No. 147 (Caracas, 2009), 347–368; Eugenio Hernández Bretón, “El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano,” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 147, (Caracas 2009), 148–161; Ian A. Laird and Todd J. Weiler (Ed.), *Arbitraje del Tratado de Inversiones y el Derecho Internacional*, Vol. 2, (JurisNet LLC, 2009), 92–109; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Tesis de maestría, Universidad Central de Venezuela, (Caracas, 2010), 180–193; Victorino Tejera Pérez, “Las leyes de Inversiones Municipales, ¿Siempre constituyen una oferta unilateral de arbitraje? La Ley de Inversiones venezolana: Un estudio de casos”, *loc. cit.*, 92–109; Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones*, Tesis de maestría, *loc. cit.*, 180–193

⁴⁸ Como lo precisó la entonces presidenta de la Sala Constitucional, quien fue ponente de la sentencia: “dicha sentencia fue dictada con ocasión a la interpretación conforme a la Constitución vigente, del artículo 22 de la Ley de promoción y Protección de Inversiones, dada la solicitud formulada por la Procuraduría General de la República y de connotados abogados externos, y vista la necesidad de fijar sus efectos para la procedencia o no del arbitraje, como mecanismo válido para disipar diferencias relativas a la inversión entre la república y los inversionistas extranjeros.” Véase Luisa Estela Morales Lamuño, *Venezuela en el contexto del arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales relevantes*, Tribunal Supremo de Justicia, (Caracas: Fundación Gaceta Forense, 2011), 8

constitucional”⁴⁹, buscando que se declarara “que el Artículo 22 de la Ley de Inversiones no preveía dicho consentimiento”, que era “a lo que apunta la sentencia”⁵⁰. El resultado fue que la Sala efectivamente dijo lo que el Poder Ejecutivo le pidió⁵¹, teniendo en cuenta para ello, por supuesto, el cúmulo de casos que se habían decidido contra Venezuela en el CIADI para ser resueltos mediante arbitraje con base en el consentimiento expreso dado por el Estado en el artículo 22 de la Ley de Inversiones. A pesar de la desviación de la sentencia, sin embargo, debe reconocerse que la misma, en una especie de “compensación,” en su parte motiva definitivamente reforzó la aceptación general del arbitraje como medio alternativo de administración de justicia en el país.

En todo caso, las críticas a la sentencia por la abusiva interpretación dada sobre el artículo 22 de la Ley de Inversiones no cesaron, habiendo la propia Sala Constitucional, de oficio, emitido una “respuesta” a esas críticas⁵², publicando en una forma inusual un *Boletín de Prensa* en su sitio web el 15 de junio de 2009 (“Autor: Prensa TSJ”)⁵³, en el cual decidió expresar algunas conclusiones sobre el alcance de la sentencia N° 1541 de 2008, sin que nadie lo hubiese solicitado, es decir, sin ningún proceso constitucional o ningún procedimiento en contrario que lo exigiese. Se trató, por tanto, de una especie de aclaratoria de oficio de “sentencia por medio de Boletín de Prensa”⁵⁴, en la cual el Tribunal Supremo hizo referencia, entre otros temas, precisamente al Artículo 22

⁴⁹ J. Eloy Anzola, “Luces desde Venezuela: La Administración de la Justicia no es monopolio exclusivo del Estrado,” en *Revista del Club Español de Arbitraje*, No. 4, (Caracas, 2009), 64

⁵⁰ *Ídem*, 73–74

⁵¹ Véanse los comentarios sobre la ineficacia de dicha revocación sin reformar la Ley respecto del arbitraje internacional, en Andrés A. Mezgravis, “El estándar de interpretación aplicable al consentimiento y a su revocatoria en el arbitraje de inversiones,” en *Tratado de Derecho Arbitral*, Vol. II, (Bogotá: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 858–859

⁵² Véase la entrevista de Carlos Díaz con Luis Britto García en relación con la sentencia de la Sala Constitucional N° 97 del 11 de febrero de 2009: “Perdimos el derecho a ser juzgados según nuestras leyes, nunca las juntas arbitrales foráneas han favorecido a nuestro país,” (Caracas: La Razón, 2009) disponible en: <http://luisbrittogarcia.blogspot.com/2009/06/tsj-lesiono-soberania.html>

⁵³ Disponible en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/-notasdeprensa.asp?codigo=6941>

⁵⁴ Luis Britto García, “¡Venezuela será condenada y embargada por jueces y árbitros extranjeros!,” disponible en <http://www.apo-rrea.org/actualidad/a80479.html>. Véase también Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre el ‘Caso: Consolidación de la inmunidad de jurisdicción del Estado frente a tribunales extranjeros,’ o de cómo el Tribunal Supremo adopta decisiones interpretativas de sus sentencias, de oficio, sin proceso ni partes, mediante ‘Boletines de Prensa,’” en *Revista de Derecho Público*, No. 118, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2009, 319-330)

de la Ley de Inversiones al “declarar” que:

Las sentencias [del Tribunal Supremo] eliminan el riesgo que implica interpretar el Artículo 22 de la Ley de Inversiones como una oferta abierta o invitación por parte de Venezuela de someterse a la competencia de otros países, como se ha tratado de explicar en el Foro Internacional, por parte de sujetos con intereses contrarios a los de la República Bolivariana de Venezuela, como es el caso de la gran transnacional del sector de la energía.

Esta nota de prensa lo que confirmó fue que la sentencia N° 1.541 de 2008 de la Sala Constitucional había sido producto de la influencia política ejercida por el Ejecutivo sobre el Poder Judicial para tratar de reafirmar la posición del Estado en los casos pendientes ante el CIADI. La Sala Constitucional por lo demás, actuó *ultra vires* cuando decidió interpretar el Artículo 22 de la Ley de Inversiones de 1999 ante la solicitud del Gobierno de la República⁵⁵, ya que la Sala Político-Administrativa era la que tenía la competencia exclusiva para interpretar leyes por medio de recursos de interpretación de las mismas. Sin embargo, como se dijo,

la Sala procedió a interpretar dicho artículo con la excusa de interpretar el Artículo 258 de la Constitución que no requería interpretación alguna.

En todo caso, el propósito inmediato de tratar de evadir la jurisdicción de los tribunales arbitrales internacionales fue tan claro, que después de las varias decisiones dictadas contra Venezuela, y en virtud de la existencia de otros casos pendientes de ser resueltos ante el CIADI y entre otros tribunales arbitrales internacionales (como los de la Cámara de Comercio Internacional), el 24 de enero de 2012 el gobierno de Venezuela oficialmente denunció la Convención CIADI, retirándose el Estado de la misma en forma irrevocable. Dicho retiro, de acuerdo con el artículo 71 de la Convención, comenzó a surtir efectos a los seis meses después de la recepción de la notificación de Venezuela, es decir, el 25 de julio de 2012.

En el Comunicado oficial del gobierno de Venezuela justificando la decisión del país de salirse del

⁵⁵ Allan R. Brewer-Carías, “La Sala Constitucional vs. La competencia judicial en materia de interpretación de las leyes,” en *Revista de Derecho Público*, N.º 123, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2010), 187-196

Convenio CIADI⁵⁶ se mencionó que su ratificación en 1993 había sido efectuada por un “gobierno débil” sin legitimidad popular bajo la presión de sectores económicos tradicionales que supuestamente habían participado en el desmantelamiento de la soberanía nacional de Venezuela, refiriéndose sin duda al Gobierno del Presidente Ramón J. Velásquez (1993–1994)⁵⁷.

Al contrario de dicha afirmación, dicho gobierno transitorio del Presidente Velásquez – del cual me honro en haber formado parte – fue uno muy importante que se configuró por designación del Congreso, con el apoyo de todos los partidos políticos, luego de que en junio de 1993 resolviera remover de su cargo al Presidente Carlos Andrés Pérez, a los efectos de completar su período constitucional. Dicho gobierno de transición tuvo la importante misión de asegurar la continuidad del régimen democrático en el país, y particularmente, de la realización exitosa de las

elecciones presidenciales que se llevaron a cabo en diciembre de 1993. Dicho gobierno asumió la continuidad de la conducción del Estado en medio de la grave crisis política y económica existente, teniendo para ello toda la legitimidad necesaria derivada de la Constitución. Durante el mismo se adoptaron importantes decisiones en muchos campos⁵⁸, al igual que en materia de promoción y protección de inversiones, como fue la firma del Convenio CIADI, de acuerdo con la política general prevaleciente de atraer inversiones internacionales al país.

Por otra parte, en el “Comunicado Oficial” del gobierno de Venezuela del 24 de enero de 2012 a los efectos de justificar la salida de Venezuela de la Convención CIADI, también se expresó que el texto del artículo 151 de la Constitución de 1999⁵⁹ supuestamente invalidaba en su espíritu y en sus palabras las previsiones de la Convención CIADI, lo que sólo evidenció la más

⁵⁶ Véase el texto del “Comunicado Oficial” en <http://www.noti-cierodigital.com/2012/01/ramirez-ratifica-salida-de-venezuela-del-ciadi/>

⁵⁷ En dicho gobierno, el autor de este Prólogo participó como Ministro para la Descentralización

⁵⁸ *Ramón J. Velásquez. Estudios sobre una trayectoria al servicio de Venezuela*, Universidad Metropolitana. Universidad de Los Andes–Táchira (Caracas, 2003)

⁵⁹ Enmienda No. 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.908, 19 de febrero de 2009). Véanse en general los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999 y la Enmienda Constitucional N° 1 de 2009*, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011); y en *Constitutional Law*. Venezuela, Supplement 97, International Encyclopaedia of Laws, Kluwer, Belgium 2012

completa ignorancia del gobierno en relación con el sentido y significado de dicha previsión constitucional, en la cual, al contrario, se establece expresamente el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción del Estado⁶⁰, siguiendo la tradición constitucional que comenzó en el texto de 1947, y que permite el arbitraje internacional en controversias derivadas de contratos de interés público, excepto cuando por la naturaleza del objeto de los mismos ello fuere improcedente.

En todo caso, la decisión del gobierno de “huir del CIADI”⁶¹ ignorando la importancia de la Convención para atraer inversionistas internacionales, se completó dos años después con la derogación de la propia Ley de Promoción y Protección de Inversiones 1999, al sancionarse la Ley de Inversiones

Extranjeras de 2014⁶² en la cual se eliminó el antes mencionado artículo 22.

A partir de esos eventos puede decirse que al país volvió la tendencia a estigmatizar el arbitraje en el derecho público, pasándose a prohibirlo tácitamente en la práctica o a encubrirlo en muchos contratos públicos, hasta que sorpresivamente reapareció de nuevo como política general en 2020 promovida por el Estado en una llamada “Ley Constitucional” (figura por demás inexistente en el ordenamiento constitucional venezolano, conforme al cual el único órgano con competencia para sancionar leyes es la Asamblea Nacional)⁶³, denominada *Ley antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos*⁶⁴, dictada por

⁶⁰ Tatiana B. de Mackelt, “Inmunidad de Jurisdicción de los Estados,” en *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Vol. 1, (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1982), 213

⁶¹ James Otis Rodner, “Huyendo del CIADI,” en *El Universal*, (Caracas, 2012), disponible en <http://www.eluniver-sal.com:80/opinion/120207/huyendo-del-ciadi>

⁶² Dictada por Decreto Ley No. 1.438 (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.152, 18 de noviembre de 2014)

⁶³ Allan R. Brewer-Carías, *Usurpación Constituyente 1999, 2017. La historia se repite: una vez como farsa y la otra como tragedia*, Colección Estudios Jurídicos, No. 121, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2018)

⁶⁴ Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos (Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.583, 12 de octubre de 2020. Véase también los comentarios críticos sobre la Ley en Alejandro González Valenzuela, “Ley Antibloqueo: Hacia el deslinde definitivo con la Constitución y el Estado de derecho,” *Bloque Constitucional* (Caracas, 2020), disponible en: <https://bloqueconstitucional.com/ley-antibloqueo-hacia-el-deslinde-definitivo-con-la-constitucion-y-el-estado-de-derecho/>; José Guerra, en “Ley Antibloqueo es un golpe de Estado,” reseña de Enrique Meléndez, en *La Razón*, (Caracas, 2020), disponible en: <https://www.larazon.net/2020/10/jose-guerra->

la inconstitucional y fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente.

Mediante este instrumento, con el objeto de obtener “recursos adicionales” (art. 18), el gobierno supuestamente definió la implementación de un “cambio” de política económica consistente en desestatizar, desnacionalizar y privatizar indiscriminadamente y en secreto, la economía, y realizar nuevas negociaciones de financiamiento público, para supuestamente atender necesidades en el país; pero todo ello, subvirtiendo totalmente el ordenamiento jurídico, el cual conforme a las previsiones de la llamada Ley podría ser “desaplicado” sin límites por el Ejecutivo Nacional⁶⁵.

Entre las políticas que se definen en la Ley está la de *protección de la inversión extranjera*, disponiéndose en su artículo 34 que en los contratos públicos que celebre el Estado para ello se pueden suscribir “cláu-

sulas” de “resolución de controversias,” entre las cuales está, sin duda, la figura del arbitraje, y particularmente, del arbitraje internacional, incluso sin necesidad de que se tengan que agotar los recursos internos para poder acudir al arbitraje, como se había propuesto en el “Proyecto” de Ley que se sometió a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente⁶⁶.

De todo lo antes expuesto, podemos concluir afirmando que aun en medio del vaivén que históricamente se puede apreciar en relación con el arbitraje en el derecho público, lo cierto es que, sin duda, el mismo ha probado ser un efectivo mecanismo alternativo de resolución de conflictos que tiene que seguir abriéndose camino, incluso en sectores que otrora estaban vedados, como es el caso no solo de la contratación pública sino por ejemplo de los conflictos relacionados con la aplicación de los tributos (impuestos, tasas

ley-antibloqueo-es-un-golpe-de-estado/; y en *Acceso a la Justicia ONG*, “Ley Antibloqueo de la Irrita Constituyente en seis preguntas, en *Acceso a la Justicia*, (2020), disponible en: <https://www.accesoalajusticia.org/ley-antibloqueo-de-la-irrita-constituyente-en-seis-preguntas/>

⁶⁵ Allan R. Brewer-Carías, “El último golpe al Estado de derecho: una “ley constitucional” “antibloqueo” para rematar y repartir los despojos de la economía estatizada, en un marco secreto y de inseguridad jurídica basado en la “inaplicación” discrecional de leyes por parte del Ejecutivo Nacional,” (New York, 2020), disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/10/2131.-brewer.-ultimo-golpe-al-estado-de-derecho.-ley-antibloqueo.-18oct-2020.pdf>

⁶⁶ Allan R. Brewer-Carías, “Proyecto de ley antibloqueo: una monstruosidad jurídica para desaplicar, en secreto, la totalidad del ordenamiento jurídico,” (New York, 2020), disponible en: <https://bloqueconstitucional.com/efectos-del-informe-de-la-mision-internacional-independiente-sobre-revoluciones-a-los-derechos-humanos-en-venezuela-en-relacion-con-el-estado-de-derecho-y-las-elecciones/>

y contribuciones), tanto a nivel interno como internacional, aun cuando esto último aún no se haya consolidado⁶⁷.

⁶⁷ Como lo expresó Luis Fraga Pittaluga, “desde hace mucho tiempo existe una decidida tendencia hacia la aceptación de los medios alternativos de resolución de conflictos en el ámbito tributario,” siendo también cierto “que incluso, con las disposiciones del Código Orgánico Tributario, el mismo no ha logrado consolidarse como debía haber ocurrido. Al respecto, véase Luis Fraga Pittaluga, *Arbitraje Tributario interne e internacional*, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2020)

El principio kompetenz-kompetenz en la jurisprudencia estadounidense: un análisis comparado del caso *Henry Schein v Archer & White*

Javier Íscar de Hoyos*

Principia No. 5–2021 pp 53-88

Resumen: Este artículo versará sobre (i) la aplicación del principio kompetenz-kompetenz en la Jurisprudencia Estadounidense de acuerdo con los argumentos esgrimidos en el caso *Henry Schein*, (ii) El criterio recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 27 de junio de 2017 y (iii) un análisis comparativo del alcance adoptado por el Tribunal Supremo de EE.UU., y el Tribunal Supremo de España.

Abstract: This article will address (i) the application of the kompetenz-kompetenz principle in US jurisprudence following the arguments of the *Henry Schein* case, (ii) the criteria covered by the Spanish Supreme Court in its judgment of June 27, 2017, and (iii) comparative analysis of the approaches adopted by the USA and Spanish's Supreme Courts.

Palabras Claves: kompetenz-kompetenz, *Henry Schein*, jurisprudencia.

Keywords: kompetenz-kompetenz, *Henry Schein*, jurisprudence.

* Socio Director en Íscar Arbitraje. Árbitro

Sumario: I. Introducción, II. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso Henry Schein Inc. et al v. Archer & White Sales, Inc., A. Antecedentes jurisprudenciales del caso Henry Schein, 1. La competencia para decidir sobre la existencia y validez del convenio arbitral: John Wiley & Sons Inc. v. Livingston y Prima Paint Corp. v. Flood & conklin mfg. Co., 2. Alcance del convenio de arbitraje: clear and unmistakable evidence test, 3. First options of Chicago v. Kaplan, 4. La jurisprudencia del wholly groundless test, B. Estado de la cuestión en la jurisprudencia estadounidense antes del dictado de Henry Schein v. White, 1. Clear and unmistakable evidence test, 2. Wholly groundless test, C. La nueva decisión del TS EE.UU., en Henry Schein, Inc. et al. v. Archer & White Sales, Inc., 1. Hechos del caso y antecedentes procesales, 2. Posición expuesta por el profesor George. A. Bermann como *amicus curiae*, 3. Análisis de la decisión del TS EE.UU., en el caso Henry Schein, Inc. et al. v. archer & White Sales, Inc., III. Posición del Tribunal Supremo español en la sentencia de 27 de junio de 2017, A. Supuesto de hecho, B. Decisión, C. Valoración de la sentencia del tribunal supremo de 27 de junio de 2017, IV. Reflexiones sobre el enfoque adoptado por el TS EE.UU., en Henry Schein frente al criterio del Tribunal Supremo español en su sentencia de 27 de junio de 2017, V. Conclusión

I. Introducción

El pasado 8 de enero de 2019, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (“TS EE.UU.”) dictó su decisión sobre el caso Henry Schein, Inc. et al. v. Archer & White Sales, Inc. En esta resolución declaró que el denominado wholly groundless test aplicado por diversas Cortes de Apelación estadounidenses resulta contrario al Federal Arbitration Act de 1925 (“FAA”).

El wholly groundless test permitía a los órganos judiciales estadounidenses pronunciarse sobre la arbitralidad de la controversia incluso en aquellos casos en los que las partes habían remitido esta cuestión a los árbitros de forma clara e inequívoca. Así, si el tribunal competente consideraba que el objeto del pleito quedaba claramente fuera del alcance del convenio arbitral, el órgano judicial estaba facultado para declarar

que la controversia no era arbitrable (el “Wholly Groundless Test”).

Antes del dictado de la sentencia del caso Henry Schein, el Wholly Groundless Test convivía con otro control de arbitrabilidad de aplicación preferente, que, como se ha dicho, requería la existencia de una evidencia clara e inequívoca de que las partes habían sometido a los árbitros la competencia para decidir sobre su propia competencia (“Clear and Unmistakable Evidence Test”).

En Henry Schein, el TS EE.UU., ha declarado que el Wholly Groundless Test resulta contrario al FAA. Además, la decisión del TS EE.UU., ha arrojado luz sobre la forma en que ha de interpretarse el Clear and Unmistakable Evidence Test, el cual venía siendo objeto de profunda discusión desde hace años, como luego veremos.

Esta resolución contrasta con la posición adoptada por el Tribunal Supremo español en su sentencia de 27 de junio de 2017, donde acogió la tesis «débil» del principio kompetenz-kompetenz. Resulta destacable que, a pesar de que el principio kompetenz-kompetenz no esté consagrado en la FAA, el TS EE.UU., haya decidido utilizar un enfoque mucho más respetuoso con este

principio que el empleado por el Alto Tribunal español.

El presente artículo abordará (i) la aplicación del principio kompetenz-kompetenz en la jurisprudencia estadounidense a raíz del dictado del caso Henry Schein, (ii) el criterio amparado por el Tribunal Supremo español en su sentencia de 27 de junio de 2017, y (iii) el análisis comparado de los enfoques adoptados por el TS EE.UU., y el Tribunal Supremo español.

II. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso Henry Schein Inc. et al v. Archer & White Sales, Inc.

Si bien el caso Henry Schein resuelve varias de las dudas más discutidas en los últimos años respecto de la aplicación del principio kompetenz-kompetenz, su estudio requiere un análisis sistemático de los precedentes jurisprudenciales sobre la materia dictados por el TS EE.UU.,

Con esta finalidad, este epígrafe abordará (i) los antecedentes jurisprudenciales del caso Henry Schein, (ii) el estado de la cuestión en la doctrina científica estadounidense antes del dictado de la presente resolución, y (iii) el contenido de la

decisión del TS EE.UU., en el caso Henry Schein.

A. Antecedentes jurisprudenciales del caso Henry Schein

Antes de analizar la nueva decisión del TS EE.UU., debemos referirnos, como *prius lógico*, a un conjunto de resoluciones que han configurado tanto (i) el *Clear and Unmistakable Evidence Test*, como el (ii) *Wholly Groundless Test*. El estudio de estas resoluciones también resulta necesario a los efectos de abordar las causas por las que la decisión del TS EE.UU., ha permitido aclarar el modo en el que debe enjuiciarse si los árbitros pueden o no decidir sobre supropia competencia.

1. La competencia para decidir sobre la existencia y validez del convenio arbitral: John Wiley & Sons Inc. v. Livingston y Prima Paint Corp. v. Flood & conklin mfg. Co.

La primera decisión relevante en esta materia fue emitida por el TS EE.UU., en el caso *John Wiley & Sons Inc. v. Livingston*¹. En el supuesto enjuiciado, John Wiley & Sons, Inc. (“Wiley”) absorbió la sociedad Interscience Publishers, Inc.

(“Interscience”). Antes de la absorción, el cincuenta por ciento de los empleados de Interscience estaban representados por un sindicato (el “Sindicato”) de acuerdo con un convenio colectivo que contenía una cláusula arbitral.

Así, de un lado, los empleados de Wiley –sociedad de mayor tamaño y número de trabajadores que Interscience – no contaba con ningún sindicato que los representara; de otro lado, el Sindicato sostuvo que el convenio colectivo suscrito con Interscience vinculaba a la sociedad absorbente, lo que fue rechazado por ésta. En consecuencia, el Sindicato inició un procedimiento arbitral contra Wiley con respecto a distintas disputas que estaban cubiertas por el convenio suscrito con Interscience. Por su parte, Wiley se opuso al procedimiento arbitral alegando que el tribunal arbitral no tenía competencia para resolver la disputa, dado que Wiley nunca había firmado el convenio colectivo y, en todo caso, la absorción había causado la extinción del referido convenio.

La cuestión fundamental que debía resolverse era (i) si existía un convenio arbitral válidamente suscrito

¹ *John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston*, 376 U.S. 543 (1964).

entre el Sindicato y Wiley, y (ii) si debían ser los órganos judiciales o los árbitros quienes decidieran esta cuestión².

El TS EE.UU., decidió que eran los órganos judiciales quienes, de forma imperativa, debían decidir si un tercero no signatario estaba vinculado por el convenio arbitral³.

En segundo lugar, debemos referirnos a otra resolución emitida por el TS EE.UU., tres años más tarde, estos, en 1967: el caso *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*⁴.

En esta resolución, *Prima Paint Corporation* (“Prima”) y *Flood & Conklin Manufacturing Company* (“Flood”) celebraron un contrato de consultoría que contenía una cláusula arbitral que estipulaba: «[a]ny controversy or claim arising out of or relating to this Agreement, or the breach there of, shall be set-

led by arbitration in the City of New York, in accordance with the rules then obtaining of the American Arbitration Association [...]». Prima incumplió su obligación de realizar uno de los pagos acordados y Flood inició un procedimiento arbitral en el que exigía que se le abonaran las cantidades debidas. Por su parte, Prima se personó ante los tribunales y solicitó que se declarara que el contrato de consultoría era nulo. Además, Prima solicitó que se emitiera una orden en la que se prohibiera a Flood la continuación del procedimiento arbitral.

Por su parte, el TS EE.UU., estableció que la cuestión que debía ser enjuiciada era «whether claim of fraud in the inducement of the entire contract is to be resolved by the federal court, or whether the matter is to be referred to the arbitrators⁵».

² *Vid.* nota al pie nº 1: «*The threshold question in this controversy is who shall decide whether the arbitration provisions of the collective bargaining agreement survived the Wiley-Interscience merger, so as to be operative against Wiley [...] [h]ere, the question is whether Wiley, which did not itself sign the collective bargaining agreement on which the Union’s claim to arbitration depends, is bound at all by the agreement’s arbitration provision*».

³ S. H. Reisinger, *The rules governing who decides jurisdictional issues: First Options v. Kaplan revisited*, 20 *American Review of International Arbitration* 159 (2009),

p. 3: «*Past cases leave no doubt that the threshold issue of whether a non-signatory is bound by an arbitration clause is for the courts, not the arbitrators. As the Court explained, this must be the case because the “duty to arbitrate being of contractual origin, a compulsory submission to arbitration cannot precede judicial determination that the collective bargaining agreement does in fact create such a duty.” [...] “Thus, just as an employer has no obligation to arbitrate issues which it has not agreed to arbitrate, so a fortiori, it cannot be compelled to arbitrate if an arbitration clause does not bind it at all.”*».

⁴ *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395 (1967).

⁵ *Vid.* nota al pie nº 4.

El TS EE.UU., resolvió que los órganos judiciales deben permitir que la controversia sea remitida a arbitraje una vez que hayan podido comprobar que las partes celebraron válidamente el pacto arbitral, tal y como establece la Sección 4 de la FAA⁶.

En definitiva, de acuerdo con los casos John Wiley & Sons y Prima Paint Corporation, en aquellos supuestos en los que la existencia y validez del convenio de arbitraje sea puesta en tela de juicio, la arbitrabilidad de la controversia debe ser determinada por los órganos judiciales.

2. Alcance del convenio de arbitraje: clear and unmistakable evidence test

La siguiente resolución que debe traerse a colación es la correspondiente al caso *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers of America*⁷, dictado en 1986.

En esta disputa, AT&T Technologies, Inc. (“AT&T”) y Communications Workers of America (“CWA”) celebraron un contrato que, según se describe en la resolución

del TS EE.UU., contenía las siguientes estipulaciones:

«[article 8]:

If the National and the Company fail to settle by negotiation any differences arising with respect to the interpretation of this contract or the performance of any obligation hereunder, such differences shall (provided that such dispute is not excluded from arbitration by other provisions of this contract, and provided that the grievance procedures as to such dispute have been exhausted) be referred upon written demand of either party to an impartial arbitrator mutually agreeable to both parties.

[article 9]:

The Union recognizes the right of the Company (subject to the limitations contained in the provisions of this contract, but otherwise not subject to the provisions of the arbitration clause) to exercise the functions of managing the business which involve, among other things, the hiring and placement of Employees, the termination of employment, the assignment of work, the determination of methods and equipment to be used, and the control of the conduct of work.

[article 20]:

[when lack of work necessitates Layoff, Employees shall be Laid-Off in accordance with Term of Employment and by Layoff groups as set forth in the following

⁶ Vid. nota al pie n° 4: «Accordingly, if the claim is fraud in the inducement of the arbitration clause itself

⁷ *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers of America*, 475 U.S. 643 (1986).

[subparagraphs stating the order of layoff].»

En esta controversia, la cuestión sobre la que tuvo que pronunciarse el TS EE.UU., no se refería a la existencia y/o validez de la cláusula compromisoria, sino al *alcance* que debía atribuirse a dicha cláusula.

CWA interpuso una solicitud de arbitraje contra la decisión de AT&T de despedir a setenta y nueve empleados. AT&T procedió al despido de los trabajadores afirmando que la extinción de la relación laboral se amparaba en lo previsto en la cláusula 20 del convenio colectivo. CWA sostuvo que el despido colectivo infringía la reiterada cláusula 20 debido a que no se había producido una reducción de la producción que justificara la medida.

La Corte Federal del Distrito interpretó que la posición de CWA era, cuanto menos, *defensible*, y, en consecuencia, decidió que la disputa debía ser decidida por el árbitro. La Corte de Apelación del Séptimo Circuito confirmó la decisión de instancia.

Para resolver esta cuestión, el TS EE.UU., expuso los cuatro principios que conformaron el marco jurídico aplicable:

«The first principle gleaned from the Trilogy is that “arbitration is a matter of contract, and a party cannot be required to submit to arbitration any dispute which he has not agreed so to submit.” [...]

The second rule, which follows inexorably from the first, is that the question of arbitrability - whether a collective bargaining agreement creates a duty for the parties to arbitrate the particular grievance - is undeniably an issue for judicial determination. Unless the parties clearly and unmistakably provide otherwise, the question of whether the parties agreed to arbitrate isto be decided by the court, not the arbitrator⁸. [...]

The third principle derived from our prior cases is that, in deciding whether the parties have agreed to submit a particular grievance to arbitration, a court is not to rule on the potential merits of the underlying claims. Whether “arguable” or not, indeed even if it appears to the court to be frivolous, the union’s claim that the employer has violated the collective bargaining agreement is to be decided not by the court asked to order arbitration, but, as the parties have agreed, by the arbitrator. [...]

⁸ *Operating Engineers v. Flair Builders, Inc.*, 406 U. S. 487, 406 U. S. 491 (1972); *Atkinson v. Sinclair Refining Co.*, 370 U. S. 238, 370 U. S. 241 (1962), *Boys Markets, Inc. v. Retail Clerks*, 398 U. S. 235 (1970); y *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U. S. 614, 473 U. S. 626 (1985) vía *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers of America*, 475 U. S. 643 (1986).

Finally, it has been established that, where the contract contains an arbitration clause, there is a presumption of arbitrability in the sense that “[a]n order to arbitrate the particular grievance should not be denied unless it may be said with positive assurance that the arbitration clause is not susceptible of an interpretation that covers the asserted dispute. Doubts should be resolved in favor of coverage.”»

Así, sobre la base de los principios expuestos, el TS EE.UU., concluyó que la Corte de Apelación del Séptimo Circuito había errado en su decisión, al no entrar a valorar si las partes habían decidido someter a arbitraje las controversias relativas a los despidos que pudieran realizarse de conformidad con la cláusula 20 del convenio.

En el presente caso, la existencia y validez del convenio arbitral no constituían cuestiones litigiosas. Por el contrario, los principios sobre los que descansa la resolución del TS EE.UU., parten de la base de que lo que debía determinarse era el *alcance* del convenio arbitral⁹.

Además, en *AT&T v. CWA*, el TS EE.UU., declaró que la cuestión de la arbitrabilidad de la controversia debía ser enjuiciada por los órganos

judiciales, *a menos que las partes hayan acordado de forma clara e inequívoca que la competencia del tribunal arbitral será decidida por los árbitros.*

3. First options of *Chicago v. Kaplan*

A partir de las tres resoluciones analizadas en los apartados anteriores, puede interpretarse que el TS EE.UU., ha distinguido entre dos tipos de situaciones en las que la competencia para enjuiciar la controversia debe ser determinada:

Primera, aquellas en las que la propia existencia y validez del convenio arbitral es cuestionada por los litigantes. En estos casos, de conformidad con la Sección 4 del FAA, esta disputa será decidida por los tribunales estadounidenses.

Segunda, aquellos otros casos en los que la existencia y validez de la cláusula compromisoria no resulta controvertida, pero donde el *alcance* del contrato de arbitraje no está fijado con claridad. Cuando se da este escenario, el TS EE.UU., determinó que la competencia para decidir la jurisdicción del tribunal arbitral

⁹ S. H. Reisberg, *Op. cit.*, p. 5.

corresponde también a los órganos judiciales, «*unless the parties clearly and unmistakably provide otherwise*».

Fijado el criterio mantenido por el TS EE.UU., hasta 1995, conviene referirnos al último antecedente jurisprudencial cuyo estudio resulta necesario a los efectos de analizar el estado de la cuestión antes del dictado de la sentencia del caso *Henry Schein v. Archer & White Sales*, esto es, el caso *First Options of Chicago v. Kaplan*¹⁰.

En esta controversia, First Options of Chicago (“First Options”) suscribió un contrato de reestructuración de deudas con D. Manuel Kaplan, su esposa y la sociedad de la que era propietario el Sr. Kaplan: MK Investments, Inc. (“MKI”). El contrato de reestructuración de deudas estaba compuesto por cuatro documentos; a su vez, uno de ellos contenía una cláusula arbitral, la cual únicamente fue suscrita por la sociedad, MKI.

Tras la firma del contrato de reestructuración, la parte deudora no

pudo llevar a buen término el cumplimiento del acuerdo, por lo que First Options requirió el pago del total de la deuda y solicitó el inicio de un arbitraje ante la Philadelphia Stock Exchange.

MKI se mostró conforme con el inicio del arbitraje. Sin embargo, el Sr. y Sra. Kaplan rechazaron que se encontraran vinculados por la cláusula arbitral dado que no habían suscrito el referido compromiso, por lo que solicitaron a los tribunales nacionales que declararan que el arbitraje no podía tramitarse frente a ellos.

En esta controversia, el TS EE.UU., abordó el problema de *quién debe tener la facultad principal de decidir sobre la arbitrabilidad de la controversia*¹¹. En efecto, se trata de un asunto de evidente importancia práctica, dado que el *estándar de revisión* con el que los órganos judiciales deben enjuiciar esta materia depende del entendimiento que se alcance sobre si las partes decidieron o no someter la controversia a arbitraje¹².

¹⁰ *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995).

¹¹ *Vid.* nota al pie nº 10: «*who should have the primary power to decide [the arbitrability of the dispute]*».

¹² *Vid.* nota al pie nº 10: «*We believe the answer to the “who” question (i. e., the standard-of-review question) is fairly simple. Just as the arbitrability of the merits of a dispute depends upon whether the parties agreed to arbitrate that dispute, see, e. g., Mastrobueno v. Shearson Lehman Hutton, Inc., ante, at 57; Mitsubishi*

En este nuevo pronunciamiento, el TS EE.UU., fundó su decisión en el criterio ya expuesto en el caso *AT&T v. CWA*, al resolver:

«This Court, however, has (as we just said) added an important qualification, applicable when courts decide whether a party has agreed that arbitrators should decide arbitrability: Courts should not assume that the parties agreed to arbitrate arbitrability unless there is “clear and unmistakable” evidence that they did so. *AT&T Technologies*, supra, at 649; see *Warrior & Gulf*, supra, at 583, n. 7. **In this manner the law treats silence or ambiguity about the question “who (primarily) should decide arbitrability” differently from the way it treats silence or ambiguity about the question “whether a particular merits-related dispute is arbitrable because it is within the scope of a valid arbitration agreement”**—for in respect to this latter question **the law reverses the presumption**»

Si bien en *AT&T v. CWA*, resulta claro que el *Clear and Unmistakable*

Evidence Test se aplica, exclusivamente, a aquellas controversias en las que se discuta el alcance del convenio arbitral, en *First Options v. Kaplan* no parece existir esta limitación. En efecto, el Sr. y la Sra. Kaplan negaban haber suscrito convenio arbitral alguno con *First Options*. Por tanto, el TS EE.UU., parece sugerir que esta regla puede/debe extenderse a todo supuesto relativo a la determinación de la arbitrabilidad de la disputa.

Por otro lado, el TS EE.UU., afirma que en los supuestos en los que el alcance del convenio arbitral resulte incierto, operará la presunción en favor del arbitraje mencionada¹³. Sin embargo, el TS EE.UU., también señala que la competencia para analizar la jurisdicción del tribunal arbitral constituye una materia que requiere un tratamiento especial, de forma que, cuando se discuta si los árbitros pueden decidir sobre la arbitrabili-

Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U. S. 614, 626 (1985), so the question “who has the primary power to decide arbitrability” turns upon what the parties agreed about that matter. Did the parties agree to submit the arbitrability question itself to arbitration? If so, then the court’s standard for reviewing the arbitrator’s decision about that matter should not differ from the standard courts apply when they review any other matter that parties have agreed to arbitrate. See *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers*, 475 U. S. 643, 649 (1986) (parties may agree to arbitrate arbitrability); *Steelworkers v. Warrior & Gulf Nav. Co.*, 363 U. S. 574, 583, n. 7 (1960) (same). That is to say, the court should give considerable leeway to the arbitrator, setting aside his or her decision only in certain narrow circumstances. See, e. g., 9 U. S. C. § 10. If, on the other hand, the parties did not agree to submit the arbitrability question itself to arbitration, then the court should decide that question just as it would decide any other question that the parties did not submit to arbitration, namely, independently. These two answers flow inexorably from the fact that arbitration is simply a matter of contract between the parties».

¹³ *Id.* nota al pie nº 7.

dad de la controversia, la citada presunción se invierte en favor de la vía jurisdiccional¹⁴.

Sobre la base de los criterios expuestos, el TS EE.UU., concluyó que la arbitrabilidad de la disputa debía ser plenamente revisada por los tribunales estadounidenses, dado que los Kaplan no habían referido a los árbitros la competencia para decidir sobre su propia competencia de forma *clara e inequívoca*.

4. La jurisprudencia del *wholly groundless test*

De forma paralela, debemos referirnos al desarrollo del *Clear and Unmistakable Evidence Test* realizado por las Cortes de Apelación estadounidenses con posterioridad al dictado de los casos *AT&T v. CWA* y *First Options v. Kaplan*.

Las Cortes de Apelación enjuiciaron distintos casos en los que las partes

habían remitido a los árbitros la arbitrabilidad de la controversia de forma *clara e inequívoca*. A pesar de ello, algunas Cortes de Apelación decidieron introducir un segundo test: el *Wholly Groundless Test*. Así, diversos tribunales estadounidenses han venido realizando un segundo control dirigido a comprobar si la arbitrabilidad de la disputa resultaba *totalmente infundada*. Si así era, el órgano judicial debía declarar la falta de competencia del tribunal arbitral¹⁵.

B. Estado de la cuestión en la jurisprudencia estadounidense antes del dictado de *Henry Schein v. White*

Después de *First Options v. Kaplan* y antes del dictado de la sentencia del caso *Henry Schein v. White*, existía cierta discusión en la doctrina científica y la jurisprudencia estadounidense en relación con (i) la

¹⁴ Vid. nota al pie nº 10: «[...] this difference in treatment is understandable. The latter question arises when the parties have a contract that provides for arbitration of some issues. In such circumstances, the parties likely gave at least some thought to the scope of arbitration. And, given the law's permissive policies in respect to arbitration, see, e. g., *Mitsubishi Motors*, supra, at 626, one can understand why the law would insist upon clarity before concluding that the parties did not want to arbitrate a related matter. See *Domke* § 12.02, p. 156 (issues will be deemed arbitrable unless "it is clear that the arbitration clause has not included" them). On the other hand, the former question—the "who (primarily) should decide arbitrability" question—is rather arcane. A party often might not focus upon that question or upon the significance of having arbitrators decide the scope of their own powers».

¹⁵ *Qualcomm, Inc. v. Nokia Corp.*, 466 F. 3d 1366 (Fed. Cir. 2006): «A district court's inquiry in order to be "satisfied" pursuant to section 3 of the FAA begins with the question of who has the power to determine the arbitrability of a dispute between the parties. If the court concludes that the parties clearly and unmistakably intended to delegate the power to an arbitrator, then the court should also inquire as to whether the party's assertion of arbitrability is "wholly groundless."».

correcta aplicación del *Clear and Unmistakable Evidence Test*, y sobre (ii) la compatibilidad del *Wholly Groundless Test* con la FAA.

1. Clear and unmistakable evidence test

Como se ha visto, la jurisprudencia del TS EE.UU., previa a *First Options* había distinguido entre aquellas situaciones en las que alguna de las partes litigantes negaba la existencia o validez del convenio de arbitraje, y aquellas otras en las que la cuestión objeto de controversia se refería al alcance de la cláusula arbitral. Así, en las primeras, la cuestión debía ser resuelta por los órganos judiciales de forma imperativa; mientras que en las segundas, los árbitros podían decidir sobre su propia competencia si ésta era la voluntad clara e inequívoca de las partes¹⁶.

El citado criterio no fue puesto en tela de juicio hasta el dictado de la sentencia de *First Options v. Kaplan*. En ella, el TS EE.UU., analizó un supuesto en el que existía una cláusula arbitral válidamente suscrita entre First Options y MKI. Sin embargo, otra de las partes litigantes –el Sr. y la Sra. Kaplan– no habían firmado

ningún compromiso arbitral. El TS EE.UU., utilizó el *Clear and Unmistakable Evidence Test* expuesto en *AT&T* para determinar que la arbitralidad de la controversia debía ser resuelta por los órganos judiciales.

Esta decisión causó confusión en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, ya que el TS EE.UU., no esclareció si estaba reformulando el criterio contenido en *AT&T*, o si su razonamiento partía de la base de que existía una cláusula arbitral válidamente suscrita de la que únicamente había que determinar su alcance.

Si no fuera suficiente con la ambigua terminología empleada por el TS EE.UU., diversas resoluciones judiciales desatendieron el hecho de que el *Clear and Unmistakable Evidence Test* no había sido creado en *First Options*, sino en *AT&T*, por lo que obviaron el supuesto de hecho sobre el que se aplicó el *Clear and Unmis-*

¹⁶ *Vid.* nota nº 1, nº 4 y 7.

takable Evidence Test por primera vez¹⁷.

En efecto, esta circunstancia no fue siempre tenida en cuenta por la jurisprudencia estadounidense, lo que, unido al hecho de que no resultaba indubitado si el TS EE.UU., había reformulado el criterio aplicado en *John Wiley & Sons, Prima Paint Corp.* y en *AT&T*, tuvo como consecuencia que diversas resoluciones decidieran aplicar el *Clear and Unmistakable Evidence Test* en casos en los que la existencia y validez del acuerdo de arbitraje estaba siendo impugnada¹⁸.

Un claro ejemplo de esta confusión puede encontrarse en el pronunciamiento emitido por la Corte de Apelación del Segundo Circuito en el caso *Abram Landau v. Bevona*¹⁹:

«We read First Options as a clarification of the type of evidence needed to submit to arbitration a dispute regarding **whether parties ever entered into a valid arbitration agreement at all**».

En efecto, la Corte de Apelación del Segundo Circuito señaló de forma correcta que en *First Options* los recurrentes habían defendido «*que no existía un contrato de arbitraje válidamente suscrito*» (traducción libre)²⁰. La aplicación del *Clear and Unmistakable Evidence Test* en dicho caso implicaba –a juicio del Segundo Circuito– que las controversias relativas a la existencia de la cláusula arbitral no debían ser necesariamente resueltas por los órganos judiciales si existía una *evidencia clara e inequívoca* de que las partes habían referido a los árbitros la prerrogativa de decidir sobre su propia competencia.

De igual forma, otros pronunciamientos de los tribunales estadounidenses llegaron a decisiones similares al interpretar la postura del TS EE.UU., en *First Option*²¹.

Partiendo de esta base, la decisión del TS EE.UU., en *First Options* ha sido objeto de un intenso estudio en

¹⁷ S. H. Reisberg, *Op. cit.*, p. 10: «*That the issue of which forum -- court or arbitrator -- is being discussed in the context of a dispute about the scope of the arbitration agreement is clear because of the Court's citation to and quotation from AT&T. It is often overlooked that First Options did not create the "clear and unmistakable" evidence test. Quite to the contrary, First Options is reciting a test that the Court articulated in its AT&T decision*».

¹⁸ S. H. Reisberg, *Op. cit.*, pp. 11-12.

¹⁹ *Abram Landau Real Estate v. Bevona*, 123 F.3d 69, 73 (2d Cir. 1997).

²⁰ S. H. Reisberg, *Op. cit.*, pp. 12: «*[the appellants had] argued that no valid arbitration agreement existed*».

²¹ *Riley Manufacturing Co. v. Anchor Glass Container Corp.*, 157 F.3d 775, 779; y *Contec Corp. v. Remote Solution Co. Ltd.*, 398 F.3d 205, 208 (2d Cir. 2005).

un intento de integrar la Sección 4 del FAA, el caso *AT&T v. CWA* y *First Options v. Kaplan*, así como de resolver si el TS EE.UU., reformuló su doctrina en 1995, o si la resolución no fue entendida de forma correcta.

Resulta de particular interés referirnos a aquellas posiciones que han analizado el caso *First Options* señalando que el TS EE.UU., empleó un lenguaje ambiguo, el cual ha sido precisamente la fuente de las confusiones posteriores y del desarrollo de una jurisprudencia desacertada. Así, la ambigüedad del TS EE.UU., es analizada por REISBERG en los siguientes términos²²:

«The reason that the First Options decision has become such a source of confusion is that the Court did not approach the case by using the established “two threshold question” framework in its analysis. In other words, the Court in its decision did not ask: (1) is there a dispute about whether an arbitration agreement exists between the parties and (2) if so, does this particular dispute fall within the scope of the arbitration agreement.

Instead, the Court stated the issue before it as the determination of “who should have the primary power to decide” about “the arbitrability of the dispute.” This characterization of the issue is a mistake. This is

because the term “arbitrability” can apply to either an objection challenging the existence of an arbitration agreement or an objection based on the scope of an arbitration agreement. The same problem was repeated when the Court phrased the issue before it as “how a court should decide whether the parties have agreed to submit the arbitrability issue to arbitration.”

As a result, the Court’s conclusion that “a court must defer to an arbitrator’s arbitrability decision when the parties submitted that matter to arbitration” simply repeats the ambiguity. This ambiguity permeates the entire decision in First Options [...]

What is clear is that, from this point on, what the Court is addressing are the rules governing disputes about the scope of an arbitration clause. A review of the Court’s dicta following “a word about how a court should decide whether the parties have agreed to submit the arbitrability issue to arbitration” reveals that the Court is now using the term “arbitrability” to refer only to disputes about the scope of the arbitration provision. At no time does the Court during this discussion make any reference to, or say anything specifically about, how courts should decide the separate issue of whether an arbitration clause exists. To the contrary, [...] the Court’s entire discussion presumes that there is an arbitration clause in existence between the parties.»

De acuerdo con lo anterior, a pesar de que los Kaplan negaban la existencia de un convenio arbitral que les

²² S. H. Reisberg, *Op. cit.*, pp. 9-10.

vinculara, el TS EE.UU., habría entendido que la existencia y validez del acuerdo de arbitraje entre First Options y MKI no era controvertido, por lo que se pronunció sobre si el *alcance* del contrato de arbitraje se extendía a los Kaplan²³.

Esta interpretación permitiría conciliar las posturas adoptadas por el TS EE.UU., en *AT&T* y *First Options* de forma coherente. Además, resulta también compatible con el tenor literal de la Sección 4 de la FAA, ya que, de acuerdo con el propio Reisberg, el citado precepto de la FAA debe entenderse en el sentido que sólo los tribunales nacionales podrán enjuiciar la existencia y validez de los convenios arbitrales²⁴.

Sobre la base de lo anterior, resulta claro que el dictado de *First Options* ha causado cierta confusión en la doctrina y jurisprudencia estadounidense, dado que, en apariencia, esta

resolución habría reconfigurado el *Clear and Unmistakable Evidence Test*. Sin embargo, una lectura conjunta de los pronunciamientos previos del TS EE.UU., y de la Sección 4 del FAA sugiere que los mismos principios existentes antes del dictado de *First Options* seguían resultando plenamente aplicables después de que se emitiera esta decisión. En consecuencia, si (i) la existencia y validez del convenio arbitral es impugnada, los órganos judiciales deberían resolver necesariamente este extremo; y, si (ii) el objeto del pleito fuera el *alcance* del convenio arbitral, los árbitros podrían enjuiciar la disputa si las partes acordaron de forma *clara e inequívoca* someter esta decisión a los árbitros.

En todo caso, es evidente que, después de del dictado de *First Options* en 1995, resultaba necesario que el

²³ No obstante, si bien es cierto que la interpretación expuesta por Reisberg resulta convincente, y permite integrar los casos *AT&T* y *First Options*, también debe hacerse notar que otras sentencias del TS EE.UU., ya habían resuelto que la extensión del convenio arbitral a un tercero no-signatario era una cuestión que debía ser obligatoriamente resuelta por los órganos judiciales. Por lo tanto, resulta necesario interpretar que se ha producido, al menos en cierta medida, una modificación del criterio del TS EE.UU. Véase *John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston*, 376 U.S. 543 (1964): «*Past cases leave no doubt that the threshold issue of whether a non-signatory is bound by an arbitration clause is for the courts, not the arbitrator.*».

²⁴ S. H. Reisberg, *Op. cit.*, p. 5: «*The rule that any challenge to the existence of a binding arbitration agreement may not, under any circumstances, be referred by the court to the arbitrators for decision is dictated by the rules set forth in the Court's decisions in Wiley, Prima Paint and AT&T.* Sin embargo, el caso *Prima Paint* no utiliza una terminología tan definitiva (*vid.* nota al pie nº 4): «*Accordingly, if the claim is fraud in the inducement of the arbitration clause itself – an issue which goes to the “making” of the agreement to arbitrate – the federal court may proceed to adjudicate it.*». Debe destacarse que el TS EE.UU., no utilizó la expresión «*shall*» sino «*may*» lo que plantea dudas sobre si, en efecto, la FAA es manifiestamente incompatible con la posibilidad de que los árbitros puedan decidir sobre la existencia y validez del convenio arbitral.

TS EE.UU., arrojará algo de luz sobre este debate.

2. Wholly groundless test

Como se expuso en el apartado 1.1.4, después del dictado de los casos *AT&T* y *First Options*, diversos tribunales empezaron a enfrentarse a una cuestión estrechamente ligada con el alcance del acuerdo de arbitraje, esto es, si una cláusula arbitral que incorpora por referencia las reglas de una institución en la que se contiene el principio *kompetenz-kompetenz* cumple el *Clear and Unmistakable Evidence Test*.

Esta cuestión ha sido resuelta en sentido afirmativo por numerosas resoluciones judiciales estadounidenses, las cuales han sostenido que el *Clear and Unmistakable Evidence Test* se considera satisfecho cuando las partes prevén que un determinado

reglamento – que incorpora la regla *kompetenz-kompetenz*– regirá el procedimiento arbitral²⁵. Esta línea de pronunciamientos judiciales ha sido criticada por parte de la doctrina, al entender que el *Clear and Unmistakable Evidence Test* no puede considerarse superado por la concurrencia de esta circunstancia²⁶.

Como se ha expuesto, la Corte de Apelación del Circuito Federal abordó este problema en el caso *Qualcomm v. Nokia* introduciendo una solución que, como veremos, ha tenido que ser revisada por el TS EE.UU., en *Henry Schein*. En efecto, en *Qualcomm* – al igual que sucedió en otras decisiones de las Cortes de Apelación²⁷–, la cláusula arbitral litigiosa expresaba que el procedimiento arbitral se regiría por las reglas de la AAA, las cuales establecen que «[t]he arbitral tribunal

²⁵ *Petrofac, Inc. v. Dyn McDermott Petroleum Operations Co.*, 687 F.3d 671, 675 (5th Cir. 2012): «that the express adoption of [the AAA Rules] presents clear and unmistakable evidence that the parties agreed to arbitrate arbitrability»; *Oracle Am., Inc. v. Myriad Group, A.G.*, 724 F.3d 1069, 1074-1075 (9th Cir. 2013); *Green v. SuperShuttle Int'l, Inc.*, 653 F.3d 766, 769 (8th Cir. 2011): «By incorporating the AAA Rules, the parties agreed to allow the arbitrator to determine threshold questions of arbitrability»; *Auwah v. Coverall N. Am., Inc.*, 554 F.3d 7, 11 (1st Cir. 2009): «[incorporation of AAA rules provides] clear and unmistakable evidence [that parties meant to arbitrate arbitrability]»; *Daiei, Inc. v. U.S. Shoe Corp.*, 755 D. Supp. 299 (D. Haw. 1991); *Terminix International Co., LP v. Palmer Ranch Ltd. Partnership* 432 F.3d 1327 (11th Cir. 2005); *Contec. Corp. v. Remote Solutions Co.*, 398 F.3d 205 (2d Cir. 2005); *Shaw Group Inc. v. Triplefine International Corp.* 322 F.3d 115 (2d Cir. 2003); *Brandon et al. v. MedPartners, Inc.* 203 F.R.D. 677 (S.D. Fla. 2001); y *Apollo Computer, Inc. v. Berg*, 866 F.2d 469 (1st Cir. 1989).

²⁶ R. Hulbert, *Institutional Rules and Arbitral Jurisdiction: when party intends not "clear and unmistakable"*, 17 American Review of International Arbitration 545 (2006), pp. 1-2.

²⁷ *Vid.* nota al pie nº 25

shall have the power to rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence, scope, or validity of the arbitration agreement(s)». El tribunal consideró que las partes habían sometido a los árbitros la arbitrabilidad de la controversia de forma *clara e inequívoca*.

Sin embargo, a pesar de que el control previsto en *AT&T* y en *First Options* se había considerado supe- rado, la Corte de Apelación decidió introducir un test adicional: este se- gundo control pretendía enjuiciar si la arbitrabilidad de la pretensión ejercitada era *totalmente infundada* –*Wholly Groundless Test*–²⁸.

El *Wholly Groundless Test* ha sido revisado por las Cortes de Apelación de distintos Circuitos sin que se haya alcanzado un consenso²⁹ –como ha seña- lado el propio TS EE.UU.–, lo que ha requerido que la cuestión sea definitiva- mente resuelta por el Alto Tribunal estadounidense.

C. *La nueva decisión del TS EE.UU., en Henry Schein, Inc. et al. v. Archer & White Sales, Inc*

De acuerdo con lo expuesto en los anteriores apartados, resultaba necesa- rio que el TS EE.UU., interviniera aportando algo de luz sobre las dis- cusiones en las que estaba inmersa la doctrina y jurisprudencia estadouni- dense, esto es, sobre (i) la forma en que debía interpretarse el caso *First Options* y el *Clear and Unmistakable Evidence Test*, y sobre (ii) la compa- tibilidad del *Wholly Groundless Test* con el FAA.

1. Hechos del caso y antece- dentes procesales

Archer & White Sales, Inc. (“Ar- cher & White”) es una empresa dedicada ala distribución de equipo dental. Archer & White celebró un contrato con Pelton & Crane –fabri- cante de equipo dental–, con el objeto de distribuir los productos de Pelton & Crane. La relación comer- cial terminó rompiéndose y Archer & White interpuso acciones legales contra los sucesores de Pelton & Crane y contra Henry Schein, Inc.

²⁸ J. Carter & J. Fellas, *International Commercial Arbitration in New York*, Oxford University Press (2010), pp. 223-224.

²⁹ *Simply Wireless, Inc. v. T-Mobile US, Inc.*, 877 F. 3d 522 (CA4 2017); *Douglas v. Regions Bank*, 757 F. 3d 460 (CA5 2014); *Turi v. Main Street Adoption Servs., LLP*, 633 F. 3d 496 (CA6 2011); *Qualcomm, Inc. v. Nokia Corp.*, 466 F. 3d 1366 (CA Fed. 2006), con *Belnap v. Iasis Healthcare*, 844 F. 3d 1272 (CA10 2017); y *Jones v. Waffle House, Inc.*, 866 F. 3d 1257 (CA11 2017)

(colectivamente, “Schein”) ante la Corte Federal del Distrito de Texas. En particular, la demanda de Archer & White alegaba que los demandados habían vulnerado el Derecho de la competencia aplicable, exigiendo que se le compensara por daños los ocasionados, y solicitando la adopción de medidas cautelares.

El contrato que dio pie a la controversia contenía una cláusula arbitral cuyo tenor literal expresaba³⁰:

«Disputes. This Agreement shall be governed by the laws of the State of North Carolina. Any dispute arising under or related to this Agreement (except for actions seeking injunctive relief and disputes related to trademarks, trade secrets, or other intellectual property of [Schein]), shall be resolved by binding arbitration in accordance with the arbitration rules of the American Arbitration Association [(AAA)]. The place of arbitration shall be in Charlotte, North Carolina.»

Tras la interposición de la demanda, Schein solicitó a la Corte del Distrito que remitiera el enjuiciamiento de la controversia a arbitraje. Por su parte, Archer & White se opuso a esta petición, ya que parte de las pretensiones ejercitadas se referían a la adopción de medidas cautelares,

lo que estaba expresamente excluido del alcance del convenio arbitral.

El objeto del litigio discutido en primera instancia fue la determinación de quién debía decidir si la disputa sobre Derecho de la competencia debía remitirse a arbitraje.

De un lado, las reglas de la AAA contienen el principio *kompetenz-kompetenz*, por lo que Schein alegó que el hecho de que la cláusula arbitral previera que las reglas de la AAA regirían el procedimiento arbitral significaba que los árbitros debían decidir sobre su propia competencia.

De otro lado, Archer & White sostuvo que, en los casos en los que la pretensión de remitir la controversia a arbitraje es *totalmente infundada*, deben ser los órganos judiciales quienes resuelvan sobre la arbitrabilidad de la controversia.

La Corte del Distrito se pronunció en el sentido expuesto por Archer & White y resolvió que la solicitud de Schein de someter la cuestión arbitraje no superaba el *Wholly Groundless Test*. La Corte de Apelación confirmó esta decisión.

³⁰ Henry Schein, Inc., et al. v. Archer & White Sales, Inc., 586 U.S. (2019).

De acuerdo con los antecedentes expuestos, el TS EE.UU., abordó la pregunta de si el *Wholly Groundless Test* es compatible con el FAA.

2. Posición expuesta por el profesor George A. Bermann como *amicus curiae*

Antes de iniciar el estudio de la decisión emitida por el TS EE.UU., conviene referirnos a la posición expuesta en el *Brief of amicus curiae in support of respondent* presentado el 25 de septiembre de 2018 por el Profesor George A. Bermann (“Alegación *Amicus Curiae*”).

En la Alegación *Amicus Curiae*, el Prof. Bermann muestra su conformidad con la decisión del Quinto Circuito respecto a que la controversia debía ser decidida por los tribunales estadounidenses –en lugar de por los árbitros–. No obstante, critica que esta decisión haya sido alcanzada con base en el *Wholly Groundless Test*. En su lugar, el Prof. Bermann considera que el *Clear and Unmistakable Evidence Test* no puede considerarse superado por el hecho de que la cláusula arbitral prevea la aplicación de un reglamento de una institución que

incorpora el principio *kompetenz-kompetenz*.

La afirmación del Prof. Bermann se fundamenta en distintos argumentos³¹:

Primero, considera que el acuerdo de las partes para que sean los árbitros quienes decidan sobre su propia competencia no excluye la intervención de los órganos judiciales.

Segundo, no puede considerarse que una cláusula-modelo en la que se remiten todas las controversias a un arbitraje administrado bajo las reglas de una determinada institución – que incorporan el principio *kompetenz-kom-petenz*– sea suficiente para entender que las partes decidieron *clara e inequívocamente* encomendar a los árbitros la competencia para decidir sobre su propia competencia. En este sentido, considera que la introducción del principio *kompetenz-kompetenz* en los distintos reglamentos se ha convertido en una práctica habitual, motivo por el cual no puede constituir una *evidencia clara e inequívoca* de que las partes sometieron la arbitrabilidad de la controversia a los propios árbitros.

³¹ *Brief of amicus curiae in support of respondent* presentado el 25 de septiembre de 2018 por el Profesor George A. Bermann.

Tercero, considera que el caso *First Options* ha creado una fuerte presunción de que la responsabilidad primaria para establecer la arbitrabilidad de la controversia corresponde a los órganos judiciales.

Con arreglo a lo anterior, la Alegación *Amicus Curiae* exponía que resultaba necesario que la cuestión fuera aclarada por el TS EE.UU., de forma que se pusiera fin a las dudas interpretativas existentes hasta la fecha.

3. Análisis de la decisión del TS EE.UU., en el caso Henry Schein, Inc. et al. v. Archer & White Sales, Inc

El TS EE.UU., deja claro desde el comienzo de su resolución que el *Wholly Groundless Test* no resulta compatible ni con el FAA ni con los precedentes dictados por el Alto Tribunal estadounidense.

En efecto, el TS EE.UU., comienza afirmando que «*arbitration is a matter of contract*»³², motivo por el cual los tribunales deben interpretar los contratos de arbitraje de acuerdo con sus estrictos términos, lo que se extiende a la decisión sobre la arbitrabilidad de la controversia. La

postura del TS EE.UU., no necesita aclaración alguna:

«We must interpret the Act as written, and the Act in turn requires that we interpret the contract as written. When the parties' contract delegates the arbitrability question to an arbitrator, a court may not override the contract. In those circumstances, a court possesses no power to decide the arbitrability issue. That is true even if the court thinks that the argument that the arbitration agreement applies to a particular dispute is wholly groundless.

That conclusion follows not only from the text of the Act but also from precedent. We have held that a court may not "rule on the potential merits of the underlying" claim that is assigned by contract to an arbitrator, "even if it appears to the court to be frivolous." *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers*, 475 U.

S. 643, 649–650 (1986). A court has "no business weighing the merits of the grievance" because the "agreement is to submit all grievances to arbitration, not merely those which the court will deem meritorious." *Id.*, at 650 (quoting *Steelworkers v. American Mfg. Co.*, 363 U. S. 564, 568 (1960)).

That AT&T Technologies principle applies with equal force to the threshold issue of arbitrability. Just as a court may not decide a merits question that the parties have delegated to an arbitrator, a court may not decide an arbitrability

³² *Vid.* nota al pie nº 30.

question that the parties have delegated to an arbitrator.»

Como puede observarse, la posición del TS EE.UU., es tajante, rechazando expresamente el primer argumento del Prof. Bermann en la Alegación *Amicus Curiae*³³. En efecto, en caso de que se llegue a la conclusión de que las partes han decidido someter la arbitrabilidad de la controversia a los propios árbitros, los órganos judiciales estadounidenses tienen vedado analizar si la controversia es –o no– arbitrable.

El TS EE.UU., también rechazó de forma expresa los cuatro argumentos expuestos por Archer & White:

Primero, Archer & White alegó que, de conformidad con las Secciones 3 y 4 del FAA, los tribunales nacionales deben mantener la disputa en vía judicial hasta que estén convencidos de que el litigio puede ser referido a arbitraje. Además, la Sección 4 del FAA establece que la controversia no será remitida a arbitraje hasta que el tribunal no haya comprobado que la validez de la cláusula no está en entredicho. El TS EE.UU., rechazó esta postura afirmando:

«This Court has consistently held that parties may delegate threshold arbitra-

bility questions to the arbitrator, so long as the parties' agreement does so by "clear and unmistakable" evidence. First Options, 514 U. S., at 944 (alterations omitted); see also Rent-A-Center, 561 U. S., at 69, n. 1. **To be sure, before referring a dispute to an arbitrator, the court determines whether a valid arbitration agreement exists.** See 9 U. S. C. §2. But if a valid agreement exists, and if the agreement delegates the arbitrability issue to an arbitrator, a court may not decide the arbitrability issue.»

Debe destacarse que, además de rechazar el primer argumento de Archer & White, el TS EE.UU., parece haber tomado el testigo para aclarar algunas de las reflexiones e incertidumbres expuestas por la doctrina científica estadounidense, esto es, si de acuerdo con la Sección 4 del FAA, las cuestiones relativas a la validez y existencia del contrato de arbitraje *deben* ser resueltas por los órganos judiciales, mientras que las relativas a su alcance *pueden* –si concurren ciertas condiciones– ser sometidas a la decisión de los árbitros.

Si bien este extremo no puede ser contestado de forma rotunda, una interpretación literal y teleológica de los términos expuestos por el TS EE.UU., parece ofrecer una res-

³³ *Vid.* nota al pie nº 31, p. 11: «Competence-competence has never been understood in U.S. law to render arbitral authority to determine arbitrability exclusive»

puesta afirmativa: de un lado, se reconoce que las partes pueden delegar a los árbitros la decisión sobre la arbitrabilidad de la controversia si manifiestan su intención *clara e inequívoca* – sin que distinga entre disputas relativas a la existencia y validez del convenio y aquellas referidas a su *alcance*–; de otro lado, seguidamente, se precisa «*to be sure, before referring a dispute to an arbitrator, the court determines whether a valid arbitration agreement exists*». Así, según se desprende del sentido literal del texto, con el objeto de establecer si existe una *evidencia clara e inequívoca* de la intención de las partes de atribuir a los árbitros la competencia para decidir sobre su propia competencia, *los tribunales nacionales* determinarán si el convenio arbitral es válido – como antecedente lógico que permita establecer si la voluntad de las partes fue remitir la arbitrabilidad de la controversia a los árbitros de forma *clara e inequívoca*–³⁴.

En consecuencia, parece que puede concluirse que el TS EE.UU., se alinea con la tesis expuesta por

Reisberg³⁵ en el sentido de considerar que (i) la existencia y validez del convenio debe ser fijada por los tribunales nacionales, mientras que (ii) el *alcance* del convenio de arbitraje *puede* ser sometido, mediante una manifestación de voluntad *clara e inequívoca*, a los árbitros.

Segundo, Archer & White defendió que si los tribunales podían revocar las decisiones de los árbitros *a posteriori* –Sección 10(a)(4) del FAA–, también debían tener la autoridad de revisar la arbitrabilidad de la controversia antes de que ésta fuera sometida a la decisión de los árbitros.

El TS EE.UU., rechazó este argumento limitándose a observar que el Congreso de los Estados Unidos configuró el FAA con un determinado contenido, de manera que el TS EEUU no está facultado para rediseñar una norma aprobada por los órganos legislativos. Además, manifestó que cuando las partes de un contrato remiten una determinada disputa a arbitraje, un tribunal nacional no puede entrar a conocer el fondo del asunto *incluso si considera*

³⁴ No obstante, es cierto que el inciso transcrito del TS EE.UU., cita el caso *First Options* en relación con el test de la *evidencia clara e inequívoca*, en lugar del caso *AT&T*, lo cual también puede resultar un indicio en sentido contrario.

³⁵ S. H. Reisberg, *Op. cit.*, p. 16.

que la demanda del actor no goza de base alguna³⁶.

Tercero, Archer & White argumentó que eliminar el *Wholly Groundless Test* conllevaría un desperdicio de tiempo y dinero, ya que impediría paralizar los procedimientos arbitrales en aquellos supuestos en los que es evidente que la controversia no puede ser decidida mediante este mecanismo.

La respuesta del TS EE.UU., fue, de nuevo, rotunda: el FAA no contiene una excepción de este tipo. Además, concluyó que resultaba dudoso que el *Wholly Groundless Test* permita ahorrar tiempo y dinero de forma generalizada.

Cuarto, Archer & White manifestó que el *Wholly Groundless Test* resulta necesario a los efectos de desalentar demandas arbitrales “frívolas”.

De nuevo, el TS EE.UU., reiteró que no resulta posible que un tribunal re-

configure el FAA por el hecho de que la introducción del *Wholly Groundless Test* pueda ser conveniente desde un punto de vista de política legislativa.

En definitiva, el TS EE.UU., resolvió que el *Wholly Groundless Test* resulta incompatible con el FAA.

Por último, el TS EE.UU., estableció que no emitía opinión alguna respecto a si, en el caso enjuiciado, las partes habían sometido a los árbitros la competencia para decidir sobre la propia competencia, dado que esta cuestión no fue analizada por la Corte de Apelación³⁷.

En efecto, el interrogante de si la incorporación del principio *kompetenz-kom-petenz* a través de las reglas de una institución arbitral resulta aceptable quedó sin resolver por parte del TS EE.UU., y la postura expuesta por el Prof. Bermann no llegó a ser valorada³⁸.

³⁶ Vid. nota al pic nº 30, pp. 6-7: «When the parties' contract assigns a matter to arbitration, a court may not resolve the merits of the dispute even if the court thinks that a party's claim on the merits is frivolous».

³⁷ Vid. nota al pic nº 30, p. 8: «We express no view about whether the contract at issue in this case in fact delegated the arbitrability question to an arbitrator. The Court of Appeals did not decide that issue. Under

³⁸ Our cases, courts “should not assume that the parties agreed to arbitrate arbitrability unless there is clear and unmistakable evidence that they did so.” *First Options*, 514 U. S., at 944 (alterations omitted). On remand, the Court of Appeals may address that issue in the first instance».

G. Sassine & Z. A. Pestine, *Schein, Inc. v. Archer & White Sales, Inc.: Upholding Principles of Arbitration, but Leaving Open Question Regarding Competence-Competence in Arbitral Rules as “Clear and Unmistakable” Evidence that Parties Agreed to Arbitrate Arbitrability*, Kluwer Arbitration Blog

III. Posición del Tribunal Supremo español en la sentencia de 27 de junio de 2017

Una vez expuesto el pronunciamiento del TS EE.UU., del pasado mes de enero de 2019, resulta de particular interés realizar una breve revisión del enfoque adoptado por el Tribunal Supremo español en su sentencia de 27 de junio de 2017³⁹.

En este pronunciamiento, los magistrados del Tribunal Supremo decidieron acoger la llamada «tesis débil» del principio *kompetenz-kompetenz*, adoptando un estándar de revisión total y pormenorizado sobre la arbitrabilidad de la controversia en el momento en que se presenta una declinatoria.

En esta sentencia, además, se rechazó aplicar la interpretación «elástica» del convenio arbitral adoptada por la Sala en resoluciones anteriores sobre la base de que el contrato litigioso era un contrato de adhesión.

A. Supuesto de hecho

La sociedad Agrumexport, S.A. (“Agrumexport”) decidió interpo-

ner acciones legales contra Banco Popular Español, S.A. (“Banco Popular”) para solicitar la nulidad de un contrato de «Swap Apalancado Euribor-Popular» y «Put con Barrera» (las “Confirmaciones”) que habían sido suscritos por los litigantes. La demanda fue formulada ante el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Murcia.

Con carácter previo, las partes habían celebrado también un contrato marco de operaciones financieras (“CMOF”) que contenían una cláusula arbitral del siguiente tenor literal: «*Toda controversia o conflicto que se derive del presente Contrato Marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución se someterá definitivamente mediante Arbitraje de Equidad*»

Banco Popular interpuso declinatoria ante el Juzgado de instancia por sumisión a arbitraje, la cual fue desestimada tanto por el órgano *a quo*, como, tras la interposición del recurso de apelación, por la Audiencia Provincial.

El Tribunal Supremo abordó dos cuestiones: (i) el estándar de revisión que deben aplicar los órganos judi-

(<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/23/schein-inc-v-archer-white-sales-inc-upholding-principles-of-arbitration-but-leaving-open-question-regarding-competence-competence-in-arbitral-rules-as-clear-and-unmistakable/>).

³⁹ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 409/2017, de 27 de junio.

ciales a la validez del convenio arbitral y, en consecuencia, la interpretación que debe concederse al principio *kompetenz-kompetenz*; y (ii) si en el caso enjuiciado, la controversia suscitada entre Agrumexport y Banco Popular debía ser remitida a arbitraje.

B. Decisión

En relación con los dos interrogantes expuestos, el Tribunal Supremo se pronunció en el siguiente sentido:

A.- Con respecto a la interpretación del principio *kompetenz-kompetenz*, el Alto Tribunal expuso que existen dos tesis sobre esta cuestión. La «tesis fuerte», conforme a la cual *«la actuación del órgano judicial en caso de planteamiento de declinatoria debería limitarse a realizar un análisis superficial, que comprobara la existencia del convenio arbitral y que, en caso de existir tal convenio, estimara la declinatoria, para que los árbitros decidieran sobre su propia competencia. Solo por vía de la posterior acción de anulación del laudo [...], los órganos judiciales podrían*

revisar lo decidido por los árbitros sobre su competencia».

La «tesis débil» fue definida como aquella *«según la cual el órgano judicial ante el que se planteara la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. De este modo, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo el litigio»*.

Tras esta exposición, el Tribunal Supremo se decantó por la tesis «débil»⁴⁰, alegando que, si el legislador hubiera querido acoger la «tesis fuerte», lo hubiera recogido expresamente en la Ley de Arbitraje española (la “LArb”)⁴¹. Además, citó diversas normas internacionales que permiten que los tribunales naciona-

⁴⁰ Vid. sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 844/2006, de 5 de septiembre; nº 920/2006, de 27 de septiembre; y nº 776/2007, de 9 de julio vía M. De Benito, *Análisis jurisprudencial: alcance del efecto negativo de la kompetenz-kompetenz*, Revista del Club Español del Arbitraje nº 1/2008 (<https://www.uria.com/es/publicaciones/buscador-publicaciones.html?id=1901&pub=Publicacion>).

⁴¹ A. I. Blanco y P. Quizá, *Control Judicial de la Validez del Convenio Arbitral en un Contrato de Adhesión: Sentencia núm. 409/2017 de 27 de junio del Tribunal Supremo*, Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2018), Vol. 10, Nº 1, p. 547

les analicen la validez del convenio arbitral⁴².

B.- Por otro lado, el Alto Tribunal analiza la interpretación que debe darse a una cláusula arbitral contenida en un contrato de adhesión. Sobre este extremo, realiza diversas valoraciones relevantes:

Primero, de acuerdo con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, *«la renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al arbitraje debe ser “explícita, clara, terminante e inequívoca”*.

Segundo, los convenios arbitrales contenidos en contratos de adhesión deben ser interpretados de acuerdo con la legislación aplicable a este tipo de contratos. En particular, el Tribunal Supremo considera que la cláusula compromisoria resulta favorable a los intereses del Banco Popular, por lo que aplica la regla *contra proferentem*⁴³. Así, rechaza aplicar la interpretación «elástica» del convenio arbitral adoptada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2005⁴⁴, debido a que el contrato litigioso era un contrato de adhesión⁴⁵.

⁴² En concreto, el Tribunal Supremo cita el art. II.3 de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, el art. 8.1 de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, y el Considerando 12 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012.

⁴³ *Vid.* nota al pie nº 39, FD 5º: *«La afirmación que hace Banco Popular, para impugnar que se haya aplicado la regla de interpretación contra proferentem, de que la cláusula compromisoria no le es favorable no puede ser aceptada, por cuanto que fue él quien la dispuso en el contrato, por convenir a sus intereses, y quien ha pretendido reiteradamente que se aplique para resolver esta cuestión litigiosa»*.

⁴⁴ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 605/2005, de 12 de julio: *«La sentencia de esta Sala de 20 de noviembre de 1989 ya señaló que “la naturaleza y finalidad del arbitraje permite una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que (se) deben apreciar no aisladamente, sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso, aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada-Sentencias de 24 de abril de 1953, 13 de mayo de 1960, 25 de octubre de 1982 y 15 de diciembre de 1987-, lo que lleva en el caso presente a entender que la cuestión litigiosa no es ajena a lo establecido en la cláusula de sometimiento, según entendió ya el Juzgado y la Audiencia Provincial, pues obviamente aunque dicha cláusula, repetida en los contratos sucesivos celebrados entre las partes, se refiere como objeto de arbitraje a la “interpretación” de los referidos contratos, necesariamente ha de acudirse a tal “interpretación” de lo convenido para determinar si el reconocimiento por el representante legal de la actora de ciertos incumplimientos -reconocimiento cuya nulidad se pretende en la demanda- se ajustaba a la realidad de los compromisos contractualmente asumidos o, por el contrario, carecía de base en relación con tales compromisos»*.

⁴⁵ También puede citarse la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 485/2002, de 23 de mayo: *«La cuestión controvertida fue interpretada por el árbitro de equidad en el sentido de que estaba comprendida en los términos amplios del convenio arbitral, lo cual entra en el círculo de sus facultades. Señala la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 1988: “... se encomienda a los árbitros, en defecto de acuerdo de las partes,*

Tercero, basándose en lo anterior, al interpretar el contenido de la cláusula arbitral, declara que *«No puede considerarse que los contratos de swap y put consistan en una simple ejecución del CMOF»*. Además, el Alto Tribunal afirma que las Confirmaciones y el CMOF *«tienen una sustantividad negocial diferenciada del contrato de CMOF y de la simple ejecución del éste»*. En consecuencia, *«La anulación de los contratos de swap y put por error que vicia el consentimiento no puede ser considerado propiamente una controversia o conflicto que derive del contrato marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución. Por tal razón, no puede entenderse comprendida entre las materias sometidas a arbitraje en el convenio arbitral contenido en dicha condición general»*.

Por último, nuestro Alto Tribunal terminó concluyendo que:

«Lo decisivo es, [...], si puede considerarse que el adherente ha aceptado de

manera clara e inequívoca la sumisión de determinadas cuestiones a arbitraje y la correlativa renuncia a que las controversias que puedan surgir sobre las mismas sean decididas por un tribunal de justicia. [...], no puede aceptarse que en este caso Agrumexport, al prestar su consentimiento al contrato de adhesión que le fue propuesto por Banco Popular, **hubiera aceptado clara e inequívocamente someter a arbitraje cuestiones que distintas de la interpretación, cumplimiento y ejecución de las cláusulas del CMOF** y, en concreto, la anulación por error vicio del contrato swap y del contrato put concertados en el ámbito de dicho contrato marco»

En conclusión, el Tribunal Supremo decidió que el *alcance* del convenio arbitral no se extendía a las acciones de nulidad interpuestas frente a las Confirmaciones.

C. Valoración de la sentencia del tribunal supremo de 27 de junio de 2017

A.- En primer lugar, la adopción de la llamada tesis «débil» del princi-

la delimitación de la controversia sometida a arbitraje...? La falta de competencia del árbitro para conocer de la cuestión podrá ser alegada por las partes, pero ello no impedirá por sí mismo que no pueda resolver (art. 23 Ley de Arbitraje), y podrá ser causa de un recurso de anulación del laudo (art. 45.4º Ley de Arbitraje). Pero lo que no cabe es que en vía jurisdiccional se pretenda ignorar el convenio arbitral y sus efectos mediante una interpretación del mismo, cuando el árbitro ha puesto en funcionamiento el procedimiento arbitral, sin reparar siquiera en la posibilidad de que su laudo fuese confirmado por rechazarse el recurso de anulación interpuesto». En este sentido, la sentencia es interpretada por M. De Benito, *Op. cit.*, en los siguientes términos: *«En todo caso, se hace hincapié incluso, como argumento adicional, en la importancia del second look judicial, característica del sistema de Ginebra: el tribunal a quo no tuvo en cuenta que el laudo se hallaba recurrido en anulación y podía, por tanto, ser confirmado (o anulado): ello, en todo caso, en sede de anulación, y no al resolver sobre la excepción de sumisión a arbitraje.»*

pio *kompetenz-kompetenz* no parece seguir el espíritu de la LArb⁴⁶.

El art. 22.1 de la LArb establece que los árbitros son competentes para decidir sobre la validez del convenio arbitral. Al contrario que la FAA, nuestra ley de arbitraje ha incorporado el principio *kompetenz-kompetenz* como parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que la competencia de los árbitros paradecidir sobre su propia competencia queda fuera de toda duda –sin perjuicio de que esta facultad pueda no tener carácter exclusivo o excluyente–.

Por otro lado, el art. 11.1 de la LArb estipula «*El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria*».

El art. 7 de la LArb establece que «*En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal,*

salvo en los casos en que ésta así lo disponga».

Debe resaltarse que tanto el art. 11.1 como el 7 de la LArb señalan que los tribunales no podrán *conocer/intervenir* en las controversias sometidas a arbitraje *salvo en los casos* que la LArb lo disponga. De ser así, la afirmación «[c]uando la Ley de Arbitraje ha querido limitar el alcance de la intervención del juez en el enjuiciamiento del convenio arbitral, lo ha hecho expresamente» realizada por el Tribunal Supremo, sería, cuantomenos, dudosa.

Además, la Exposición de Motivos de la LArb establece: «[h]a de resaltarse que el hecho de que una de las partes colabore activamente en la designación de los árbitros no supone ningún tipo de renuncia tácita a hacer valer laincompetencia objetiva de éstos. Es una lógica consecuencia de la regla de *Kompetenz-Kompetenz*: si son los árbitros los que han de decidir sobre su propia competencia, la parte está simplemente contribuyen-

⁴⁶ Es cierto que este postulado cuenta con argumentos tanto a favor como en contra. En este sentido, véase M. De Benito, *Op. cit.*: «[...] la Ley de Arbitraje de 2003 no consagra expresamente ninguno de los dos sistemas: hay argumentos para ambos. Ello obliga a los jueces a un especial esfuerzo de interpretación. La tendencia casi unánime de nuestros tribunales -y aquí radica la clave de la presente reseña jurisprudencial- pasa por seguir aplicando el sistema tradicional de cognición inmediata y plena; y ello no obstante el creciente apoyodoctrinal a la versión extensiva • del efecto negativo de la regla *Kompetenz-Kompetenz*, al control judicial sólo *prima facie* de la existencia y validez del convenio arbitral en la declinatoria».

do a designar a quien o a quienes podrán decidir sobre dicha competencia».

Es cierto que el inciso transcrito se refiere a una situación muy concreta, esto es, a la facultad de las partes de participar en la designación de los árbitros aunque se opongan a su competencia para decidir la controversia. No obstante, y a pesar de esta circunstancia, los términos empleados por la Exposición de Motivos no parecen sugerir que la competencia para analizar de forma integral la validez del convenio arbitral sea compartida por los árbitros y los órganos judiciales.

Además, debe tenerse en cuenta que la adopción de la tesis «débil» podría considerarse incongruente con el art. 41.1.a) de la LArb, ya que en al-

gunos casos los órganos judiciales revisarían de forma completa la validez de la cláusula compromisoria tanto antes del inicio del arbitraje – en la declinatoria– como, posteriormente, tras su finalización –en sede de anulación del laudo–⁴⁷. Así, a pesar del efecto de la cosa juzgada, la existencia de dos mecanismos idénticos para enjuiciar la validez de la cláusula compromisoria en dos momentos distintos da lugar a una situación procesalmente disfuncional.

Por otro lado, también es cierto que el Tribunal Supremo no estaba obligado a elegir entre la tesis «fuerte» y la tesis «débil», ya que, como ha señalado la doctrina científica, existen opciones intermedias que resultaban perfectamente razonables⁴⁸.

⁴⁷ Es cierto que esta disfunción no se produciría en todos los supuestos, sino sólo en aquellos en los que se inicie un procedimiento judicial en el que se formule una declinatoria por sometimiento a arbitraje. Por otro lado, también debe señalarse que parte de la jurisprudencia española ha rechazado que la posibilidad de enjuiciar la validez del convenio en sede de anulación impida el conocimiento pleno de la cuestión en la declinatoria (M. De Benito, *Op. cit.*): «Los tribunales españoles han seguido tradicionalmente el primer sistema, y así han conocido siempre con plenos efectos de la validez del convenio arbitral, con independencia de si se ha incoado ya o no el arbitraje, nada más plantearseles la cuestión por vía de excepción o de declinatoria, y sin que la existencia de la acción de anulación modifique en nada ese conocimiento pleno e inmediato». Aunque, también debe tenerse en cuenta que la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 23 de mayo de 2002 parece separarse de este criterio (M. De Benito, *Op. cit.*): «En todo caso, se hace hincapié incluso, como argumento adicional, en la importancia del *second look* judicial, característica del sistema de Ginebra: el tribunal a quo no tuvo en cuenta que el laudo se hallaba recurrido en anulación y podía, por tanto, ser confirmado (o anulado); ello, en todo caso, en sede de anulación, y no al resolver sobre la excepción de sumisión a arbitraje».

⁴⁸ F. G. Prol, *La validez de la cláusula arbitral en una operación de SWAP derivada de un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) (Comentarios de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo 409/2017 de 27 de junio)*, LA LEY 14287/2017, p. 2:

B.- En segundo lugar, las Confirmaciones sí deben ser entendidas como *la* forma de ejecución del contrato marco.

Las valoraciones del Tribunal Supremo en relación con este punto también presentan reflexiones de interés.

Primero, el requisito de que el sometimiento a arbitraje se produzca de forma «*explícita, clara, terminante e inequívoca*» recuerda en buena medida a los términos empleados por el TS EE.UU., en relación con el *Clear and Unmistakable Evidence Test* –si bien no resulta necesario que las partes manifiesten su voluntad de que sean los árbitros quienes decidan sobre su propia competencia, dado que este extremo ya está expresamente reconocido en el art. 22 de la LArb–⁴⁹.

Segundo, nuestro Alto Tribunal considera que el CMOF y las Confirmaciones tienen una «*sustantividad negocial diferenciada*», por lo que se trata de dos contratos independientes. De acuerdo con lo anterior, considera que el *alcance* del convenio arbitral insertado en el CMOF no abarca la nulidad de las Confirmaciones, ya que su nulidad no se corresponde con la interpretación, cumplimiento y ejecución de las cláusulas del CMOF.

Algunas posiciones han negado que las confirmaciones del CMOF puedan tener *sustantividad negocial* propia, como sostiene el Tribunal Supremo, dado que las operaciones –ya se trate de swaps o de otro tipo de producto financiero– necesitan de la concurrencia de ambos documentos –CMOF y confirmación– para poder configurarse⁵⁰.

«Podría pensarse que la extensión del control de la nulidad del laudo por parte del órgano judicial, debería limitarse a aquellos casos en los que son patentes, claras, manifiestas, la nulidad del convenio, su ineficacia o su inaplicabilidad. Es decir, seguir una vía intermedia situada entre la tesis «fuerte» y la tesis «débil» de interpretación de la aplicación del principio kompetenz-kompetenz, que antes fueron evocadas.

Como ya se ha dicho, el TS no es partidario de ninguna vía intermedia y si de aquella que permite al órgano judicial la revisión de todas las circunstancias que puedan afectar a la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. Posición ésta un poco extrema, ya que, entre que el órgano judicial conozca sólo de la mera apariencia de la existencia de un convenio arbitral y que tenga que conocer de cuantas circunstancias (sin importar su relevancia) puedan afectar a la validez y producción de efectos del convenio arbitral, no parece que haya dificultades irresolubles para encontrar territorios intermedios [...].»

⁴⁹ Vid. nota al pie nº 7 y nº 10.

⁵⁰ F. G. Prol, *Op. Cit.*, p. 7: «*En suma, no parece que se pueda predicar del CMOF y de las Confirmaciones que lo desarrollan el carácter de «sustantividad negocial» que la Sentencia les atribuye. A lo más que se podría*

Es cierto que esta cuestión puede presentar algunas dudas, dado que, normalmente, el consentimiento emitido para la suscripción del CMOF y de las confirmaciones se emite en dos momentos distintos y, en ocasiones, mediante formas también distintas. Así, las confirmaciones suelen concluirse días después de la firma del CMOF y, habitualmente, el consentimiento se emite por vía telefónica –mientras que en el caso del CMOF, se realiza por escrito, mediante firma–. Por lo tanto, debe distinguirse entre dos consentimientos diferentes emitidos por el cliente del banco⁵¹.

Además, también puede interpretarse que el CMOF y las confirmaciones tienen un objeto distinto: de un lado, el objeto del CMOF sería la «*regulación de la relación comercial que surja entre las Partes, como consecuencia de la realización de las Operaciones*»⁵², mientras que el de las confirmaciones podría deno-

minarse «la constitución de una determinada prestación económica, a cambio de un precio –cobertura de tipos de interés, etc.–».

En consecuencia, existiendo dos consentimientos emitidos de forma separada, y dos objetos distintos, podría entenderse que se trata también de dos contratos distintos –*aunque íntimamente relacionados*– que pretenden regular una sola operación económica –piénsese, por ejemplo, en que muchas operaciones de inversión se articulan mediante una pluralidad de contratos–.

La anterior conclusión no obsta para que la decisión del Tribunal Supremo pueda considerarse desacertada, habida cuenta que, tanto si se trata de dos documentos que no tienen *sustantividad comercial* propia, como si se entiende que se trata de dos contratos conexos, la consecuencia sigue siendo la misma: las Confirmaciones son la

llegar, es a considerarlos como elementos formales (que plasman la voluntad de las partes) dotados de una cierta «singularidad documental», ya que son dos documentos diferentes, pero de cuya conjunción surge la operación, el negocio, que las partes han querido realizar».

⁵¹ Piénsese, de un lado, en un contrato que incorpora diversos anexos que pueden regular aspectos muy diversos del negocio jurídico que pretende constituirse. En estos casos, el contrato consta de distintos documentos, pero se emite el único consentimiento para la celebración del negocio –la firma–. De otro lado, esos mismos documentos pueden formalizarse separadamente, de forma que se suscriban distintos contratos, en cada uno de los cuales las partes habrían emitido un consentimiento independiente para contratar. En el primer caso, tenemos una operación regulada en un único contrato –con distintos anexos–; en el segundo caso, tenemos una operación regulada en distintos contratos, cada uno de los cuales regula una parte de la operación económica que pretende constituirse.

⁵² CMOF, Cláusula Segunda.

única forma posible para que se lleve a cabo la *ejecución* del CMOF.

Así, cabría plantearse ¿de qué otra forma puede ejecutarse el CMOF si no es con la suscripción de las distintas operaciones previstas en dicho contrato marco? Resulta evidente que no podrían producirse ningún tipo de disputas respecto a la ejecución del CMOF si no llegara a suscribirse ninguna operación. De hecho, ni siquiera podría incumplirse obligación alguna, dado que la realización de la prestación y el pago del precio únicamente se configuran/fijan desde el momento en el que las partes formalizan un swap, una opción o futuro, una compra-venta de divisas, etc.

Por lo tanto, la única forma posible en la que el CMOF puede ser *ejecutado*, de acuerdo con el objeto expresado en su Cláusula Segunda, es mediante la conclusión de las diversas operaciones.

Con arreglo a lo anterior, el inciso final empleado por el Alto Tribunal - *«no puede aceptarse que en este caso Agrumexport, al prestar su consentimiento al contrato de adhesión que le fue propuesto por Banco Popular, hubiera aceptado clara e inequívocamente someter a arbitraje*

cuestiones que distintas de la interpretación, cumplimiento y ejecución de las cláusulas del CMOF y, en concreto, la anulación por error vicio del contrato swap y del contrato put concertados en el ámbito de dicho contrato marco» - debería llevarnos a la tesis contraria. En efecto, si la única forma de ejecutar el CMOF es la suscripción de operaciones, ha de concluirse que Agrumexport aceptó *clara e inequívocamente* someter a arbitraje las cuestiones relativas a la validez de las operaciones - ante la ausencia de otros argumentos adicionales por parte del Tribunal Supremo-.

IV. Reflexiones sobre el enfoque adoptado por el TSE E.U., en Henry Schein frente al criterio del Tribunal Supremo español en su sentencia de 27 de junio de 2017

Es evidente que las decisiones emitidas en por el TSE E.U., y por el Alto Tribunal español son distintas, adoptan criterios distintos, y el ordenamiento jurídico sobre el que se apoyan son también radicalmente distintos. Así, no parece posible analizar cuál de estas resoluciones adopta una decisión más certera, dado que ambas sentencias tienen la obligación de ajustarse a las normas emitidas por los respectivos órganos

legislativos, y a interpretarlas –en mayor o menor medida– guardando una cierta coherencia con las resoluciones previamente dictadas.

No obstante, resulta interesante revisar el enfoque adoptado por ambos Tribunales, así como el espíritu con el que permiten el sometimiento a arbitraje como medio de resolución de conflictos –ya sea a favor o en contra–.

De un lado, en Estados Unidos el FAA regula esta materia, estableciendo que los tribunales nacionales deberán comprobar que existe un acuerdo de arbitraje antes de remitir el enjuiciamiento de la controversia a los árbitros⁵³.

Además, el principio *kompetenz-kompetenz* no tiene rango legal, sino que, de acuerdo con el *Clear and Unmistakable Evidence Test*, debe ser pactado por las partes en la cláusula compromisoria como medio indispensable para que los árbitros puedan decidir sobre el alcance del convenio arbitral.

De otro lado, en España, el art. 22.1 de la LArb establece expresamente que los árbitros son competentes para decidir sobre su propia competencia. De esta forma, en principio,

el problema de si los árbitros pueden enjuiciar la arbitrabilidad de la controversia queda automáticamente resuelto –sin perjuicio de que pueda interpretarse la voluntad de las partes caso por caso–.

Sobre la base de lo anterior, es llamativo que el TS EE.UU., aplique de forma más restrictiva el principio *kompetenz-kompetenz* que el Tribunal Supremo español, a pesar de que en Estados Unidos este principio no esté tan claramente respaldado en el FAA como lo está en la LArb.

Como hemos visto, en *Henry Schein*, el TS EE.UU., llegó a afirmar «[w]e must interpret the Act as written, and the Act in turn requires that we interpret the contract as written. When the parties' contract delegates the arbitrability question to an arbitrator, a court may not override the contract. In those circumstances, a court possesses no power to decide the arbitrability issue». En cambio, nuestro Alto Tribunal mantiene un espíritu absolutamente contrario al expuesto por el TS EE.UU., al realizar un enjuiciamiento completo del alcance del convenio arbitral a pesar de que el principio *kompetenz-kom-*

⁵³ Sección 4 de la FAA.

petenz esté expresamente consagrado en la LArb.

El TS EE.UU., distingue entre aquellos casos en los que la existencia y validez del contrato de arbitraje es impugnado, de aquellos otros en los que es el *alcance* del convenio lo que debe ser determinado, aplicando criterios distintos en cada caso. Por el contrario, el Tribunal Supremo español acoge la tesis «débil» del principio *kompetenz-kompetenz* incluso con respecto al *alcance* del convenio arbitral⁵⁴.

Esta diferencia de enfoque no se produce exclusivamente al comparar la postura del Tribunal Supremo español con el TS EE.UU., sino que también puede apreciarse en relación con otros países de nuestro entorno, o en lo que se refiere a la interpretación atribuida a la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje internacional.

En este sentido, Francia adopta un enfoque *prima facie*, en el que los órganos judiciales refieren la disputa a arbitraje a menos que el convenio sea manifiestamente nulo⁵⁵.

Además, el art. 8.1 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje internacional ha sido interpretado por los tribunales internacionales de dos maneras distintas: esto es, (i) han entendido que el papel de las cortes nacionales es establecer si el acuerdo de arbitraje es *válido*⁵⁶, o (ii) han adoptado un enfoque «*prima facie*»⁵⁷.

Debemos concluir que la aplicación de la tesis «débil» del principio *kompetenz-kompetenz* no se corresponde con la perspectiva adoptada en otras jurisdicciones mucho más avanzadas en el ámbito del arbitraje internacional.

⁵⁴ A. I. Blanco y P. Quizá, *Op. cit.*, pp. 547-549.

⁵⁵ G. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolter Kluwers, 2016 (Segunda Edición), p. 57: «In France, statutory provisions and judicial authority recognize a “prima facie” approach to challenge to arbitral jurisdiction. If a jurisdictional objection is raised in a French court [...], the court will refer the parties to arbitration unless the putative arbitration agreement is “manifestly null”; if an arbitral tribunal has already been constituted, a French court will note *ven consider whether the arbitration clause is manifestly null, and will instead simply refer the parties to arbitration*». Véase también R. Hulbert, *Op. Cit.*, pp. 5-6.

⁵⁶ Sentencia de 7 de octubre de 2002, 2003 NJW-RR 354 (Bavarian Oberstes Landesgericht); *Yawata Ltd v. Powell*, [2000] D.C.R. 334 (Wellington Dist. Ct.); *Walter Rau Neusser Oelund Fett AG v. Cross Pac. Trading Ltd*, [2005] FCA 1111 (Australian Fed. Ct.) vía G. BORN, *Op. cit.*, p. 58.

⁵⁷ *Shin-Etsu Chem. Co. v. Aksh Optifibre Ltd*, XXXI Y.B. Comm. Arb. 747, 784 (2206) (Indian S.Ct. 2005); *Gulf Canada Res. Ltd v. Arochem Int'l Ltd*, (1992) 66 BCLR2d 113, 114 (B.C. Ct. App.); *Skandia Int'l Ins. Co. v. Al Amana Ins. & Reins. Co.*, [1994]. Bda LR 30 (Bermuda S.Ct.) vía G. BORN, *Op. cit.*, p. 58.

V. Conclusión

Desde el dictado del *AT&T* y de *First Options*, la doctrina y jurisprudencia estadounidense venía debatiendo sobre la pertinencia de aplicar el *Wholly Groundless Test* como segundo control de arbitrabilidad una vez confirmado que las partes habían decidido *clara e inequívocamente* que los árbitros resuelvan sobre su propia competencia –el denominado *Clear and Unmistakable Evidence Test*–.

En *Henry Schein*, el TS EE.UU., ha aclarado que el *Wholly Groundless Test* resultaría incompatible con el FAA, por lo que su aplicación debe ser descartada definitivamente.

En esta resolución, el TS EEUU también parece haber adoptado la tesis de aquella parte de la doctrina estadounidense que defendía que, de acuerdo con los casos *John Wiley & Sons Inc. v. Livingston*, *Prima Paint v. Flood & Conklin* y *AT&T v. CWA*, la existencia y validez del acuerdo de arbitraje debe ser siempre enjuiciada por los órganos judiciales, mientras que las cuestiones relativas al *alcance* del convenio arbitral pueden ser decididas por los árbitros si las partes lo acordaron de forma *clara e inequívoca*.

Además, el TS EE.UU., adopta un enfoque favorable al arbitraje, en el que establece de forma categórica que el arbitraje es *una materia contractual*.

En consecuencia, si las partes han decidido someter la arbitrabilidad de la controversia a los propios árbitros, los tribunales nacionales no tienen autoridad para entrar a conocer esta cuestión.

Esta reciente resolución del TS EE.UU., contrasta, desde un punto de vista de Derecho comparado, con la sentencia del Tribunal Supremo español de 27 de junio de 2017, en la cual defendió acoger la llamada tesis «débil» del principio *kompetenz-kompetenz* –que, al contrario que la FAA, está expresamente recogido en el art. 22.1 de la LArb–.

De acuerdo con este pronunciamiento, los órganos judiciales españoles están facultados para realizar una revisión completa tanto de la existencia y validez como del *alcance* del convenio arbitral en aquellos casos en los que esta cuestión se plantee mediante declinatoria.

La postura del Tribunal Supremo español no sólo contrasta con la del TS EE.UU., sino que también restringe el principio *kompetenz-kompetenz* en mayor medida de lo que lo hacen

otros países que han venido interpretando las normas internacionales que regulan esta cuestión.

En definitiva, resultaría conveniente que el Alto Tribunal español modulara su reciente doctrina en favor de opciones «intermedias» que permitan a los tribunales rechazar la vía arbitral en aquellos casos en los que se observen defectos graves en la celebración del acuerdo de arbitraje. Esta posibilidad permitiría que los tribunales puedan revisar si existen irregularidades graves en la cláusula compromisoria sin que ello conlleve la realización de un enjuiciamiento completo de la existencia, validez y alcance del contrato de arbitraje.

Renovables: ¿Sigue México los pasos de España?

Carlos Molina Esteban*

Principia No. 5–2021 pp 89-126

Resumen: Los casos de arbitraje de inversión dirigidos contra España por el cambio regulatorio en el ámbito de la energía renovable constituyen un fenómeno sin precedentes. Se plantearon 47 basados en una sola medida: el Real Decreto 661/2007 y su posterior derogación. En fechas recientes parece que algunos estados están siguiendo los pasos de España, sustituyendo un régimen favorable para la producción renovable por uno menos ventajoso. Un buen ejemplo sería el cambio regulatorio en México. En el presente artículo se analizará como ha sido este cambio legislativo en España y México (trazando paralelismos entre una situación y otra) y posteriormente se analizarán las principales conclusiones alcanzadas en los laudos de renovables españoles, así como su posible aplicabilidad al contexto mexicano.

Abstract: The Spanish cases on renewable energies are an unprecedented phenomenon. Fundamentally, 47 investment arbitration cases were filed based on a single legislative measure: Royal Decree 661/2007 and its later abrogation. It appears that a number of states are following Spain's footsteps, abandoning a favorable legislative framework for renewable energies in favor of a more disadvantageous one. A good example of this trend is Mexico. This article will analyze the legislative change in Spain and Mexico (showing the similarities of both situations) and will later analyze the fundamental conclusions reached by Arbitral Tribunals deciding on the Spanish renewable cases, as well as the potential relevance of such conclusions in the Mexican context.

Palabras Claves: Energías Renovables, Casos españoles, España, México, Tratado de la Carta de Energía, Trato Justo y Equitativo, Expropiación, Cláusula Paraguas.

Keywords: Renewable Energies, Spanish Cases, Spain, Mexico, Energy Charter Treaty, Fair and Equitable Treatment, Expropriation, Umbrella Clause.

*Carlos Molina Esteban: Doble Grado Derecho y Administración de Empresas en ESADE Law & Business School, Barcelona; LLM in Transnational Arbitration and Dispute Settlement en Sciences Po Law School, París; actualmente Asociado en B. Cremades & Asociados, Madrid. El presente artículo se basa en la opinión personal del autor y no necesariamente refleja la opinión del despacho al que estoy asociado ni la de ninguno de sus clientes.

Sumario: I. Introducción, II. Las renovables en España, A. La situación ex ante: “el sol puede ser suyo”, B. El precio del éxito: el déficit tarifario y las reformas en renovables, III. Las renovables en México, A. Un régimen favorable para las renovables en México, 1. Un déjà vu: el cambio de régimen en México, IV. Objeciones Jurisdiccionales, B. Estándares sustantivos, 1. Trato Justo y Equitativo, 2. Expropiación, 3. Cláusula paraguas, V. Otras cuestiones relevantes: la ejecución de laudos y el Real Decreto-Ley 17/2019, VI. Conclusión

I. Introducción

Los casos de renovables españoles han tenido un efecto decisivo sobre el panorama de arbitraje de protección de inversiones en España. El país ha pasado a ser el tercer estado más demandado en arbitraje del mundo, presentándose hasta 47 reclamaciones contra España por este motivo y estando en juego indemnizaciones por valor de entre 7.500 y 8.000 millones de euros. Sin duda es una situación indeseable para cualquier país, que debería disuadir a otros estados de emprender la vía seguida por España¹. En el artículo nos centraremos en un país que parece seguir los (malos) pasos de España: México.

El objetivo de este artículo es explorar si, y en qué manera, la situación que se ha dado en España podría ser aplicable al contexto mexicano. Todo este análisis se realiza con la

advertencia o cautela, de que no se han planteado por el momento reclamaciones por arbitraje de inversión en México. En las siguientes secciones se analizará (i) la regulación de la producción renovable en España y su evolución de 2007 a 2013; (ii) la regulación del régimen de renovables en México y (iii) las principales conclusiones a extraer de los casos de renovables españoles y su aplicabilidad al contexto mexicano.

II. Las renovables en España

A. *La situación ex ante: “el sol puede ser suyo”*

En España el inicio del régimen regulatorio, cuya abrogación acabaría por dar lugar a más de 50 casos de arbitraje de inversión, debe situarse en la aprobación de la Ley del Sector Eléctrico de 1997 (“LSE 1997”)². Esta ley perfilaba la creación de un régimen especial que regulara las

¹ Disputas similares podrían llegar a darse en Argentina, Ucrania y, como analizaremos, México.

² Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

energías renovables, desarrollado en su Título IV, Capítulo II. El artículo 27 de la LSE 1997 establecía la existencia del régimen especial al que se podrían acoger, entre otras, plantas con potencia instalada de menos de 50 MW siempre que “utilice como energía primaria alguna de las energías renovables no consumibles, biomasa o cualquier tipo de biocombustible...”. El artículo 28 disponía que “Las instalaciones autorizadas para este tipo de producción [del régimen especial] de energía eléctrica gozaran de un trato diferenciado según sus particulares condiciones, pero sin que quepa discriminación o privilegio alguno entre ellas”³.

Queda claro que ya en 1997, cuando las energías renovables eran un fenómeno incipiente en España, se preveía que estas gozaran de un régimen privilegiado respecto a otras formas de generación de energía. Esto adquirió más importancia en 2001, cuando fruto de la Directiva 2001/77/CE España adquirió un compromiso concreto hacia la Unión

Europea de alcanzar un 22,1% de producción de electricidad por energías renovables para 2010 (artículo 3 de la Directiva). Así en 2004 se realizaron las primeras reformas del Sector Eléctrico para hacerlo más atractivo para los productores de energías renovables. Se promulgó el Real Decreto 436/2004 (“RD 436/2004”), cuyo artículo 22⁴ establece dos modalidades de venta de energía para las empresas que se acogan al régimen especial 1) ceder la energía a la empresa distribuidora de energía eléctrica al precio marcado por una tarifa regulada⁵; o 2) vender la electricidad libremente en el mercado, al precio que resulte en el mercado organizado o el precio libremente negociado por titular o representante de la instalación complementado por un incentivo⁶ y una prima⁷.

Estas medidas no tuvieron el efecto esperado, las bonificaciones eran demasiado bajas y fluctuantes para atraer una inversión significativa⁸. Por ello, se hizo necesario reforzar

³ *Id.*, artículo 27.

⁴ Real Decreto 436/2004 de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, artículo 22.

⁵ *Id.*, artículo 23.

⁶ *Id.*, artículo 25.

⁷ *Id.*, 24

⁸ Secretaría General de Energía, Dirección General de Política Energética y Minas, *La Energía en España* (España: División de Información, Documentación y Publicaciones, 2004), 115, cuadro 8.5.

los incentivos que se ofrecían a los productores de energías renovables. Resulta importante mencionar que en este momento ya existieron diversas sentencias del Tribunal Supremo español (“TS”) analizando la legalidad de estas reformas al sistema eléctrico. En este sentido resulta esclarecedora la Sentencia del TS (“STS”) de 15 de diciembre de 2005⁹. En ella se confirma la legalidad de la modificación del régimen que constituía el Real Decreto 436/2004. Con ello quedó claro que el TS preveía la legalidad de cambios en el régimen legislativo de las energías renovables.

Reforzando sus esfuerzos legislativos, España elaboró el “Plan de Energías Renovables en España 2005-2010” (“PER”), que fijaba un objetivo todavía más ambicioso que el de la UE, pretendiéndose obtener un porcentaje de producción de energía renovable del 29,4% para 2010. Resulta interesante que este

plan ya previera una rentabilidad de los proyectos tipo que se calculó en una Tasa Interna de Retorno (“TIR”) de aproximadamente un 7%¹⁰. Este último concepto de rentabilidad tipo o rentabilidad razonable acabaría por tener una enorme importancia con las reformas a la legislación de las renovables en 2013 como veremos *infra*. También resulta fundamental que en este plan ya se hablara de la necesidad de dotar de estabilidad y predictibilidad al régimen remuneratorio.

Para alcanzar el objetivo fijado en el PER, en 2007, se aprobó la medida estrella que más tarde sería el objeto principal de las reclamaciones contra España, el Real Decreto 661/2007 (“RD 661/2007”)¹¹. El fin de este Real Decreto era mejorar la retribución de las tecnologías menos maduras, como la biomasa y la solar térmica, para poder alcanzar los objetivos del Plan de Energías Renovables 2005-2010 y los com-

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de diciembre de 2005 (RCA 73/2004). En el Fundamento Jurídico Noveno concluye (“el nuevo sistema de retribución implantado por el RD 436/2004 ha modificado la sistemática del anterior, sin que la parte recurrente haya logrado acreditar ninguna vulneración -en esta alegación, ni siquiera se aduce- de los parámetros que la LSE impone. Por ello, ninguna objeción podría haber a la modificación de la forma de computar tarifas o primas en tanto no choque con lo dispuesto por la Ley... en este caso... tampoco se fundamenta dicha apelación en argumentos concretos sobre la esencialidad del supuesto cambio y su incidencia sustancial en el equilibrio de derechos y obligaciones de las instalaciones afectadas”).

¹⁰ Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, *Plan de Energías Renovables en España 2005-2010* (España: Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, 2005), 274.

¹¹ Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

promisos contraídos por España a nivel comunitario¹². El RD 661/2007 fija un sistema estable de ayudas que garantizan una rentabilidad atractiva a la producción de energía eléctrica en régimen especial¹³. Y así fue, la aprobación fue un cambio significativo respecto al régimen anterior. Comentamos algunos de sus puntos más relevantes:

- i. En el artículo 17(e) se garantiza a los productores en régimen especial una prioridad en el acceso a la red, de modo que se les asegura que puedan introducir su energía en la red eléctrica al precio acordado¹⁴.
- ii. Los artículos 24.4, 25 y 27, establecían que los productores podían optar¹⁵ entre vender la energía a una tarifa fija¹⁶ (opción fija) por unidad de producción o una remuneración variable estableciéndose una prima por unidad¹⁷ que se añadía al precio de mercado (opción

variable). En esta opción si el precio de mercado garantizaba la cobertura de costes, no se pagaba la prima (límite superior), sí se pagaba cuando el precio era inferior a un determinado importe (límite inferior).

- iii. Los artículos 36 y 44 establecían esta remuneración para toda la vida de la instalación sin límite alguno¹⁸.
- iv. El artículo 44.3 establece que a partir del año 2010 se revisarían las tarifas, primas, complementos y límites superior e inferior, eso sí, “garantizando siempre unas tasas de rentabilidad razonables”¹⁹. Todos estos elementos se actualizarán además anualmente con referencia al IPC²⁰.

Junto con este RD la reforma de las renovables se complementó con la

¹² *Id.*, Exposición de motivos.

¹³ *Id.*, artículo 1.

¹⁴ *Id.*, artículo 17(e).

¹⁵ *Id.*, artículo 24.4.

¹⁶ *Id.*, artículo 25.

¹⁷ *Id.*, artículo 27.

¹⁸ *Id.*, artículos 36 y 44.

¹⁹ *Id.*, artículo 44.3. Como se verá este término tendrá una importancia fundamental.

²⁰ *Id.*, artículo 44.1 y 44.2.

reforma de la LSE mediante la Ley 17/2007²¹.

En noviembre de 2008 el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (“IDAE”) emitió un panfleto que tenía por objeto responder a las preguntas clave sobre energía fotovoltaica. En el punto 5 de este documento se lista la regulación aplicable a las renovables en aquel momento incluyendo el RD 661/2007. El documento se tituló “El sol puede ser suyo”²², cosa que posteriormente sería utilizado por varios inversores para demostrar posibles compromisos o representaciones que habría realizado el Estado.

Este conjunto de medidas fueron un éxito a la hora de atraer inversiones en renovables a España. De hecho, para 2011 las renovables se habían

convertido en una de las principales fuentes de generación eléctrica²³.

B. El precio del éxito: el déficit tarifario y las reformas en renovables

Sin embargo, las reformas en renovables resultaron ser un “arma de doble filo” pues causaron un enorme déficit tarifario que alcanzó los 26.000 millones de euros²⁴. Por déficit tarifario se entiende:

Un déficit tarifario implica la acumulación de un déficit o deuda en el sector eléctrico [...] El déficit se acumula porque las tarifas fijadas legalmente, que deberían cubrir los costes de operación del sistema, incluyendo p.ej. el apoyo a las renovables, o bien se han fijado demasiado bajas o se les está impidiendo aumentar a un nivel que permita cubrir los incrementos en los costes de producción o servicios²⁵.

²¹ Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

²² Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, *El Sol puede ser suyo, Respuestas a todas las Preguntas Clave sobre Energía Solar Fotovoltaica* (España: Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, 2008).

²³ Secretaría General de Energía, Dirección General de Política Energética y Minas, *La Energía en España* (España: División de Información, Documentación y Publicaciones, 2011), p. 220, cuadro 8.6. Según este cuadro la contribución de la electricidad renovable a la producción bruta de electricidad habría evolucionado de un 14,5% en 2005 a un 31,6% en 2011.

²⁴ Andrés Cala, “Renewable Energy in Spain Is Taking a Beating”, *The New York Times*, el 8 de octubre de 2013, <https://www.nytimes.com/2013/10/09/business/energy-environment/renewable-energy-in-spain-is-taking-a-beating.html>.

²⁵ Asa Johannesson, et. al., “Electricity Tariff Deficit: Temporary or Permanent Problem in the EU?”, *Economic Papers* 534, (octubre 2014): 7. (traducción libre). Versión original (“A tariff deficit implies that a deficit or debt is built up in the electricity sector [...] A deficit is accumulated due to the fact that the regulated tariffs which should cover the system’s operating costs, including e.g. support to renewables, are either set too low or not allowed to increase at a pace that cover rising production or service costs”).

El creciente déficit tarifario unido al impacto de la crisis económica de 2008 posterior a la quiebra de Lehmann Brothers motivó la reforma de la regulación de las renovables. Los primeros pasos en este sentido se tomaron en 2009, cuando, mediante Real Decreto Ley 6/2009²⁶, se creó un mecanismo de registro para las instalaciones que se beneficiaran del régimen del Real Decreto 661/2007, por la que se supeditaba el acceso a la remuneración al cumplimiento de requisitos administrativos y financieros. Además, se creó un mecanismo para la financiación del déficit tarifario acumulado.

En 2010 se sucedieron las medidas en renovables: En primer lugar, se aprobó el Real Decreto 1003/2010²⁷ que requería la acreditación de la instalación de equipos para la producción de energía. Adicionalmente, el Real Decreto Ley 1614/2010²⁸ eliminó las horas equivalentes de funcionamiento con

derecho a prima para plantas termoeléctricas y eólicas. El Real Decreto Ley 14/2010²⁹ hizo lo propio para las fotovoltaicas. Además, se introdujo un peaje de acceso a las redes de transporte para los productores en base a la incidencia de la actividad en el desarrollo de las redes de transporte y distribución. Por su parte, el Real Decreto 1565/2010³⁰ modificaba el RD 661/2007. En su exposición de motivos se establece que el crecimiento de la producción de energía renovable en España junto con las “características estructurales de nuestro sistema eléctrico, obligan al establecimiento de requisitos técnicos adicionales para garantizar el funcionamiento del sistema”³¹.

En 2011 se redoblaron los esfuerzos por reformar el régimen de las renovables fruto de la victoria electoral de Mariano Rajoy, quien en su discurso de investidura se refirió al déficit ta-

²⁶ Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social.

²⁷ Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, por el que se regula la liquidación de la prima equivalente a las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica en régimen especial.

²⁸ Real Decreto 1614/2010, de 7 de diciembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoelectrica y eólica.

²⁹ Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.

³⁰ Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

³¹ *Id.*, Exposición de motivos.

rifario como uno de los principales retos del ejecutivo³².

En 2012 se aprobaron nuevas medidas. En primer lugar, se aprobó la Ley 15/2012³³ por la que se creó un impuesto del 7% sobre todo tipo de energía producida. Además, el Real Decreto Ley 1/2012³⁴ que se aplicaba a instalaciones no inscritas (i) suprimía los incentivos para dichas instalaciones y (ii) suspendía el procedimiento de preasignación de retribución respecto a ellas.

Por último, en 2013 llegaron las medidas de mayor impacto. Mediante Real Decreto Ley 2/2013³⁵, se eliminó la “modalidad variable”, pudiendo los productores elegir entre la opción fija o vender la electricidad a precio de mercado. Asimismo, las actualizaciones ya no se basarían en el IPC sino en una cesta propia³⁶. Y finalmente, en el

Real Decreto Ley 9/2013³⁷ y a través de la Ley 24/2013 se suprimió el régimen de 2007, creándose un esquema de remuneración alternativo basado en una “retribución específica” sobre la base de los ingresos, costes y valor de la inversión inicial de una “instalación tipo” descrita como una “empresa eficiente y bien gestionada”³⁸. Todo esto se complementó con el Real Decreto 413/2014 que “determina la metodología del régimen retributivo específico”³⁹ aplicable a plantas renovables – es decir – detalla el esquema retributivo del la Ley 9/2013, así como la Orden Ministerial IET 1045/2014 que fija los parámetros retributivos de las instalaciones tipo sobre las que

³² Luis García, “Discurso de investidura: Rajoy ahorrará 16.500 millones, eliminará puentes y prejubilaciones”, *La Vanguardia*, 19 de diciembre de 2011, <https://www.lavanguardia.com/politica/20111219/54241270412/rajoy-discurso-investidura-ahorrara-16-50-millones-eliminara-puentes-prejubilaciones.html>.

³³ Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética.

³⁴ Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos.

³⁵ Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero.

³⁶ *Id.*, artículo 1.

³⁷ Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

³⁸ *Id.*, artículo 1.2.

³⁹ Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, Exposición de Motivos, III.

se basa el nuevo régimen⁴⁰. En este sentido, se preveía una remuneración razonable para las plantas que ascendía a una TIR del 7,398% o 7,503%, actualizada posteriormente a 7,09%.

El cambio de régimen supuso, según los inversores, una pérdida de rentabilidad. En consecuencia, diversos inversores plantearon un conjunto de acciones tanto en litigación doméstica como en sede de arbitraje de inversión. Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo españoles tuvieron oportunidad de pronunciarse sobre la legalidad de las reformas en renovables según la legislación española.

Mediante Sentencias del Tribunal Constitucional (“STC”) 183/2014, de 6 de noviembre de 2014⁴¹, STC 270/2015, de 17 de diciembre de 2015⁴² y STC 30/2016, de 18 de febrero de 2016⁴³ se resolvieron varios recursos de inconstitucionalidad contra los recortes en renovables. Los recursos se centraban en que la reforma sería contraria a los princi-

pios de jerarquía normativa del artículo 9.1 de la Constitución Española, seguridad jurídica y prohibición de retroactividad (artículo 9.3 CE) así como por infringir los artículos 10 y 13 del Tratado de la Carta de Energía (“TCE”). El Tribunal Constitucional consideró que (i) que la contradicción de normas domésticas con Tratados internacionales no obsta a su constitucionalidad, (ii) que el cambio legislativo no es contrario a la constitución mientras sean previsibles y reflejen el interés público⁴⁴; y (iii) que no hay aplicación retroactiva de la norma en tanto que el nuevo régimen se aplicaba a futuros efectos de situaciones jurídicas creadas bajo el régimen anterior (de modo que los cambios se aplicaban *ex nunc* y no *ex tunc*, siendo acordes al estándar fijado por el Tribunal Constitucional).

Del mismo modo, el TS también se pronunció sobre los recortes en renovables, estimándolos acordes con la legislación española en varias ocasiones incluyendo STS 3268/

⁴⁰ Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, artículo 1.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2014, 6 de noviembre de 2014.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015, 17 de diciembre de 2015.

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional 30/2016, 18 de febrero 2016.

⁴⁴ *Id.*

2017⁴⁵, STS 3531/2017⁴⁶, STS 3266/2017⁴⁷, y STS 3449/2017⁴⁸. Como muestra del razonamiento seguido por el Tribunal Supremo en estas decisiones nos referimos a la STS 3268/2017 en la que, entre otras cuestiones, se discutía la conformidad de algunas disposiciones del Real Decreto 413/2014 con la legalidad española. El Tribunal concluyó que el nuevo régimen (i) no contravenía la competencia igualitaria entre productores contenida en la LSE porque el nuevo sistema aseguraría una rentabilidad razonable para una instalación “eficiente y bien gestionada”⁴⁹, cosa que ya se establecía en la Disposición Final Tercera de la LSE; (ii) no contraviene el principio de irretroactividad de las normas no favorables, pues esta solo aplica a penalidades y sanciones restrictivas de derechos individuales; (iii) no contraviene los principios de seguridad jurídica y expectativas legítimas por no poder existir en una materia tan compleja y cambiante como la energía una expectativa de estabilidad

regulatoria. Del mismo modo argumenta el Tribunal que el cambio legislativo era previsible para cualquier inversor diligente, dada la acumulación del déficit tarifario. Asimismo, para defraudar las expectativas legítimas de los inversores, el Gobierno español tendría que haber dado “compromisos o signos externos concluyentes”⁵⁰ en el sentido de que se iba a mantener el estándar regulatorio anterior. (iv) no contraviene los principios de proporcionalidad y estabilidad⁵¹, pues el cambio de la regulación sería proporcional a la gravedad del creciente déficit tarifario, no habiéndose demostrado la existencia de una medida menos gravosa que consiguiera resultados similares. Por último, (v) no sería contrario a la Directiva 2012/72/EC que solo impone una obligación de incentivar las energías renovables y asegurar el acceso a la red eléctrica para productores de energía renovable, teniendo los estados miembro discreción en su implementación.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 3268/2017, de 14 de septiembre de 2017.

⁴⁶ Sentencia de Tribunal Supremo 3531/2017, de 13 de octubre de 2017.

⁴⁷ Sentencia de Tribunal Supremo 3266/2017, de 14 de septiembre de 2017.

⁴⁸ Sentencia de Tribunal Supremo 3449/2017, de 17 de septiembre de 2017.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 3268/2017, de 14 de septiembre de 2017, Fundamento Jurídico Cuarto.

⁵⁰ *Id.*, Fundamento Jurídico Sexto.

⁵¹ En la sentencia se discute además un argumento basado en la concurrencia de desviación de poder en la aprobación del Real Decreto 413/2014 y la Orden IET 1045/2014. No se discutirá aquí este argumento.

Habiendo fracasado las acciones ante los tribunales españoles, numerosos inversores extranjeros plantearon contra España una multitud de casos de arbitraje de inversión. Según datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, tal y como adelantamos en la introducción, España se convirtió en el tercer país más demandado del mundo⁵². Estas disputas, las lecciones que de ellas se puede aprender y su aplicabilidad al caso mexicano serán objeto de examen en la sección III del artículo.

III. Las renovables en México

A. Un régimen favorable para las renovables en México

El desarrollo de la regulación de energías renovables en México ofrece algunos paralelismos con lo acontecido en España. Como veremos, se crea a partir de 2008 un clima regulatorio favorable para la inversión en renovables que se modifica sustancialmente con la entrada de Andrés Manuel López Obrador a la presidencia del gobierno federal.

Uno de los primeros pasos en el fomento de las energías renovables en México es la aprobación de la Ley para el Aprovechamiento Sustentable de la Energía de 2008⁵³, mediante la que se creó la Comisión Nacional para el Uso Eficiente de la Energía que tenía como misión la promoción de la energía eficiente y ser un cuerpo técnico en el uso sostenible de la energía. En 2012, con la aprobación de la Ley General de Cambio Climático se establecía como meta que el 35% de la generación eléctrica proviniera de fuentes limpias para 2024⁵⁴. De manera similar al PER en España, la promoción de las energías renovables también se establece como elemento de la Estrategia Nacional de Energía 2013-2027⁵⁵.

En 2013, justo cuando en España se estaban aprobando los principales “recortes” a las renovables, en México se le estaba dando un impulso significativo a las mismas a través de la reforma constitucional de 20 de diciembre de 2013. La reforma pretende modificar el modelo anterior

⁵² Información extraída de: UNCTAD Investment Policy Hub, “Investment Dispute Settlement Navigator”, United Nations Conference on Trade and Development, consultado el 05 de agosto de 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

⁵³ Ley para el Aprovechamiento Sustentable de la Energía, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de noviembre de 2008.

⁵⁴ Ley General de Cambio Climático, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2012.

⁵⁵ Secretaría de Energía, Estrategia Nacional de Energía (México: Secretaría de Energía, 2013).

“para agregar capacidad de energías renovables a gran escala mediante la creación de un mercado competitivo de generación administrado por el Estado a través de un operador independiente, y el establecimiento de certificados de energías limpias”⁵⁶. Según este sistema los beneficios obtenidos por la generación de energía se repartían entre el sector público y el privado, tras haberse acordado contratos (manteniéndose los recursos naturales en manos del estado). Se pretendía así un incremento de la competitividad del sector energético. En este sentido se modificaron los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución⁵⁷.

A través de la Ley de la Industria Eléctrica (“LIE”), de 11 de agosto de 2014⁵⁸, se establece un sistema de Certificados de Energía Limpia (“CEL”) que permite que plantas con diferentes tecnologías compitan por ofrecer un precio más bajo. Las Bases del Sistema eléctrico (Base

14) de 2015 regula además la subasta de energías limpias⁵⁹.

El 10 de octubre de 2014, se publican los Lineamientos que, en su Sección II(4), establecen los criterios para el otorgamiento de CELs⁶⁰. Pudiendo acceder a éstos (i) Centrales Eléctricas Limpias que entren en operación después del 11 de agosto de 2014 y (ii) Centrales Eléctricas Legadas (operando antes del 11 de agosto de 2014) que generen a partir de Energías Limpias siempre y cuando realicen un proyecto para aumentar su producción de Energía Limpia.

Por último, la Ley de Transición Energética de diciembre de 2015 fortalece la necesidad de aumentar la eficiencia energética y fomentar la inversión en renovables⁶¹. Se completaba con ello un régimen muy favorable para las energías renovables en México. Si bien los incentivos a las renovables en España podían ser económicamente

⁵⁶ Propuesta de Reforma Constitucional, 2013.

⁵⁷ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013.

⁵⁸ Ley de la Industria Eléctrica, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014.

⁵⁹ Acuerdo por el que la Secretaría de Energía emite las Bases del Mercado Eléctrico, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de septiembre de 2015, Base 14.

⁶⁰ Lineamientos que establecen los criterios para el otorgamiento de Certificados de Energías Limpias y los requisitos para su adquisición, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de octubre de 2014.

⁶¹ Ley de Transición Energética, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 2015, artículos 2 y 10(V) entre otros.

más atractivos (se garantizaba un nivel de rentabilidad de la inversión), la expectativa de estabilidad de la regulación de las renovables podía ser mayor en México, pues la reforma energética estaba consagrada en la constitución.

1. Un déjà vu: el cambio de régimen en México

A partir de 2018, con la victoria electoral de Andrés Manuel López Obrador se empieza a modificar este régimen, para fortalecer a dos de las principales empresas públicas de México: Pemex y, sobre todo, la Comisión Federal de Electricidad (“CFE”)⁶².

El primer paso lo dio el 3 de diciembre de 2018 el Centro Nacional de Control de Energía (“CENACE”) al suspender indefinidamente la cuarta subasta eléctrica a largo plazo del 2018, que finalmente fue cancelada el 31 de enero de 2019⁶³. Se evitaba así los efectos de una de las principa-

les medidas de favorecimiento de las energías renovables en México.

Al mismo tiempo, se cancelaban una serie de contrataciones públicas que tenían por objetivos la interconexión⁶⁴ y transmisión de electricidad. Así, el 31 de enero de 2019 se cancela la Licitación Pública Internacional No LT/SENER-01-2018 que debía unir el Sistema Eléctrico de Baja California y el Sistema Interconectado Nacional. El 5 de febrero de 2019, se canceló el Concurso Abierto No. CFE-0036-CASOA-0001-2018 referido a la prestación de servicios relacionados con el servicio público de electricidad a favor de la CFE en corriente directa Ixtepec-Yautepec. Según la prensa, este proyecto permitiría transportar la energía generada en las centrales eólicas y de cogeneración entre Oaxaca y Morelos⁶⁵. Además la CFE señalaba que esta cancelación no suponía la obligación

⁶² Reuters Staff, “Presidente México buscará revertir reforma energética si no logra ‘rescatar’ a Pemex y CFE”, *Reuters*, el 24 de septiembre de 2020, sec. Noticias Nacionales, <https://www.reuters.com/article/politica-mexico-energia-idLTAKCN26F2KU>.

⁶³ Oficio emitido por la Secretaría de Energía (“SENER”) No. SENER.100/2019/075.

⁶⁴ En este sentido, se canceló la Licitación Pública Internacional Número LT/SENER-01-2018, por el que se pretendía conectar el Sistema Eléctrico de Baja California y el Sistema Interconectado Nacional.

⁶⁵ Arturo Solís, “CFE cancela licitación para superautopista eléctrica”, *Forbes México*, el 26 de enero de 2019, sec. Negocios, <https://www.forbes.com.mx/cfe-cancela-licitacion-para-superautopista-electrica/>. Tal y como se recoge en este artículo afirma la CFE que “la cancelación no implica responsabilidad alguna para la Comisión Federal de Electricidad, por lo que no existe ninguna obligación para otorgar compensación o indemnización alguna”.

de satisfacer ninguna compensación o indemnización.

De acorde con este cambio en la política energética el 12 de julio de 2019 se publicó el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 que afirmaba: “La reforma energética impuesta por el régimen anterior causó un daño gravísimo a Petróleos Mexicanos y la Comisión Federal de Electricidad, empresas productivas del Estado que ya venían sufriendo el embate de los designios privatizados.”⁶⁶ Del mismo modo el Plan establece “Un propósito de importancia estratégica para la presente administración es el rescate de Pemex y la CFE para que vuelvan a operar como palancas del desarrollo nacional.”⁶⁷ No obstante, el documento también contiene un compromiso de respetar “los contratos suscritos por administraciones anteriores”⁶⁸.

El 28 de octubre de 2019, el CENACE publicó un Acuerdo⁶⁹ que modificaba los Lineamientos de 31

de octubre de 2014, permitiendo a las Plantas de CFE anteriores a la Reforma Energética acceder a CELs sin necesidad de realizar proyecto alguno para aumentar su capacidad⁷⁰. Se han promovido amparos ante el poder judicial contra el acuerdo del CENACE pendientes de resolver.

En diciembre de 2019, salió a la luz de manera no oficial un pliego petitorio de CFE dirigido a la Secretaría de Energía (“SENER”) y a la Comisión Reguladora de Energía (“CRE”) que contiene 80 peticiones sobre 14 temas, solicitando la modificación de la regulación en renovables⁷¹. Entre otros temas, se propone modificar la regulación:

- i. Respecto a la Confiabilidad del Sistema Eléctrico Nacional (“SEN”); se solicita que se aplaze la entrada en operación de proyectos de energías renovables que cuenten con permisos, pero no hayan iniciado obras hasta que la CRE realice un estudio determi-

⁶⁶ Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de julio de 2019, § III, Rescate del sector energético.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*, Rescate del sector energético.

⁶⁹ Acuerdo por el que se modifican los Lineamientos que establecen los criterios para el otorgamiento de Certificados de Energías Limpias y los requisitos para su adquisición, publicados el 31 de octubre de 2014, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de octubre de 2019.

⁷⁰ El artículo 11 LIE dispone que SENER tiene la facultad para establecer los requisitos para la adquisición de CELs.

⁷¹ Comisión Federal de Electricidad, “Pliego Petitorio”, s/f, <https://www.energiaadebate.com/file/1381/index.pdf>.

- nando la capacidad límite de energías renovables en el SEN⁷².
- ii. Respecto al Costo del servicio de transmisión; se solicita actualizarlo tanto para centrales de energía convencionales como renovables. Se pretende que la actualización se base en las tarifas del Mercado Eléctrico Mayorista (“MEM”)⁷³ (de manera similar a lo que disponía el Real Decreto Ley 2/2013 en España).
 - iii. Sobre la Tarifa de respaldo; se pretende el establecimiento de una tarifa que refleje el costo por el servicio de respaldo que ofrece CFE a los generadores renovables⁷⁴.
 - iv. Respecto a las Sociedades de autoabastecimiento simuladas; la CFE solicita que “se cancelen las sociedades simuladas que estén asociadas a un permiso de autoabastecimiento y que únicamente se permita entregar energía para satisfacer necesidades propias de personas físicas o morales”⁷⁵.
 - v. Se solicita la Emisión de CELs para todas las Centrales Eléctricas Limpias anteriores a 2014 (en línea con el Acuerdo del CENACE de octubre de 2019)⁷⁶.

El 29 de abril de 2020: el CENACE publicó otro Acuerdo⁷⁷, que, aunque se justifica en la epidemia del virus SARS-Cov2, tiene un contenido bastante parecido al recogido en el punto (i) supra del pliego petitorio de CFE. Entre otras cosas el CENACE suspendió las pruebas preoperativas de centrales eléctricas fotovoltaicas y eólicas; ordenó que no se autorizaran nuevas solicitudes para realizar estas pruebas. Esto impidió de manera efectiva que hasta 28 nuevas plantas eólicas y solares (y otras 16 que estaban en construcción) pudieran entrar en

⁷² *Id.*, p.3.

⁷³ *Id.*, p. 4.

⁷⁴ *Id.*, p.9.

⁷⁵ *Id.*, p.10.

⁷⁶ *Id.*, p.12.

⁷⁷ Acuerdo para garantizar la eficiencia, calidad, confiabilidad, continuidad y seguridad del Sistema Eléctrico Nacional, con motivo del reconocimiento de la epidemia de enfermedad del virus SARS-Cov2 (COVID-19), Centro Nacional de Control de Energía, 29 de abril de 2020.

operación⁷⁸, evitando, aunque acabe siendo por tiempo limitado, su acceso al mercado.

El 15 de mayo de 2020 la SENER publicó un Acuerdo⁷⁹, para solucionar los fallos del SEN relacionados con la intermitencia en la generación de energía de las centrales eólicas y fotovoltaicas. Tiene gran relevancia, pues:

- i. Establece como objetivo general la “transición energética soberana e incorporación ordenada de las energías limpias y generación distribuida” así como el “fortalecimiento de la planificación estratégica de CFE”⁸⁰.
- ii. Es clave que se otorga preferencia en la interconexión a las plantas consideradas por la SENER “proyectos estratégicos”⁸¹. Esto es un cambio sustancial de un modelo que se basaba en la prioridad de

despacho de la energía más barata, introduciendo un grado de discrecionalidad notable en el sistema.

- iii. Se fija la necesidad de un “dictamen de viabilidad de interconexión”, emitido por el CENACE y considerado por la CRE antes de otorgarse permisos de generación⁸².
- iv. En los programas de ampliación y modernización de la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución ordena fijar límites a la incorporación de energías limpias intermitentes y generación distribuida por zona, región y sistema⁸³.
- v. Ordena que las centrales eólicas y fotovoltaicas interconectadas al SEN garanticen el control del voltaje de manera permanente⁸⁴.

Queda claro que el Acuerdo, que se publicó sin el análisis de impacto ni

⁷⁸ Energía a Debate, “Frenaría Cenace 28 centrales; el PRI exhorta a Sener, Cofece”, *Energía a Debate*, el 6 de mayo de 2020, <https://www.energiaadebate.com/energia-limpia/frenaria-cenace-28-centrales-el-pri-exhorta-a-sener-cofece/>. Debe destacarse, no obstante, que como se analizará infra estas medidas están suspendidas.

⁷⁹ Acuerdo por el que se emite la Política de Confiabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de mayo de 2020.

⁸⁰ *Id.*, artículos 1.2.3 y 1.2.4.

⁸¹ *Id.*, artículo 5.23.

⁸² *Id.*, artículo 5.7.

⁸³ *Id.*, artículo 5.18.

⁸⁴ *Id.*, artículo 10.5.

consulta pública⁸⁵, puede limitar de manera significativa el acceso de productores de energía renovable al mercado. El Gobierno justifica estas medidas en la necesidad de asegurar la estabilidad del sistema ante el carácter intermitente de la generación de energía renovable.

Contra estas medidas, varios Jueces de Distrito en Materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones han otorgado suspensiones definitivas de los efectos del Acuerdo del CENACE y de la Política de la SENER. Los Tribunales Colegiados de Circuito han confirmado las suspensiones⁸⁶. La SENER manifestó que combatiría dichas medidas y que “ningún derecho económico prevalecerá sobre el interés general de la Nación”⁸⁷. La Suprema Corte de Justicia de la Na-

ción otorgó la suspensión de la Política SENER a la Comisión Federal de Competencia Económica y a los Gobernadores de Tamaulipas, Jalisco y Colima⁸⁸. El Presidente recurrió dichas resoluciones, manifestando en conferencia de prensa que respetaría la decisión de la Suprema Corte pero que defendería el interés público y no sería cómplice de los actos de corrupción realizados por administraciones pasadas con los generadores privados. La misma línea siguió la SENER cuya titular manifestó en la 38ª sesión del Consejo de Administración de la CFE que los cambios en política energética protegerían la red eléctrica de los “embates extranjeros” poniendo fin al “desbalance terrible” previo⁸⁹.

El 28 de mayo de 2020, continuaron las medidas restrictivas para las renovables, la CRE mediante la

⁸⁵ ECIIA, “México: El Acuerdo de la Secretaría de Energía del 15 de mayo de 2020”, ECIIA, el 25 de mayo de 2020, <https://ecija.com/sala-de-prensa/mexico-el-acuerdo-de-la-secretaria-de-energia-del-15-de-mayo-de-2020/>.

⁸⁶ Diana Nava, “Greenpeace obtiene suspensión definitiva contra medidas de Sener y Cenace que limitan a renovables”, *El Financiero*, el 24 de junio de 2020, <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/greenpeace-obtiene-suspension-definitiva-contra-medidas-de-sener-y-cenace-que-limitan-a-renovables/>.

⁸⁷ Karol García, “Sener combatirá resolución judicial que suspende indefinidamente su política de confiabilidad eléctrica”, *El Economista*, el 11 de junio de 2020, <https://www.economista.com.mx/empresas/Sener-combatira-resolucion-judicial-que-suspende-indefinidamente-su-politica-de-confiabilidad-electrica-20200611-0146.html>.

⁸⁸ David Vela, “Suprema Corte da suspensión a Jalisco y Colima contra política de Sener sobre energías renovables”, *El Financiero*, el 13 de julio de 2020, <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/suprema-corte-da-suspension-a-jalisco-y-colima-contra-politica-de-sener-por-energias-renovables/>.

⁸⁹ Heder López, “Se protegerá red eléctrica de embates extranjeros: Rocío Nahle”, *Diario del Istmo*, el 26 de junio de 2020, <https://diariodelistmo.com/coatzacoalcos/se-protegera-red-electrica-de-embates-extranjeros-rocio-nahle/50024672>.

resolución 893/2020 modifica los cargos por el Servicio de Transmisión a, entre otros, los productores renovables⁹⁰. Los nuevos cargos suponen un incremento del 446% en alta tensión, 407% en media tensión y 775% en alta tensión a los productores de energías renovables con Contratos de Interconexión previos a la reforma de 2013.

La nueva política energética implicó la cancelación de una central térmica de 1.200 millones de dólares⁹¹.

En el informe de 11 de enero de 2021 de Standard & Poors sobre el sector energético en México se destaca: “la capacidad renovable aumente solo marginalmente debido a que las políticas de la actual administración favorecen los combustibles fósiles” y que “la influencia política seguirá siendo un obstáculo para la transición hacia la

energía renovable”⁹². En este sentido, el 24 de febrero de 2021, el Consejo Mundial de Energía Eólica y el Consejo Mundial de Energía Solar publicaron un documento⁹³ conjunto en el que lamentan que el gobierno mexicano esté erosionando el entorno de inversión volviendo a fuentes fósiles cosa que revierte la tendencia desde 2015 hacia la liberalización del mercado y la tendencia global. En especial se critica el despacho prioritario de energía de las centrales propiedad de la CFE que, además de generar en base a combustibles fósiles generan energía con costes mucho más altos y más emisiones de carbono. Según el documento, esto socava el principio de competencia de leal y pone en peligro el cumplimiento de los compromisos climáticos y de inversión. Vemos así, como ya existen manifestaciones de entidades

⁹⁰ Resolución RES/893/2020 por la que expide los cargos por el servicio de transmisión de energía eléctrica a precios de 2018, que aplicará CFE Intermediación de Contratos Legados, S. A. de C. V., a los titulares de los contratos de interconexión legados con centrales de generación de energía eléctrica con fuentes de energía renovable o cogeneración eficiente, conforme a lo establecido en la resolución RES/066/2010 y su modificación emitida mediante la resolución RES/194/2010. La anterior resolución se vio complementada mediante la Resolución RES/894/2020.

⁹¹ “Iberdrola cancela proyecto de 1.200 millones de dólares en Tuxpan tras ataques de AMLO - elEconomista.es”, *El Economista*, el 24 de junio de 2020, <https://www.economiahoy.mx/empresas-eAmexico/noticias/10626632/06/20/Iberdrola-cancela-proyecto-de-1200-millones-de-dolares-en-Tuxpan-tras-ataques-de-AMLO.html>.

⁹² Standard & Poors, “Energía renovable en México se queda a oscuras”, el 11 de febrero de 2021, https://www.spglobal.com/_assets/documents/ratings/es/pdf/2021-02-11-energia-renovable-en-mexico-se-queda-a-oscuras.pdf.

⁹³ Consejo Mundial de Energía Eólica y el Consejo Mundial de Energía Solar, “Joint Statement on the Reversal of Mexico’s Clean Energy Transition”, el 24 de febrero de 2021, <https://www.globalsolarcouncil.org/wp-content/uploads/2021/02/Joint-Statement-on-Mexicos-clean-energy-transition-1.pdf>.

internacionales que avisan que la reforma energética mexicana podría constituir un incumplimiento de los compromisos con los inversores.

Ahondando en los “recortes” a las renovables, el 8 de julio de 2020 la SENER publicó el Programa Sectorial de Energía 2020-2024⁹⁴, en el que: (i) se ordena fortalecer a la CFE repotenciando las centrales hidroeléctricas y (ii) fija como objetivo el aprovechamiento del combustóleo en la generación eléctrica. Adicionalmente la CFE notificó el 14 de julio la cancelación de varios concursos para construir centrales eléctricas⁹⁵. Con el ánimo de fortalecer a CFE, el 21 de julio de 2020 el Consejo de Administración de CFE aprobó el Fideicomiso Maestro de Inversión, para cumplir “la instrucción presidencial de rescatar y fortalecer a la empresa y garantizar la seguridad energética de México”⁹⁶.

Los reveses judiciales, sin embargo, no cesaron. El 22 de noviembre de 2020 el juez Segundo de Distrito mencionado supra otorgó el amparo planteado por Greenpeace contra la Política de la SENER y el Acuerdo del CENACE, entendiendo que se trata de medidas regresivas, contrarias al mandato constitucional de sostenibilidad, transición energética y atención a compromisos internacionales⁹⁷.

El 9 de marzo de 2021 se publicó una de las medidas de mayor calado, la reforma de la LIE⁹⁸. Ésta retoma varios aspectos de la Política del SENER de 15 de mayo de 2020 (bajo suspensión definitiva). Destacamos sus principales aspectos:

- i. Se otorga prioridad a los Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física, que son propiedad de CFE, al (i) ofrecer energía, (ii) potencia

⁹⁴ Programa Sectorial de Energía 2020-2024, Programa Sectorial Derivado del Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, SENER, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de julio de 2020.

⁹⁵ Se cancelaron por ejemplo los concursos CFE-0036-CACOA-0012-2019 “347 CC Salamanca”, CFE-0036-CACOA-0014-2019 “323 CC San Luis Potosí”, CFE-0036-CACOA-0015-2019 “351 CCI Baja California Sur VI” y CFE-0036-CACOA-0002-2020 “284 CG Los Humeros III” Fase B.

⁹⁶ “Julio 21, 2020: Aprueba Consejo de Administración el Fideicomiso Maestro de Inversión que permitirá Independencia Financiera a la CFE”, Fideicomiso para el Ahorro de Energía Eléctrica, consultado el 15 de agosto de 2021, https://www.fide.org.mx/?page_id=40217.

⁹⁷ Karol García, “Juez otorga amparo contra política de Sener que restringe renovables”, *El Economista*, el 22 de noviembre de 2020, <https://www.eleconomista.com.mx/empresas/Juez-entierra-politicas-de-confiabilidad-contra-renovables-de-Sener-y-Cenace-con-sentencia-de-amparo-a-favor-de-Greenpeace-20201122-0009.html>.

⁹⁸ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de la Industria Eléctrica, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 2021.

- y (iii) servicios conexos al MEM. Asimismo, se les da prioridad en el uso de la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución.
- ii. El CENACE, en vez de adquirir primero la energía menos costosa, debe adquirir prioritariamente la proveniente de (i) las centrales hidroeléctricas de CFE y (ii) las plantas termoeléctricas, nucleares, geotérmicas y ciclo combinado de CFE.
- iii. Se limita el acceso a las redes de transmisión y de distribución condicionando el acceso a la red a la viabilidad técnica y agrupaciones solicitantes. Igualmente, la concesión de permisos se sujeta a criterios de planeación del SEN.
- iv. Se incorpora la capacidad de revisar, modificar o terminar anticipadamente los contratos con productores independientes para garantizar la rentabilidad para el Gobierno.
- v. Se faculta a la CRE para revocar o modificar permisos de autoabastecimiento concedidos bajo la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica cuando hayan realizado “fraudes a la ley” por abuso de este procedimiento diseñado para autoabastecerse de energía.
- vi. Se prevé⁹⁹ que CFE celebre Contratos de Cobertura Eléctrica sin necesidad de acudir al procedimiento de subasta.
- vii. Se establece el otorgamiento de CELs a centrales eléctricas operando desde antes de la reforma sin necesidad de ampliar su capacidad, con ello se puede otorgar CELs a plantas de CFE previas a la reforma.
- Varios inversores, pero también grupos ecologistas como Greenpeace, solicitaron la suspensión judicial de la reforma de la LIE. El juez Segundo de Distrito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiofusión y Telecomunicaciones, Juan Pablo Gómez Fierro, otorgó tres suspensiones de-

⁹⁹ *Id.*, artículo 53.

finitivas y una provisional (de Greenpeace) contra la LIE. El juez estimó la suspensión “adecuada para proteger los derechos a la libre competencia y con concurrencia en los mercados” estimando que reforma podría “favorecer a un participante de la industria eléctrica sobre sus demás competidores, en perjuicio de estos últimos y ... los consumidores finales”¹⁰⁰. López Obrador afirmó que, en caso de que la Suprema Corte de Justicia decidiera en contra de esta medida, reformaría la Constitución¹⁰¹. Por último, destacamos que varios senadores presentaron una acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia impugnando esta medida¹⁰².

De todo lo anterior resulta claro que, igual que en España, el régimen favorable existente en 2013 ha sufrido importantes alteraciones que modifican las condiciones de inversión para las plantas renovables en manos del sector privado, teniendo el potencial tanto de perjudicar la rentabilidad de estas instalaciones como de, incluso, impedir su interconexión a la red. A

diferencia de lo ocurrido en España, los jueces mexicanos han suspendido las principales medidas de la reforma energética, evitándose, por el momento, que se dé una situación como la ocurrida en España, donde los jueces sí que respaldaron la reforma en renovables del Gobierno.

IV. Los casos contra España: lecciones a aprender

Como hemos comentado, la reforma energética en España conllevó que fuera demandada en al menos 47 ocasiones. En la siguiente sección se analizarán las conclusiones a las que se llegó en dichos casos y en qué medida las lecciones aprendidas en los casos de renovables españoles son aplicables a México.

Los Tribunales arbitrales, en su mayoría, han condenado a España, aunque existen casos decididos a favor del estado y un buen número de “victorias pírricas” para los inversores, esto es, casos que son formalmente decididos a favor del inversor, pero no conllevan condena

¹⁰⁰ Luis Ini, “Suspensión judicial provisional a la reforma de la Ley de la Industria Eléctrica”, *Energías Renovables*, el 15 de marzo de 2021, <https://www.energias-renovables.com/panorama/suspension-judicial-provisional-a-la-reforma-de-20210315>.

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² Ramón Roca, “La polémica reforma eléctrica de AMLO impide inversiones por 4.000 millones anuales de renovables en México”, *El Periódico de la Energía*, el 12 de abril de 2020, <https://elperiodicodelaenergia.com/la-polemica-reforma-electrica-de-amlo-impide-inversiones-por-4-000-millones-anuales-de-renovables-en-mexico/>.

monetaria o ésta constituye sólo una fracción de lo que se reclamaba.

En este sentido debe destacarse que aunque los dos primeros casos, Charanne c. España¹⁰³ e Isolux c. España¹⁰⁴, fueron favorables al Estado le siguieron un conjunto de casos condenando a España, empezando por Eiser c. España¹⁰⁵ y siguiendo por RREEF c. España¹⁰⁶, Antin c. España¹⁰⁷, NextEra c. España¹⁰⁸, Masdar c. España¹⁰⁹, InfraRed c. España¹¹⁰, SolEs Badajoz c. España¹¹¹, OperaFund y Schwab c. España¹¹², Novenergía c. España¹¹³, PV Investors c. España¹¹⁴, Foresight c. España¹¹⁵, Cube Infrastructure c. España¹¹⁶ y 9REN Holding c. España¹¹⁷. De és-

tos, algunos laudos como PV Investors fueron “victorias pírricas para el inversor”, pues a pesar de decidirse a favor del inversor, se obtuvieron indemnizaciones muy por debajo de las reclamadas. En PV Investors, la mayor de todas las reclamaciones, se reclamaban 2.200 millones de USD y se obtuvieron 90 millones de euros (unos 105 millones de USD). Recientemente España ha cosechado otros éxitos en sede de arbitraje de inversión en el laudo Stadtwerke München c. España¹¹⁸ y en el procedimiento de anulación de Eiser c. España¹¹⁹.

Debe destacarse que la base de todas las reclamaciones fue el Tratado de la Carta de Energía (TCE). Esto in-

¹⁰³ Charanne & Construction Investments c. España, Caso CCE No. V 062/2012 (“Charanne”). Salvo que se indique lo contrario, las referencias a casos son referencias al Laudo Final.

¹⁰⁴ Isolux Netherlands, BV c. España, Caso CCE No. V2013/153 (“Isolux”).

¹⁰⁵ Eiser Infrastructure Limited & Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. c. España (“Eiser”).

¹⁰⁶ RREEF Infrastructure (G.P.) Limited & RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c. España, Caso CIADI No. ARB/13/30 (“RREEF”).

¹⁰⁷ Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. & Antin Energia Termosolar B.V. c. España, Caso CIADI No. ARB/13/31 (“Antin”).

¹⁰⁸ NextEra Energy Global Holdings B.V. & NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. España, Caso CIADI No. ARB/14/11 (“NextEra”).

¹⁰⁹ Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. España, Caso CIADI No. ARB/14/1 (“Masdar”).

¹¹⁰ InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others c. España, Caso CIADI No. ARB/14/12 (“InfraRed”).

¹¹¹ SolEs Badajoz GmbH c. España, Caso CIADI No. ARB/15/38 (“SolEs Badajoz”).

¹¹² OperaFund Eco-Invest SICAV PLC & Schwab Holding AG c. España, Caso CIADI No. ARB/15/36 (“OperaFund”).

¹¹³ Novenergía II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR c. España (“Novenergía”).

¹¹⁴ The PV Investors c. España, Caso CPA No. 2012-14 (“PV Investors”).

¹¹⁵ Foresight Luxembourg Solar I S. Á.R.L., et al. c. España, Caso CCE No. 2015/150 (“Foresight”).

¹¹⁶ Cube Infrastructure Fund SICAV & otros c. España, Caso CIADI No. ARB/15/20 (“Cube”).

¹¹⁷ 9REN Holding S.a.r.l c. España, Caso CIADI No. ARB/15/15 (“9REN”).

¹¹⁸ Stadtwerke München GmbH & otros c. España, Caso CIADI No. ARB/15/1 (“Stadtwerke München”).

¹¹⁹ Eiser, Decisión de Anulación, 11 de junio de 2020.

cluye reclamaciones de inversores no europeos con acceso a TBIs con España (p.ej. JGC Corporation c. España¹²⁰ y Eurus c. España¹²¹ -inversores japoneses-). Sin embargo, México no es Parte al TCE. Esto hace que el caso que se pueda producir en México sea algo diferente, pues una de las principales especialidades del TCE es que tanto los Estados Miembros de la Unión Europea (“UE”) como la propia UE son parte del mismo, siendo su función “establecer y mejorar el marco jurídico para la cooperación en los asuntos energéticos”¹²². La cláusula 26 de este tratado contiene una cláusula de resolución de controversias. La cláusula es relativamente estándar y contiene (1) un periodo de negociaciones amigables (cooling – off) de 3 meses, (2) una provisión fork-in-the road que obliga a los inversores a optar entre (i) acudir a los tribunales ordinarios o administrativos, (ii) un mecanismo de resolución de controversias previamente acordado o (iii) un arbitraje que pueda ser (a) un arbitraje CIADI o de no estar éste disponible según el Mecanismo Adicional del CIADI, (b)

un arbitraje ad hoc, según el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o (c) un procedimiento ante la Cámara de Comercio de Estocolmo. México, lógicamente no tendría acceso a este mecanismo. Sin embargo, no se trata de un procedimiento muy distinto al que ha suscrito México en algunos de los APPRI de los que es parte. En este sentido, no es muy diferente al mecanismo de resolución de controversias contenidos en los siguientes Tratados: el APPRI México-Países Bajos, Apéndice, artículo 4; APPRI México-España, artículo XI; APPRI México-Suiza, Apéndice, artículo 4; APPRI México-Reino Unido, artículo XI(3) y (4). Teniendo esto claro, analizaremos ahora los principales argumentos, tanto jurisdiccionales como de fondo, esgrimidos en los casos de renovables españoles y su potencial relevancia al contexto mexicano¹²³.

A. Objeciones Jurisdiccionales

Existen una serie de objeciones jurisdiccionales que se repitieron sin éxito a lo largo de la mayoría de los casos. Veámoslos a continuación:

¹²⁰ JGC Holdings Corporation c. España, Caso CIADI No. ARB/15/27 (“JGC”).

¹²¹ Eurus Energy Holdings Corporation and Eurus Energy Europe B.V. c. España, Caso CIADI No. ARB/16/4 (“Eurus”).

¹²² Tratado de la Carta de Energía, Introducción.

¹²³ Por lo general estos tratados prevén un periodo de cooling-off de 6 meses (y no 3).

En primer lugar, existen dos argumentos jurisdiccionales que se basan en que algunos de los inversores que demandan a España son nacionales de un país miembro de la UE. En este sentido y en línea con varios *amicus curiae* presentados por la Comisión Europea, España argumentó que (1) dado que la Unión Europea es parte contratante al TCE, debe entenderse que ésta en su totalidad (y no los estados miembro) es la “Parte” al tratado, careciendo los Tribunales de jurisdicción respecto a reclamaciones intra-europeas¹²⁴ y (2) que el derecho europeo prohibiría otorgar jurisdicción sobre las reclamaciones a Tribunales Arbitrales, pues los Tratados de la Unión Europea sólo podrían interpretarse por los órganos previstos en ellos, debiendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) poder pronunciarse sobre su aplicación en aras de “garantizar la plena aplicación del derecho de la UE”¹²⁵. Ésta conclusión se afirma sobre la base del caso

del TJUE República Eslovaca c. Achmea BV¹²⁶. En este sentido debe recordarse que la Comisión Europea y una mayoría de sus Estados Miembro declararon que Achmea también aplica al ámbito del TCE¹²⁷. Sin perjuicio de que estos argumentos dan pie a un interesante debate sobre la intersección entre derecho de la UE y el TCE, lo cierto es que no son aplicables al contexto mexicano, en tanto se basan exclusivamente en la condición de España como país miembro de una organización regional de integración económica como la UE con competencias en inversión directa extranjera¹²⁸. Por este motivo no profundizaremos en el análisis de estos argumentos, si bien debe recalarse que ninguno de ellos tuvo éxito ante los Tribunales de Arbitraje de Inversión.

Existe un tercer argumento basado en otra especificidad del TCE, no trasladable al contexto mexicano. Es un argumento basado en el artículo 21(1) del TCE que introduce una

¹²⁴ Por ejemplo, Charanne, ¶¶ 412-418, Masdar, ¶¶ 166-177 o 9REN, ¶¶ 150-158.

¹²⁵ Por ejemplo, RREEF, Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 74-15; Masdar, ¶¶ 678-683, Stadtwerke München ¶¶ 123-146 o 9REN, ¶¶ 168-173.

¹²⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, República Eslovaca c. Achmea BV, Caso C-284/2016. Lógicamente, solo los laudos posteriores a Achmea como Masdar, 9REN o Stadtwerke se refieren al caso.

¹²⁷ “Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2029 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union”, el 15 de enero de 2019, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf.

¹²⁸ A partir del tratado de Lisboa, artículo 207 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

excepción sobre medidas fiscales. España adujo que las medidas contenidas en la Ley 15/2012 referentes al denominado “impuesto al sol” tenían cabida bajo esta excepción. Esta objeción tuvo gran éxito y la mayoría de los Tribunales la estimaron¹²⁹. No parece que las medidas tomadas en México pudieran encuadrarse en una excepción similar, no estando ésta además prevista en la mayoría de APPRIs suscritos por México.

Pasemos ahora a analizar otras dos objeciones jurisdiccionales que podrían tener algo más de relevancia en el contexto mexicano, una basada en la nacionalidad del inversor y otra fundada en la cláusula de denegación de beneficios.

Respecto al primero de los argumentos se basa en los artículos 1(6) y 1(7) TCE considerando el Estado que al tener algunos inversores cuya matriz está en España o son “originalmente españoles” éstos no serían “inversores” amparados por el TCE. Este argumento se planteó por ejemplo en *Charanne o Isolux*¹³⁰. Sin embargo el argumento no tuvo éxito, ya que los Tribunales consideraron

entre otras cosas, que “el velo societario puede levantarse en circunstancias especiales que no existen en el presente caso, como por ejemplo la existencia de fraude o la necesidad de proteger a terceros”¹³¹. No sería inverosímil que una situación similar se diera en México cuando una empresa filial de un grupo mexicano invirtiera en plantas renovables en México. Adicionalmente la práctica totalidad de los APPRIs contiene definiciones similares de inversor e inversión por lo que no sería un problema realizar este mismo argumento en el contexto de otro tratado¹³². No obstante, igual que en el caso español, es probable que este argumento tenga escaso recorrido, dado que la jurisprudencia de casos de inversión sólo parece permitir el levantamiento del velo en circunstancias excepcionales.

El segundo de los argumentos se basa en el artículo 17(1) TCE (denegación de beneficios) y se basa en el hecho de que las sociedades reclamantes estarían en manos de nacionales de terceros estados, no

¹²⁹ Por ejemplo, *Isolux*, §§ 717-741; *Masdar*, §§ 280-295; *9REN*, §§ 195-208 (se difiere esta cuestión a la discusión sobre Expropiación, que tampoco se estima) o *Stadtwerke München*, §§ 161-176.

¹³⁰ *Charanne*, §§ 412-418; *Isolux*, §§ 661-674.

¹³¹ *Isolux*, § 271.

¹³² P.ej. APPRI México-España, artículo 1(5), APPRI México-Reino Unido, artículo 1 o APPRI México-Francia, artículo 1(2).

llevándose a cabo “actividades empresariales importantes en el territorio de la Parte Contratante”¹³³. No es un argumento que se pueda aplicar con facilidad a la situación en México. En primer lugar debe tenerse en cuenta que no todos los APPRI contienen una cláusula de denegación de beneficios. Adicionalmente, si bien puede existir cierta variabilidad en el contenido de este tipo de cláusulas, en general, para que se pueda aplicar el argumento se necesita que un inversor, además de estar controlado por nacionales de un tercer estado, no tenga actividades empresariales importantes en el país receptor de la inversión (como en el TCE)¹³⁴. En los casos de las renovables se consideró que una actividad como sociedad holding es suficiente para considerar que existen actividades empresariales importantes en el territorio de la Parte Contratante. Así lo declara el párrafo 254 de Masdar: “standing as a holding company with substantial international assets under its control [...]is persuasive of the true extent

and materiality of the business conducted by Claimant in The Netherlands”. Así si bien cabrían argumentos por denegación de beneficios en los eventuales casos de México no sería, ni mucho menos, un argumento lineal ni de fácil defensa.

Pasamos ahora a analizar como las determinaciones de fondo de los laudos de renovables españoles podrían ser extrapolables al contexto mexicano. Analizaremos 3 estándares de trato diferentes que fueron objeto de examen en la mayoría de los casos de renovables estos son (i) el Trato Justo y Equitativo (“TJE”) (artículo 10(1) TCE), (ii) la Expropiación (artículo 13 TCE) y (iii) la cláusula paraguas (artículo 10(1) TCE).

B. Estándares sustantivos

Trato Justo y Equitativo

En los casos de las renovables españolas, la cláusula de TJE contenida en el artículo 10(1) del TCE fue la clave decisoria de los casos y la base sobre la que ha sido condenada España¹³⁵.

¹³³ Masdar y 9REN entre otros.

¹³⁴ El artículo 14.14 del nuevo USMCA es un ejemplo notable, que contiene una cláusula de denegación de beneficios similar.

¹³⁵ TCE, artículo 10(1) (“De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el

En el caso de la reforma de las renovables operan dos cuestiones que los Tribunales de Arbitraje han tenido que sopesar: el derecho del Estado a regular y la expectativa legítima del inversor de contar con un entorno legislativo estable. Esta expectativa, por supuesto, no es absoluta, y dependerá de las concretas normas que el Estado haya aprobado y su capacidad de constituir compromisos o “representations” hacia el inversor. Así, según el Tribunal de Charanne, el inversor tiene la expectativa legítima de que, al modificar las normas, el Estado “no actuará de manera irrazonable, contraria al interés público o desproporcionada”¹³⁶; si no cumple estos tres requisitos, el cambio legislativo defrauda las expectativas legítimas y es contrario al TJE. En este sentido, tal y como afirma Otero García-Castrillón¹³⁷:

- i. La razonabilidad de las medidas está relacionada con el cumplimiento de los compromisos del TCE, lo que supone la existencia de “una obliga-

ción de proporcionar estabilidad fundamental en las características esenciales del régimen legal en el que se basaron los inversores”¹³⁸. Esto implica que dichas condiciones “no se pueden alterar radicalmente de manera que se prive de su valor a las inversiones realizadas con base en el mismo”¹³⁹. Dicho de otro modo, se haría hincapié en el alcance o intensidad de las medidas.

- ii. La proporcionalidad se cumpliría “siempre que los cambios no sean caprichosos o innecesarios y que no lleguen a suprimir de manera imprevisible y repentina las características esenciales del marco regulatorio existente”¹⁴⁰. Por lo tanto, de tratarse de medidas innecesarias o desproporcionadas por ser imprevisibles y drásticas el cambio regulatorio debe

compromiso de conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo”).

¹³⁶ Charanne, ¶ 514.

¹³⁷ Carmen Otero García-Castrillón, “Los Laudos Sobre Inversiones en Energías Renovables en España; Algunas Cuestiones Destacadas”, *Spain Arbitration Review: revista del Club Español de Arbitraje No. 31*, (2018): 25-26.

¹³⁸ Eiser, ¶ 382.

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ *Id.*, ¶ 517.

considerarse contrario al TJE.

- iii. Adicionalmente otro caso basado en el TCE, *Blusun c. Italia*, añadiría que las medidas deben ser (i) proporcionadas al objetivo perseguido y (ii) deben tener en cuenta la “reasonable reliance interests of recipients who may have committed substantial resources on the basis of the earlier regime”¹⁴¹, es decir, debe tenerse en cuenta el efecto que el cambio normativo produce en la inversión, pues dicho impacto afecta tanto a la razonabilidad como a la proporcionalidad.

Adicionalmente, ha habido Tribunales que han dado un peso fundamental al hecho de que el RD 661/2007 contenía un compromiso de que el régimen regulatorio iba a aplicar toda la vida del proyecto, creando esto una expectativa legítima de estabilidad regulatoria que posteriormente sería defraudada¹⁴². Así, aun no existiendo compromisos

específicos como lo pueden ser cartas de compromiso a un inversor¹⁴³, la estabilidad regulatoria se puede considerar parte de las expectativas legítimas del inversor y, como tal, parte del estándar TJE.

Tanto los laudos decididos a favor de España como los decididos en contra dan una importancia fundamental al estándar TJE. Empecemos por analizar algunas decisiones que resultaron en condenas al Estado español.

Eiser c. España se refiere a que el régimen favorable anterior a 2010 “[S]e reemplazó luego por un sistema normativo sin precedentes y totalmente diferente, basado en premisas totalmente diferentes. Este nuevo sistema fue profundamente injusto e inequitativo en el modo en que se aplicó a la inversión existente de las Demandantes, despojando a las Demandantes prácticamente de todo el valor de su inversión.”¹⁴⁴ Se pone, por lo tanto, el acento en el carácter irrazonable de las medidas y su efecto en la inversión. En *Novenergía* se destaca la radicalidad del cambio legislativo en relación con las

¹⁴¹ *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein c. Italia*, ICSID Case No. ARB/14/3, Laudo, ¶¶ 318-319 (“*Blusun*”).

¹⁴² Ver Análisis de *Masdar o 9REN* *infra*.

¹⁴³ Cosa que sí ocurrió en *Masdar*.

¹⁴⁴ *Id.*, ¶ 365.

expectativas de estabilidad del inversor “statements and assurances prior to and in connection with the implementation of RD 661/2007, the legitimate expectations of the Claimant, and the changes introduced through RDL 9/2013, the Tribunal considers these challenged measures as radical and unexpected” concluyéndose que las reformas legislativas españolas a partir del RDL 9/2013 “fell “outside the acceptable range of legislative and regulatory behaviour” and” entirely transform[ed] and alter[ed] the legal and business environment under which the investment was decided and made”¹⁴⁵ cosa que tornaría las reformas en irrazonables. Masdar, por su parte, constituye un caso especial en tanto el inversor de ese caso contaba con cartas de compromiso específicas del Gobierno. En el laudo se realizó un análisis extensivo identificando un espectro de situaciones a tener en cuenta en el análisis de si unas medidas crearon expectativas legítimas. Para este Tribunal el extremo menos intenso del espectro son medidas regulatorias dirigidas a todo el mundo mientras los que compromisos claros y específicos

efectuados a un inversor determinado, son el extremo más fuerte¹⁴⁶. Así considera el Tribunal que “it would be difficult to conceive of a more specific commitment than a Resolution issued by Spain addressed specifically to each of the Operating Companies, confirming that each of the Plants qualified under the RD661/2007 economic regime for their “operational lifetime.”¹⁴⁷ En consecuencia el Tribunal concluyó directamente que el inversor tenía expectativas legítimas de estabilidad legislativa que fueron defraudadas con la derogación del régimen creado por el RD 661/2007, violando España, en consecuencia, el TJE. Por último, 9REN, en línea con Masdar consideró que, si bien no existían cartas de compromiso en este caso. “la “garantía” clara y específica en el RD 661/2007 cumple con el grado necesario de “especificidad”” para constituir un compromiso específico del Estado capaz de crear expectativas legítimas¹⁴⁸. El Tribunal tras rechazar la posición del demandado de que las expectativas legítimas se ceñirían a una “rentabilidad razonable” procede a estimar que se

¹⁴⁵ Novenergía, ¶ 695.

¹⁴⁶ Masdar, ¶¶ 503-504 y ¶ 511.

¹⁴⁷ *Id.*, ¶ 520

¹⁴⁸ 9REN, ¶ 299

denegó un trato justo y equitativo al Demandado¹⁴⁹. Añade el Tribunal que “La posición de España es que solo ella debiera beneficiarse de los incrementos de precios, en tanto la carga de las caídas de precios ha de recaer en los inversores” siendo esto un tratamiento que, si bien puede ser constitucional bajo derecho español, el Tribunal no consideró ni justo ni equitativo¹⁵⁰.

Los casos resueltos a favor de España también lo hicieron enfatizando el estándar de trato justo y equitativo. Pasemos a examinar brevemente estas decisiones:

En primer lugar, el Tribunal de Charanne consideró que “[las normas de 2010] no pueden ser consideradas como violatorias del TCE. Dichas normas, en efecto, introducen modificaciones limitadas al marco regulatorio existente en el momento la inversión, sin suprimir sus características esenciales, y en particular la existencia de una tarifa garantizada a lo largo de la vida útil de las instalaciones”. En consecuencia, no

se trataría de modificaciones irrazonables o desproporcionadas, siendo conforme al TCE¹⁵¹. Isolux, por su parte, pone el énfasis en el hecho que, en el momento de realizarse la inversión, al haberse implementado ya algunas de las reformas en renovables, el inversor no contaba con una verdadera expectativa razonable de estabilidad regulatoria¹⁵². Esto fue no obstante duramente criticado por el árbitro Guido Santiago Tawil, quien formuló una opinión disidente en la que opinaba que “tener que prever que el Estado eliminará un derecho adquirido sin la correspondiente compensación no parece ser una conducta exigible razonablemente a un inversor con anterioridad al conocimiento efectivo de las normas implicadas”¹⁵³. Argumenta además, que si se estimara que España puede eliminar sin más el esquema de compensación del RD 661/2007 podría hacer lo mismo respecto a la garantía de una rentabilidad razonable¹⁵⁴. Stadtwerke München pone el acento en el juicio de proporcionalidad que debe reali-

¹⁴⁹ *Id.*, ¶ 309.

¹⁵⁰ *Id.*, ¶ 311.

¹⁵¹ Charanne, ¶ 539. Es importante destacar que en Charanne solamente se analizaba si las medidas de 2010 eran violatorias de TJE, no se incluían sobre el RDL 9/2013 y sus normas de desarrollo que eran considerablemente más gravosas al sustituir el régimen del RD 661/2007 por completo (¶ 481). Por tanto, las conclusiones de Charanne no necesariamente son aplicables a otros casos.

¹⁵² Isolux, ¶ 787.

¹⁵³ Isolux, Opinión Disidente, ¶ 11.

¹⁵⁴ *Id.*, ¶ 12.

zar el Tribunal al comparar la gravedad de las medidas tomadas con la importancia del objetivo legislativo perseguido, esto es, la preservación del sistema eléctrico. Concluye el Tribunal que “The aim, the method and the effect of the State measures were reasonable [...] the burden on the Claimants was reasonably proportionate to the aim and purpose of the measures contested by them.”¹⁵⁵ De manera similar, el laudo concluye que cualquier inversor que hubiese realizado una due diligence adecuada, no podía tener expectativas legítimas de estabilidad de la remuneración proporcionada por el RD 661/2007¹⁵⁶.

En opinión de este autor, las consideraciones de los Tribunales de renovables españoles son, en su mayoría trasladables al contexto mexicano. Si bien el artículo 10(1) TCE no será aplicable a estas eventuales reclamaciones, lo cierto es que el estándar de TJE, definido de manera similarmente amplia, está previsto en la práctica totalidad de los TBIs. Algunos tratados más modernos tienden a tener una definición más restringida del

TJE¹⁵⁷, sin embargo no hay que acudir más lejos que al artículo IV del APPRI México-España para encontrar un estándar TJE definido de manera similarmente amplia¹⁵⁸. Es importante destacar que los eventuales casos mexicanos también reclamarían, muy probablemente, la violación del estándar TJE en base a un cambio legislativo radical e inesperado que deroga un régimen de inversión anterior, mucho más favorable. No obstante, existen algunos factores diferentes en el caso mexicano que deberían ser tenidos en cuenta en un eventual análisis del estándar TJE en México.

Teniendo en cuenta la “cronología de las energías renovables en México” relatada supra, resulta claro que el régimen favorable que existía para los inversores de renovables en 2013 ha sufrido cambios muy importantes. Se han tomado medidas muy gravosas que cambian sustancialmente las condiciones de inversión para las plantas de generación de energía en manos del sector privado. Así:

¹⁵⁵ Stadtwerke München, ¶ 354.

¹⁵⁶ *Id.*, ¶ 308.

¹⁵⁷ Un buen ejemplo, frecuentemente citado, es el artículo 8.10 del CETA.

¹⁵⁸ APPRI México-España, artículo IV. En el mismo sentido ver: APPRI México-Suiza, artículo 4(1) o APPRI México-Países Bajos, artículo 3(1).

- i. El despacho prioritario de energía de las centrales propiedad de la CFE, las limitaciones de acceso a la red y la ampliación del número de plantas que se pueden beneficiar de CELs en especial pueden suponer una discriminación en favor de la CFE, elemento que puede ser un factor a tener en cuenta a la hora de analizar la “proporcionalidad” y “razonabilidad” de las medidas, cosa que, como hemos visto, es uno de los elementos más importantes del estándar TJE. Esto ser vería reforzado, sin duda, por el hecho de que la finalidad de la reforma de “reforzar” a la CFE y a Pemex es explícita en la legislación, cosa que podría facilitar a los inversores el argumento de que se les está discriminando a favor de las empresas públicas. Igualmente, peligrosas son manifestaciones como las de la titular de la SENER que cambios en política energética protegerían la red eléctrica de los “embates extranjeros” como del propio Presidente López Obrador que calificó la reforma eléctrica como una defensa de la CFE frente al “saqueo”¹⁵⁹ de los extranjeros.
- ii. Podría argumentarse que el cambio legislativo en México fue más abrupto y radical que en España, en tanto (a) las reformas impiden el acceso a las redes de transmisión y distribución a algunos inversores y (b) la reforma legislativa en México se realizó de manera más apresurada mientras que la española se realizó a lo largo de los años 2009 a 2013 de manera más o menos gradual.
- iii. En el otro lado de la balanza, puede esgrimirse que el RD 661/2007 garantizaba un nivel de rentabilidad determinado durante toda la vida del proyecto, cosa que no hizo la legislación mexicana. Esto podría hacer la aplicación del estándar TJE más difícil, pues los Tribunales podrían considerar que no

¹⁵⁹ Ramón Roca, “La polémica reforma eléctrica de AMLO impide inversiones por 4.000 millones anuales de renovables en México”, *El Periódico de la Energía*, el 12 de abril de 2020, <https://elperiodicodelaenergia.com/la-polemica-reforma-electrica-de-amlo-impide-inversiones-por-4-000-millones-anuales-de-renovables-en-mexico/>.

existían compromisos del Estado de mantener una estabilidad regulatoria como lo entendió 9REN.

- iv. No obstante, es cierto que en México la reforma energética conllevó también una reforma constitucional. La reforma de la norma *normarum* podría verse como un elemento que otorga estabilidad al régimen legislativo de 2013, lo que podría tenerse en cuenta para justificar la existencia de expectativas legítimas que pudieran suponer una violación del estándar TJE.

En conclusión, queda patente que, a pesar de que el régimen de las renovables en México no garantizara una remuneración concreta a lo largo de la vida del proyecto, existen bastantes elementos que apuntan a que una eventual reclamación por TJE por el cambio legislativo mexicano tendrían visos de prosperar.

1. Expropiación

Adicionalmente, varios inversores dirigieron reclamaciones contra el Estado basadas en el estándar de Expropiación (expropiación indirecta) contenido en el artículo 13 del TCE¹⁶⁰. Estas reclamaciones tuvieron escaso éxito como se demuestra en los casos Charanne, Isolux, Eiser, Novenergia, SolEs Badajoz entre otros.

Por un lado, existen Tribunales que rechazaron expresamente el argumento basado en el artículo 13 TCE. Como por ejemplo en Charanne e Isolux donde el Tribunal, siguiendo un razonamiento similar (i) fija que el objeto de la inversión fueron acciones en empresas filiales (a través de la que se instrumentó la inversión) y no los rendimientos futuros de las plantas¹⁶¹, (ii) que el estándar de expropiación indirecta implica una afectación sustancial de los derechos de propiedad del inversor, sea a través de una privación total o parcial de la inversión o pérdidas de valor equivalentes¹⁶², (iii) aunque se admita que las medidas

¹⁶⁰ TCE, artículo 13 (“Las inversiones de los inversores de una Parte Contratante en el territorio de otra Parte Contratante no serán objeto de nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación [...], excepto si dicha expropiación se lleva a cabo: a) por un motivo de interés público; b) de manera no discriminatoria; c) con arreglo al debido procedimiento legal; d) mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva...”).

¹⁶¹ Charanne ¶ 459; Isolux ¶¶ 834-835.

¹⁶² Charanne ¶ 461; Isolux ¶¶ 837-839

afectaran seriamente a la rentabilidad de la inversión esto no caracterizaría per se una expropiación. Una disminución en el valor de la acción objeto de inversión solo podría constituir expropiación si es de tal entidad que pueda considerarse equivalente a una privación de propiedad¹⁶³, cosa que en estos casos no se daría¹⁶⁴. Otros Tribunales que decidieron a favor del inversor decidieron no pronunciarse sobre esta cuestión (como SolEs Badajoz o Eiser), al entender que la conducta de España ya violaba el estándar TJE, no diferenciando el inversor en su petición de daños entre los diferentes incumplimientos¹⁶⁵. En otros casos como Stadtwerke München o RREEF ni siquiera se planteó la aplicabilidad del artículo 13 TCE. Adicionalmente, en algunos casos como Masdar¹⁶⁶ se abandonó expresamente esta reclamación. Por último, en NextEra se explicita que el Demandante no basa sus reclamaciones en el artículo 13 TCE¹⁶⁷.

Las consideraciones de los Tribunales de renovables en los casos españoles pueden ser trasladables al

contexto mexicano. La expropiación se regula de manera similar en la mayoría de TBIs (p.ej. en el artículo V del APPRI con España)¹⁶⁸. Si bien es cierto que las reclamaciones en base al artículo 13 TCE no prosperaron en estos casos, el estándar de expropiación podría adquirir más importancia en el contexto mexicano por ser medidas que pueden impedir la interconexión a la red de algunas plantas, privando al inversor de prácticamente todo el valor de su inversión, al no poder vender la energía producida ni producir flujos de caja positivos. Por otro lado, se deberá ver como se desarrolla la reforma energética de López Obrador y el concreto efecto que tiene para cada productor, para ver si algunas de las medidas que hemos examinado al hablar del TJE pueden afectar a la rentabilidad de los inversores de manera tan severa que se considere equivalente a la privación de propiedad. En especial, si bien difícil de imaginar, medidas como la prioridad en el despacho de energía para las centrales de la CFE, y la liberalización en el otorgamiento de

¹⁶³ Charanne ¶ 465; Isolux ¶ 841.

¹⁶⁴ Charanne ¶ 466; Isolux ¶¶ 851-852.

¹⁶⁵ p.ej. SolEs Badajoz ¶ 466 o Eiser ¶¶ 352-356.

¹⁶⁶ Ver Masdar, nota al pie 72.

¹⁶⁷ NextEra, Decisión de Jurisdicción, nota al pie 1112.

¹⁶⁸ Ver también p.ej. APPRI México-Reino Unido, artículo 7 o APPRI México-Suiza, artículo 7.

CELS podrían llegar a crear un campo de juego desigual que afectara severamente a la rentabilidad de los inversores. Si esta afectación es lo suficientemente severa como para ser considerado expropiación será algo que tendrá que analizarse caso por caso.

2. Cláusula paraguas

Como ocurrió con el estándar de expropiación, los argumentos basados en violaciones de la “cláusula paraguas” del artículo 10(1) TCE¹⁶⁹ no han convencido a los Tribunales. Los laudos decididos a favor del Estado rechazan explícitamente la aplicabilidad de este estándar. Por ejemplo, Isolux interpreta el requisito de que el Estado “haya contraído” obligaciones con los inversores como la existencia de “compromisos específicos”¹⁷⁰. Según el Tribunal, en algunos casos, leyes o actos administrativos, en especial los dirigidos a inversores extranjeros podrían constituir com-

promisos específicos¹⁷¹. No así las normas de aplicación general como el RD 661/2007. Por su parte, Stadtwerke München se fija en la literalidad de la cláusula paraguas (“contraído”) para concluir que ésta solo se refiere a obligaciones contractuales o asimilables¹⁷². En tanto el régimen de renovables creado por España se basa en normas de aplicación general, éstas no se pueden asimilar a compromisos contractuales¹⁷³. Los laudos resueltos a favor del inversor tampoco aceptaron las reclamaciones basadas en la cláusula paraguas: Por un lado, laudos como Masdar¹⁷⁴ o 9REN¹⁷⁵ consideran superfluo pronunciarse al respecto, al haber reconocido ya un incumplimiento del TJE. Otros laudos como Novenergía¹⁷⁶, Foresight¹⁷⁷ o Cube¹⁷⁸, no obstante, establecen (en la misma línea que Charanne o Stadtwerke München) que no se dan los requisitos para la aplicación de la cláusula paraguas al no constituir el

¹⁶⁹ TCE, artículo 10(1) (“Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante”).

¹⁷⁰ Isolux, ¶ 770.

¹⁷¹ Isolux, ¶ 771.

¹⁷² Stadtwerke München, ¶¶ 380-382

¹⁷³ Isolux ¶ 772; Stadtwerke München ¶ 384.

¹⁷⁴ Masdar, ¶ 666.

¹⁷⁵ 9REN, ¶ 345.

¹⁷⁶ Novenergía, ¶ 712.

¹⁷⁷ Foresight, ¶ 413.

¹⁷⁸ Cube, ¶ 453.

RD 661/2007 compromisos específicos al inversor.

Estas consideraciones tienen cierta utilidad en el contexto mexicano. Si bien es cierto que no todos los APPRI contienen una cláusula paraguas, existen tratados concluidos por México con un lenguaje similar¹⁷⁹. No obstante, debe tenerse en cuenta que, igual que en los casos españoles, el régimen de renovables existente en México hasta 2018 se basa en normas de aplicación general aplicables tanto a nacionales como a extranjeros y no en compromisos específicos con inversores. Por ende, podría argumentar el Estado que los precedentes que hemos comentado impiden la aplicabilidad de la cláusula paraguas como norma general.

II. Otras cuestiones relevantes: la ejecución de laudos y el Real Decreto-Ley 17/2019

Si bien las objeciones jurisdiccionales basadas en derecho europeo que comentamos en la § IV.A) supra no

lograron prosperar en vía arbitral, lo cierto es que lograron dificultar enormemente la ejecución de los laudos dictados contra España. Un buen ejemplo son los intentos de ejecución en Novenergía. Tras el laudo, España planteó la anulación del laudo ante la Corte de Apelaciones Svea que suspendió su ejecución¹⁸⁰. Del mismo modo, la ejecución que se pretendía ante la Corte del Distrito para el Distrito de Columbia también fue suspendida, considerando la Corte prudente que los Tribunales europeos se pronunciaran sobre los asuntos jurisdiccionales antes de proceder a la ejecución¹⁸¹. La misma Corte del Distrito para el Distrito de Columbia también suspendió la ejecución del laudo Masdar, concluyendo que esperaría a la resolución del procedimiento de anulación CIADI. La ejecución del laudo de Antin también fue suspendida por la misma Corte estadounidense, así como por el Tribunal Federal Australiano, si bien un Comité de anulaciones CIADI posteriormente levantó la

¹⁷⁹ Por ejemplo, el artículo 3(4) del APPRI México-Países Bajos contiene una cláusula paraguas referida a “cualquier otra obligación por escrito”, no requiere este requisito “por escrito” el artículo 10(2) del APPRI México-Suiza p.ej.

¹⁸⁰ Efe, “La Justicia sueca suspende el laudo contra España en el caso de NovEnergía”, *Expansión*, el 17 de mayo de 2018, sec. Empresas / Energía, <https://www.expansion.com/empresas/energia/2018/05/17/5afdc881268e3e9e748b4623.html>.

¹⁸¹ Ciar Global, “Arbitraje NovEnergía-España: Se suspende procedimiento de ejecución en EE.UU.”, *Ciar Global* (blog) (Redacción, el 28 de enero de 2020), <https://ciarglobal.com/arbitraje-novenergia-espana-se-suspende-procedimiento-de-ejecucion-en-ee-uu/>.

suspensión de la ejecución¹⁸². Esta cautela ante la ejecución de laudos derivados de las reformas en renovables en España se entiende con más razón, si tenemos en mente que el laudo Eiser, que sí fue objeto de ejecución (en Australia), fue posteriormente anulado¹⁸³. No debe olvidarse que la ejecución de laudos contra España se ve además dificultada por operación de la Decisión de la Comisión Europea C(2017) 7384¹⁸⁴ que además de avalar la reforma en renovables afirma que cualquier compensación derivada del régimen anterior que pudiera otorgarse en arbitraje internacional se consideraría ayuda de Estado, debiendo ser suspendida y notificada a la Comisión. Para intentar “desatascar” esta situación se aprobó el Real Decreto-Ley 17/2019¹⁸⁵ que modifica la Ley del Sector Eléctrico

introduciendo una disposición final (3ª bis), estableciendo un régimen favorable para empresas que se hubiesen beneficiado de prima antes del RDL 9/2013 siempre que no hubieran iniciado procedimientos judiciales o arbitrales o renuncien a ellos o a la indemnización resultante. En este sentido debe destacarse que Masdar (que había tenido problemas de ejecución de su laudo) se ha acogido a esta propuesta¹⁸⁶, renunciando a percibir la indemnización que le había sido reconocida a cambio de acogerse al régimen del Real Decreto-Ley 17/2019. Adicionalmente, uno de los inversores de PV Investors así como los inversores de RREEF y Stadtwerke München habrían manifestado su voluntad de acogerse al nuevo régimen¹⁸⁷.

¹⁸² Decisión de la Comisión Europea C(2017) 7384, de 10 de noviembre de 2017.

¹⁸³ El laudo se anuló tanto por un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento como, por primera vez, por constitución incorrecta del Tribunal Arbitral.

¹⁸⁴ Decisión 7384, de 10 de noviembre de 2017, sobre ayudas estatales SA.40348 (2015/ NN) – España: Apoyo para la generación de electricidad a partir de las fuentes de energías renovables, cogeneración y residuos . C (2017) 7384 final esta decisión sigue la estela de una decisión anterior que estableció que el pago por parte de Rumania de la compensación fijada en el laudo emitido en el caso Micula , también una reclamación intra-europea, constituía una ayuda estatal ilegal: Decisión 2015/1470 de la CE, de 30 de marzo de 2015, sobre la ayuda estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014 / NN) ejecutada por Rumania - laudo arbitral Micula v. Rumania de 11 de diciembre de 2013, DO L 232 de 43.

¹⁸⁵ Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la necesaria adaptación de parámetros retributivos que afectan al sistema eléctrico y por el que se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación.

¹⁸⁶ Jack Ballantyne, “Renewables Investors to Renounce Awards against Spain”, Global Arbitration Review, el 6 de octubre de 2021, <https://globalarbitrationreview.com/renewables-investors-renounce-awards-against-spain>.

¹⁸⁷ Cosmo Sanderson, “More Renewables Investors Drop Spain Claims”, Global Arbitration Review, el 21 de octubre de 2021, <https://globalarbitrationreview.com/more-renewables-investors-drop-spain-claims>.

Esta situación es difícilmente trasladable al contexto mexicano, por cuanto no operan aquí las consideraciones de derecho europeo que dificultaron la ejecución de los laudos contra España. En este sentido aún si se llegara a crear un régimen como el del RDL 17/2019 (cosa ya de por sí poco probable, dado que es un mecanismo sui generis) éste es probable que tuviera menos éxito, en tanto los inversores podrían tener menos obstáculos a las ejecuciones de sus laudos.

III. Conclusión

Del análisis realizado parece claro que, a pesar de que en los casos españoles juegan varias consideraciones de derecho de la Unión Europea, que, lógicamente, no son trasladables al contexto mexicano, las discusiones desarrolladas en cuestiones tales como la definición de inversor e inversión y los estándares de TJE y expropiación podrían ser útiles para futuros Tribunales que tuvieran que decidir sobre casos similares en México. Sin embargo, no debe perderse de vista que el conjunto de hechos sobre los que se tendrían que decidir estos Tribunales sería diferente justificando esto, por ejemplo, que las reclamaciones por expropiación pudieran tener más expectativas de éxito en México,

pues parte de las medidas bloqueaban el acceso a las redes de transmisión y distribución para algunos productores.

Dicho esto, no debe perderse de vista que el hecho de que finalmente se interpongan reclamaciones por las reformas en renovables en México dependerá, en gran medida, de lo que ocurra en los próximos meses: ¿Continuará la reforma energética “encallada” en los tribunales mexicanos? ¿procederá el Presidente López Obrador a reformar la constitución si esto ocurriera?

En fin, se trata de un frente que sigue abierto y su resolución, en un sentido o en otro, será determinante para ver si la reforma en renovables mexicana genera o no casos de arbitraje de protección de inversiones. En cualquier caso, parece claro que, de plantearse estos casos contra México, los casos de renovables españoles serán precedentes importantes que, probablemente, serán tenidos muy en cuenta tanto por las partes en los procedimientos como por los Tribunales Arbitrales que sobre ellos tengan que decidir.

Aproximación a las teorías de legitimidad y validez que sustentan al arbitraje internacional

Alejandro Ignacio Ramírez Padrón*

Principia No. 5-2021 pp 127-138

Resumen: El presente artículo persigue, desde un enfoque vinculado a la filosofía del derecho, abordar las distintas teorías que buscan dar explicación a la fuente de legitimidad y validez del arbitraje internacional, a fin de proporcionar respuestas a las principales interrogantes jurídico-prácticas que surgen en la resolución de casos.

Abstract: This article seeks, from an approach linked to the philosophy of law, to address the different theories that seek to explain the source of legitimacy and validity of international arbitration, in order to provide answers to the main legal-practical questions that arise in the resolution of cases.

Palabras Claves: Legitimidad, Validez, Arbitraje internacional.

Keywords: Legitimacy, Validity, International arbitration.

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Auxiliar de investigación en las líneas de derecho constitucional y derecho corporativo del Instituto de Investigaciones Jurídicas-UCAB. Asistente editorial de la Revista de la Facultad de Derecho (UCAB); Subdirector del Consejo Editorial en la Revista Principia (CIERC-UMA).

Sumario: I. Introducción, II. El arbitraje internacional y la filosofía del derecho, III. Representaciones mentales del arbitraje internacional, A. Tesis Monolocalizadora, B. Tesis Westfaliana, C. Tesis Transnacional, D. Crítica de Jan Paulsson o 4ta tesis, IV. Importancia práctica derivada de la adopción de una representación mental, V. Conclusiones

I. Introducción

Sin duda alguna, nos encontramos en un tiempo privilegiado para el arbitraje, en el que han confluído un cúmulo de factores que nos invitan a confiar más en él, destacándolo como el método por excelencia para la resolución de conflictos internacionales.

Es apreciable como alrededor del mundo cada vez más aparecen nuevas instituciones arbitrales, cursos especializados, abogados que deciden concentrar su práctica en dicha área, competencias académicas para estudiantes de pregrado y postgrado, revistas especializadas, mayores clubes de arbitraje, planes de estudio que incluyen al arbitraje como materia obligatoria a cursar y otras manifestaciones del impulso que ha recibido en la actualidad.

Según las estadísticas de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), para el año 2019 se registraron 869 nuevos casos¹. De aquellos, 851 casos se administraron bajo el propio Reglamento de Arbitraje de la CCI y durante dicho año intervinieron partes provenientes de 147 países y territorios independientes, con la notable participación de árbitros provenientes de 89 jurisdicciones distintas².

Notando un crecimiento respecto a las estadísticas brindadas por la misma entidad para el año 2018 que demuestran un total de 842 casos administrados por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. De las partes que participaron, se observa que provienen de 135 países³. Para ese año el valor agregado de todos los casos superó la cifra de 36 mil mi-

¹ José Carlos Fernández Rozas, “La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional publica las estadísticas sobre la resolución de controversias de 2019”, Ciarglobal, <https://fernandezrozas.com/2020/11/14/la-corte-internacional-de-arbitraje-de-la-camara-de-comercio-internacional-publica-las-estadisticas-sobre-la-resolucion-de-controversias-de-2019/> (Consultado el: 01-06-2021).

² *Id.*

³ Ciarglobal, “Al Detalle Los Arbitrajes 2018 De La Cámara De Comercio Internacional (CCI)”, Ciarglobal, <https://ciarglobal.com/los-arbitrajes-2018-de-la-camara-de-comercio-internacional-cci/> (Consultado el: 01-06-2021).

lones de dólares americanos, adquiriendo un monto promedio por disputa de 45 millones de dólares americanos⁴.

Por la importancia que reviste para el mundo entero, cada vez más se vuelve necesario el estudio del arbitraje internacional y esto empieza desde lo más fundamental, su legitimidad y validez. Así, el presente artículo se dispone a realizar una aproximación a las principales teorías que se han formulado respecto a dicho tema, partiendo desde una base filosófica que permita dar respuesta a los principales problemas prácticos.

II. El arbitraje internacional y la filosofía del derecho

Por difícil que parezca, ambas áreas se encuentran íntimamente relacionadas entre sí, sobre todo cuando se plantea el análisis de temas como la legitimidad y la validez del arbitraje internacional, resultando necesario penetrar en la filosofía del derecho para encontrar respuestas satisfactorias.

Siguiendo al profesor José Rafael Fernández Quesada, en su misión de conceptualizar al arbitraje comercial internacional desde una visión lógico-jurídica, se puede apreciar cuan necesario es ahondar en la filosofía del derecho para comprender mejor al arbitraje⁵.

En la búsqueda de un concepto de arbitraje internacional y siguiendo las ideas del jurista Luis Recaséns Siches, el pasado autor afirma que existen dos caminos a elegir⁶. Por un lado, la respuesta marcada desde lo lógico-jurídico; por el otro, la respuesta proveniente desde lo jurídico-positivo.

Partir del análisis jurídico positivo implicaría remitirse al estudio de las normativas de derecho positivo a fin de encontrar el concepto y señalar algunas características, cuestión que – si bien es necesaria– no es suficiente. En cambio, el análisis desde lo lógico-jurídico implica un estudio de la norma jurídica primaria desde distintas disciplinas auxiliares, lo cual abre mayor espacio al debate de ideas.

⁴ *Id.*

⁵ José Rafael Fernández Quesada, “El concepto de arbitraje comercial internacional”, *Revista Judicial*, N° 116 (2015), <http://v1.abogados.or.cr/uploads/CMS/Articulo/9e13f0dec25b7e83238690e87a70ad151825e437.pdf> (Consultado el 01 de junio de 2021), p. 220.

⁶ *Id.*

Dentro de estas ramas auxiliares que permiten una mayor comprensión del derecho, encontramos a la filosofía. El académico Bruno Oppetit ha señalado que las dificultades relacionadas al concepto de arbitraje solo pueden ser respondidas desde la reflexión jurídico-filosófica. Esto debido a que es precisamente la filosofía quien por excelencia atiende a elementos esenciales y trascendentales como: “*la justicia, sus formas y finalidades, la juridicidad, sus fuentes y naturaleza, la estructura del ordenamiento jurídico y las finalidades del derecho*”⁷.

Siguiendo la línea argumentativa de Oppetit, este cúmulo de interrogantes que se nos presentan al conceptualizar al arbitraje es posible agruparlas dentro de tres macroconceptos o ejes de reflexión que permitan digerir la búsqueda del conocimiento y la aplicación oportuna del mismo. Estos ejes son: el alcance, la identidad y la naturaleza⁸.

De estos tres ejes reflexivos, a efectos del presente artículo, nos remitiremos a la naturaleza —concretamente, la naturaleza del arbitraje internacional— ya que es aquel que

nos acerca a descubrir la validez y la legitimidad.

El arbitraje es definido por el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico de la siguiente manera:

1. *Civ. y Proc.* Sistema extrajudicial de resolución de conflictos intersubjetivos sobre cuestiones de libre disposición. Su origen se encuentra en el denominado acuerdo arbitral, mediante el cual las partes encomiendan la decisión de la controversia en uno o varios árbitros. Lo dictaminado por los árbitros en sus actuaciones se materializa en un laudo arbitral que tiene fuerza equivalente a la de una sentencia y puede ser ejecutado de manera forzosa por órganos judiciales competentes. La validez del laudo puede ser impugnada ante los tribunales mediante el ejercicio de la acción de anulación con base en motivos tasados⁹.

Del mismo modo, el Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional concibe su definición de arbitraje bajo los siguientes términos:

El arbitraje constituye un método de solución extrajudicial de controversias cuyo origen se sitúa en la voluntad de las partes, que, mediante la conclusión de un negocio jurídico denominado «convenio arbitral», confían la solución de un litigio a un tercero imparcial (árbitro) elegido,

⁷ Bruno Oppetit, *Teoría del arbitraje* (Colombia: Legis Editores, S.A., 2006), p. 248.

⁸ *Id.*

⁹ Real Academia Española, *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* (Madrid: Real Academia Española, 2020), <https://dpej.rac.es/lema/arbitraje> (Consultado el 01/06/2021).

directa o indirectamente por ellas mismas (...)¹⁰.

El arbitraje es claramente una institución de tipo jurídica, lo difícil de él es comprender a detalle cuál es el “*sistema normativo que (le) sirve de atmósfera*” debido a las múltiples “*interacciones que se producen entre diversos sistemas jurídicos nacionales, derecho internacional—público o privado—, órganos jurisdiccionales estatales de diverso grado y en todo caso, un derecho contractual con claras características transnacionales, esto sin siquiera mencionar todavía la elusiva Lex Mercatoria*”¹¹.

Resulta necesario percibir las bases sobre las que se sostiene el arbitraje para poder dilucidar en esencia qué es el arbitraje. Solo conociendo qué le da vida, podemos dar respuesta a las principales preguntas y retos que surgen en el camino.

Es así como algunos juristas en las últimas décadas, sobre todo franceses, se han dedicado a esta búsqueda, produciendo una ardua doctrina con variedad de soluciones. Uno de los

más célebres autores fue Emmanuel Gaillard quien sistematizó las posturas doctrinales a través de lo que él denominó “*las representaciones mentales del arbitraje*”, al mismo tiempo que empezó a desarrollar las consecuencias prácticas que devienen de cada representación¹².

Para Gaillard, son tres las representaciones mentales del arbitraje: a) la tesis monolocalizadora, b) la tesis westfaliana, y c) la tesis transnacional¹³. Posterior a la publicación de dichas ideas, surgen algunas críticas encabezadas principalmente por autores como Jan Paulsson¹⁴, incentivando a la reflexión por parte de la comunidad académica sobre cuál es verdaderamente ese sistema normativo que sirve de atmósfera al arbitraje y que justifica tanto su legitimidad como su validez.

III. Representaciones mentales del arbitraje internacional

En este segundo capítulo nos pondremos a desarrollar las representaciones mentales del arbitraje internacional, una por una,

¹⁰ Jorge Luis Collantes González, *Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional* (Lima: Palestra Editores, S.A.C., 2011), p. 94.

¹¹ José Rafael Fernández Quesada, “*El concepto de arbitraje...*”, *op. cit.*, p. 222.

¹² Emmanuel Gaillard, *Teoría jurídica del arbitraje internacional* (Paraguay: CEDEP, 2010), p. 16.

¹³ Emmanuel Gaillard, “El arbitraje internacional como un sistema transnacional de justicia”, *Forseti Revista De Derecho*, Vol. 2, N° 2 (2014), <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/article/view/1198> (Consultado el 01 de junio de 2021).

¹⁴ Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration* (United Kingdom: Oxford University Press, 2014).

comenzando con las tres primeras propuestas de Emmanuel Gaillard y cerrando con las críticas de Jan Paulsson.

La idea de representación mental obedece a la formulación de teorías que logren explicar la fuente de legitimidad del arbitraje internacional a fin de garantizar la validez del mismo. Resolviendo con ello variedad de preguntas prácticas, dentro de las que resalta aquella de “*cuál es la fuente de poder que tiene los árbitros para resolver la controversia*”¹⁵.

Comúnmente se responde a la anterior pregunta con la afirmación de que los poderes del árbitro devienen de la libre autonomía de la voluntad de las partes al decidir acudir a arbitraje. Sin embargo, dicha voluntad puede otorgar tal poder en la medida de que se le haya sido concedida tal capacidad por un ordenamiento jurídico¹⁶.

A. Tesis Monolocalizadora

Esta primera tesis es la más tradicional de las cuatro que presentaremos en este trabajo y consiste en afirmar que el derecho de la sede del arbitraje es la única fuente de legitimidad

y validez del arbitraje internacional. Algunos autores que propugnan esta tesis suelen remitirse al término “*país de origen*” como factor de legitimidad y validez.

Como asevera Gaillard “*En esta visión, la sede del arbitraje es más que un lugar elegido por conveniencia o neutralidad. La sede provee la base exclusiva de la naturaleza vinculante del arbitraje*”¹⁷.

Para los seguidores de esta tesis, un ejemplo sería: si el lugar del arbitraje es Venezuela, ya por eso fuera un arbitraje venezolano, sin importar la nacionalidad de las partes en conflicto ni el derecho que ha de regir al arbitraje. Al igual que el resultado del arbitraje, el laudo, será también venezolano.

Por lo que —dentro de los postulados de esta tesis— si a ambas partes se les admite arbitrar, es porque el ordenamiento jurídico de la sede del arbitraje, en este ejemplo el venezolano, les ha “*pre-autorizado la posibilidad de hacerlo*”¹⁸.

La noción de tribunal arbitral se construye bajo la idea de un tribunal del ordenamiento jurídico de la sede

¹⁵ Emmanuel Gaillard, “*El arbitraje internacional...*”, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶ José Rafael Fernández Quesada, “*El concepto de arbitraje...*”, *op. cit.*, p. 223.

¹⁷ Emmanuel Gaillard, “*El arbitraje internacional...*”, *op. cit.*, p. 12.

¹⁸ *Id.*

del arbitraje. Resaltando que la fuente de legitimidad y validez será la sede donde tenga lugar el arbitraje. Siendo esta una de las tesis más simplistas pero que por ello, guarda deficiencias y retos prácticos¹⁹.

B. *Tesis Westfaliana*

Esta tesis posterior establece como postulado central que la validez del arbitraje se encuentra en los diversos ordenamientos jurídicos que han aceptado reconocer la validez de su laudo, en lugar de estar solamente en el ordenamiento asociado a la sede del arbitraje.

Esto produce un cambio sustancial respecto a la tesis monolocalizadora, ya que se pasa de un pensamiento centralizador a uno descentralizador en la medida de que se modifica la óptica del problema. Ya no nos encontramos en un proceso preautorizado, sino que nos encontramos en un proceso legitimado *a posteriori*.

La sede del arbitraje se comprende como un lugar físico donde ocurrirá el arbitraje, sin embargo, ya no se entenderá como el factor determinante de los poderes del árbitro.

El problema —en la tesis monolocalizadora— se enfoca desde el punto de partida, mientras que bajo el modelo westfaliano se enfoca desde el punto de llegada, es decir, el laudo y su reconocimiento. Esta postura concibe al arbitraje internacional como proceso legítimo en razón de que “*existen un número de Estados que están preparados para reconocer la legitimidad de un proceso basado en la común intención de las partes, así como también en la naturaleza vinculante del laudo arbitral*”²⁰.

De tal forma se explica el apelativo westfaliano, el cual deviene del título legítimo que detenta cada comunidad organizada para decidir acerca de la validez por ser el encargado de la ejecución.

C. *Tesis Transnacional*

A diferencia de la tesis anterior, la tesis transnacional no entiende a los Estados desde la individualidad, sino los entiende de forma colectiva. Asumiendo que la fuente de legitimidad se encuentra en *visiones desarrolladas colectivamente por la comunidad internacional*.

¹⁹ Uno de los retos prácticos que se presenta es generar una respuesta a la transferencia de sede que puede ocurrir a lo largo de un proceso arbitral, o también la dificultad de determinar la sede del arbitraje cuando hablamos de un procedimiento *online* en donde sus miembros se encuentren en diversas localizaciones.

²⁰ Emmanuel Caillard, “*El arbitraje internacional...*”, *op. cit.*, p. 12.

Esta visión se logra materializar a través de instrumentos normativos internacionales como la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958) o la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, con enmienda del 2006).

Es que en normativas internacionales como las mencionadas anteriormente, se logra expresar una idea común, desde la colectividad de Estados, acerca de qué es y cómo debe ser conducido un arbitraje para que sea reputado como legítimo.

Para los seguidores de esta postura, el árbitro internacional desempeña una actividad adjudicatoria a beneficio de la comunidad internacional y no en representación de algún orden nacional. Sin embargo, este postulado si bien defiende un sistema autónomo, pero niega un sistema anacional ya que el orden transnacional se sostiene precisamente sobre la comunidad de Estados. Por eso, mal puede decirse que esta corriente

pretenda negar los sistemas jurídicos nacionales.

Ahora, como ya comentábamos no niega o rechaza la existencia de los ordenamientos jurídicos nacionales, pero sí concibe la posibilidad de que el arbitraje sea conducido —por decisión de las partes— sin conexión al ordenamiento nacional en concreto al ser una decisión de justicia internacional²¹.

En este marco, el árbitro representa un ente del mismo ordenamiento jurídico autónomo de carácter transnacional. Finalmente, esta tesis encuentra la fuente de validez y legitimidad del arbitraje internacional en la actividad normativa colectiva de los Estados, dando lugar a un *derecho común del arbitraje*²².

D. Crítica de Jan Paulsson o 4ta tesis

Posterior al planteamiento del profesor Gaillard, se empiezan a generar críticas de parte del doctrinario Jan Paulsson al contrastar las pasadas tesis con lo que él considera la realidad de la práctica arbitral, sobre todo en cuanto a la idea de deslocalización

²¹ De tal forma se ha entendido en la jurisprudencia de casación francesa en decisiones como *Société PT Putrabali Adyamulia v. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices* (2007). En este caso se discute la ejecución de un laudo internacional anulado y concluye que dicha anulación en los tribunales de la sede no pretende hacer desaparecer el laudo, este sigue existiendo y por tanto podrá ser válido en otras jurisdicciones —teniendo por supuesto como límite el orden público internacional.

²² Emmanuel Gaillard, *Teoría jurídica del arbitraje... op. cit.*

propia de la tesis transnacional que se había asentado en la jurisprudencia francesa.

Así, Paulsson, esgrime una cuarta teoría, la suya propia. Esta tiene como característica “*que el arbitraje pueda derivar su efectividad de fundamentos que no dependan de las leyes o los jueces nacionales*”²³. Esto implica una aproximación nuevamente a la tesis westfaliana, invirtiendo el enfoque del problema y cambiando por completo el concepto de lo que debe entenderse por deslocalización.

Como asevera Fernández Quesada:

Para Paulsson, el concepto de “deslocalización” se refiere a la posibilidad de que un laudo sea aceptado en el lugar de ejecución, con independencia del criterio que vierta sobre tal laudo, el sistema legal de la sede, y afirma con total serenidad que la realidad del mundo arbitral, no contradice las tres tesis de Gaillard, sino que, sencillamente, las ignora. Y considera que el onírico concepto de un orden autónomo, se contradice a sí mismo, pues requiere, para su validez, ser reconocido

por el mismísimo sistema estatal del que pretende liberarse²⁴²⁵.

De tal forma, esta cuarta tesis que surge como crítica pretende no alinearse a ningún sistema nacional y fomenta la idea de un “*systeme social privé*” aplicando sus propias normas por sí solos. También se puede señalar que responde a análisis jurídicos-sociológicos en lo que respecta a la defensa de los grupos socialmente organizados.

Esta última tesis si bien genera críticas fundamentadas a las tres anteriores, igualmente demuestra ciertas falencias o puntos débiles que la hacen también susceptible de potenciales críticas por la doctrina, muchos afirman que no es una tesis por sí misma sino un desarrollo de la tesis westfaliana.

IV. Importancia práctica derivada de la adopción de una representación mental

Este cúmulo de tesis compiten constantemente en la práctica; en algunos momentos históricos prevaleciendo

²³ José Rafael Fernández Quesada, “*El concepto de arbitraje...*, *op. cit.*, p. 225.

²⁴ *Id.*

²⁵ Debemos aclarar que el término “deslocalización” ha sido comprendido de formas diversas a lo largo de la doctrina y la jurisprudencia. Véase: Shirley, Sánquiz Palencia, *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano* (Caracas: UCAB/Fundación Roberto Goldschmidt, 2005), pp. 39-41.; Guillermo Palao Moreno, “El lugar del arbitraje y la “deslocalización” del arbitraje comercial internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIV, núm. 130 (2011), <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v44n130/v44n130a6.pdf> (Consultado el 01 de junio de 2021), pp. 183-188.

una en específico, mientras que en otros momentos otra. Su implementación por parte del árbitro se produce incluso sin conocer que está aplicando una tesis en específico.

También es de considerar que la adopción de una representación mental del arbitraje internacional no influye solamente en el árbitro que ha de tomar la decisión del caso, sino también en los abogados y partes en cuanto a la línea argumentativa que han de sostener en la defensa de sus intereses, así como los jueces que han de ejecutar la decisión arbitral.

La elección de una representación mental trae consecuencias para el sistema arbitral en general, ya que dicha adopción manifiesta la forma misma en la que entendemos al sistema.

La importancia de la elección de una representación mental se aprecia sobre todo en lo que se refiere a la determinación del derecho aplicable por parte del árbitro y a la ejecución del laudo definitivo por parte del juez en la justicia ordinaria. Ambos aspectos resultan clave para alcanzar la materialización de la justicia en la resolución de la controversia.

Siguiendo con el ejemplo venezolano planteado en el Capítulo II; si un árbitro se apega a la tesis monolo-

calizadora y la sede del arbitraje es Venezuela, razonará bajo el seguimiento de las normas de conflicto venezolanas. Si en el mismo caso, adopta el criterio westfaliano, podrá valorar entre las múltiples normas de conflictos vinculadas sin amarrarse a las propias de la sede.

Este espectro se va ampliando en cuanto a las posibilidades del árbitro en la medida de que nos acercamos a las dos últimas teorías, un árbitro que se circunscriba al criterio transnacional seguramente apreciará las normativas de conflicto que reflejan las tendencias internacionales provenientes del consenso de los Estados. Hasta llegar finalmente al árbitro que se adhiera a la cuarta tesis que tendrá mucha mayor libertad que los criterios anteriores en cuanto a las reglas que resuelven el conflicto normativo, generando consecuencias radicalmente distintas en comparación, por ejemplo, con la tesis tradicional monocalizadora.

Al respecto, el árbitro Emmanuel Gaillard pone el siguiente ejemplo al comparar las consecuencias de adoptar un modelo westfaliano o uno transnacional:

Como el árbitro westfaliano, este árbitro transnacional no se considerará a sí mismo obligado por las normas de conflicto de leyes mexicanas simplemente

porque él o ella se encuentra en México. No obstante, a diferencia del árbitro westfaliano que se ve a sí mismo como titular de autonomía ilimitada, un árbitro que adopta la visión transnacional aprecia las tendencias desarrolladas por la comunidad internacional para que lo guíe. Mientras que la visión westfaliana está caracterizada por un margen de imprevisibilidad, la visión transnacional apunta a promover certeza a través de apoyarse en principios mayoritarios y rechazar idiosincrásicas o anticuadas reglas de Derecho²⁶.

Respecto a la ejecución del laudo por parte de la justicia ordinaria, como ejemplificamos en el capítulo anterior, estas tesis pueden cambiar los resultados. La demostración más significativa es en cuanto a la solicitud de ejecución de un laudo en otro Estado que previamente ha sido anulado en la sede arbitral que se emitió.

Para los seguidores de la tesis monolocalizadora, considerarán un laudo venezolano a aquel cuya sede arbitral sea Venezuela, en consecuencia, si el mismo fue anulado en Venezuela, no podría ejecutarse en otro Estado. En cambio, si se ciñe por la tesis transnacional, se buscará la concordancia con los criterios de validez del laudo emitidos por estándares inter-

nacionales²⁷, así abriéndose la posibilidad de que sea ejecutado en otro ordenamiento jurídico distinto al que anuló dicho laudo²⁸.

El surgimiento de una tesis no deroga las otras tesis, hoy en día alrededor del mundo existen diversos tribunales arbitrales u ordenamientos jurídicos que se afilian a una postura o a otra. Todas tienen un grado de presencia actualmente.

V. Conclusiones

En consideración de los argumentos anteriormente expuestos ha sido posible alcanzar las siguientes conclusiones:

Hoy más que nunca se encuentra vigente el arbitraje internacional, evolucionando y perfeccionándose al mismo ritmo en que se constituye como el método por excelencia para la resolución de conflictos internacionales.

Ante tal importancia, es necesario repasar y reflexionar sobre aquellas teorías que buscan dar explicación a la validez y a la legitimidad del arbitraje internacional, sumergiéndose con ello en aspectos filosóficos pro-

²⁶ Emmanuel Gaillard, *“El arbitraje internacional...”, op. cit.*, p. 14.

²⁷ Ejemplo, los encontrados en la Convención de New York, previamente citada.

²⁸ Criterio que ha sido recogido desde la jurisprudencia francesa hasta ciertos tribunales arbitrales internacionales.

pios del arbitraje. Estas teorías persiguen finalmente dar respuesta al diseño del sistema y sobre dicha solución es que se logra responder importantes interrogantes prácticas.

A lo extenso de la doctrina se ha logrado sistematizar 4 posiciones principales: a) la tesis monolocalizadora, la cual afirma que el derecho de la sede del arbitraje es la única fuente de legitimidad y validez; b) la tesis westfaliana, la validez del arbitraje se encuentra en los diversos ordenamientos jurídicos que han aceptado reconocer la validez del laudo; c) la tesis transnacional, que afirma que la fuente de legitimidad se encuentra en visiones desarrolladas colectivamente por la comunidad internacional; y d) la tesis originada por crítica de Jan Paulsson, la cual pretende desprenderse de la vinculación estatal que sí ocurre en las teorías anteriores.

Se puede observar que las cuatro teorías generan respuestas prácticas, sin embargo, también poseen falencias en sus construcciones. Aunque también es visible como la tendencia ha sido hacia la amplitud y la complejidad, otorgando mayores posibilidades al arbitraje.

Estos cambios van de la mano con el fortalecimiento de una cultura arbi-

tral internacional, causando la consolidación de instituciones y normativas alrededor del mundo que van transformando el sistema internacional sobre el que orbita el arbitraje.

Debemos destacar que la elección de una representación mental no es un ejercicio meramente teórico, sino que además influye en las soluciones que podamos aportar en la práctica, especialmente en lo que respecta al derecho aplicable y a la ejecución del laudo.

Así, el abordaje nuevamente de estos temas contribuye no solo a responder los problemas del presente, sino que nos conduce a pensar y diseñar el sistema arbitral en el que nos desenvolveremos a futuro.

The Sound and Fury of Venezuela's ICSID Denunciation

Claudio Salas*, Maria Camila Hoyos**, and Soledad Peña***

Principia No. 5–2021 pp 139-158

Resumen: Este artículo aborda las consecuencias jurídicas y prácticas de la denuncia y el retiro de Venezuela de la Convención CIADI. Han pasado casi diez años desde que Venezuela notificó su retiro de la Convención CIADI y, desde entonces, se han emitido una serie de decisiones contradictorias por parte de tribunales que intentan resolver la cuestión de *cuándo* se retira efectivamente el consentimiento del Estado a la jurisdicción del CIADI. Para determinar las consecuencias jurídicas de la denuncia de Venezuela, los autores analizan los diferentes enfoques adoptados por los tribunales en la última década. A continuación, los autores evalúan las consecuencias prácticas de la denuncia, incluyendo las alternativas disponibles para los inversionistas después de que tuvo lugar la denuncia, y si se cumplieron los objetivos políticos de Venezuela subyacentes a su denuncia. Este artículo concluye que la denuncia de Venezuela al CIADI fue más un acto lleno de ruido y de furia, que un paso con serias consecuencias jurídicas y prácticas.

Abstract: This article discusses the legal and practical consequences of Venezuela's denunciation and withdrawal from the ICSID Convention. Almost ten

* This article represents the personal views of the authors and not those of Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP.

* Claudio Salas is special counsel at Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP where he represents clients in diverse industries in international commercial and investment treaty arbitrations conducted in venues throughout the world under the rules of all major institutions. He also represents clients in international litigation in US federal district and appellate courts, and in FCPA and other government investigations. A native Spanish speaker, he frequently handles matters originating in Latin America. Mr. Salas teaches international arbitration at the University of Pennsylvania Law School and obtained his Juris Doctor degree at Yale Law School.

** Maria Camila Hoyos is an associate at Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP. She regularly advises clients in high-stake arbitration matters and cross-border litigation involving common-law and civil-law legal systems in a wide range of industries conducted in Spanish, Portuguese, and English. She obtained her LL.B. and B.A. in Political Science from Universidad de los Andes in Colombia and her LL.M. from Columbia Law School.

*** Soledad Peña is foreign visiting lawyer at Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP. Ms. Peña is an Ecuadorian lawyer trained in both civil and common law systems. She has participated in several international investment arbitrations advising both investors and states under ICSID, UNCITRAL and ICC Rules in cases involving oil and gas, mining, tax regulations and state bonds. She obtained her LL.B. from Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, and her LL.M. from Georgetown Law School.

years have passed since Venezuela gave notice of its withdrawal from the ICSID Convention and a series of contradictory decisions have since been issued by tribunals trying to resolve the question of *when* state consent to ICSID jurisdiction is effectively withdrawn. To determine the legal consequences of Venezuela's denunciation, the authors discuss the different approaches taken by tribunals during the last decade. The authors then assess the practical consequences of the denunciation, including the alternatives available to investors afterwards and whether Venezuela accomplished the political goals underlying its denunciation. This paper concludes that Venezuela's ICSID denunciation was more sound and fury than a step with serious legal and practical consequences.

Palabras Claves: Convención CIADI, denuncia, partes contratantes, arbitraje internacional de inversión, retiro del consentimiento, consentimiento mutuo, consentimiento perfeccionado, doctrina Calvo

Keywords: ICSID Convention, denunciation, contracting parties, international investment arbitration, consent withdrawal, mutual consent, perfected consent, Calvo doctrine.

Summary: I. Introduction, II. Historical background, III. The legal effects of denunciation, A. Relevant ICSID Convention Articles, B. Approaches to determining when a State's withdrawal of consent to arbitrate becomes effective, 1. First Approach: Consent is withdrawn the moment that a written denunciation is submitted to the World Bank, i. First Approach as conceived by Professor Christoph Schreuer, ii. *Fábrica de Vidrios v. Venezuela*, 2. Second Approach: Withdrawal of consent will only be effective after the six-month period of article 71 expires, i. *Blue Bank v. Venezuela*, ii. *Transban v. Venezuela*, iii. *Venoklim v. Venezuela*, iv. *Rusoro v. Venezuela*, 3. Third approach: Withdrawal of consent is only effective when the international investment agreement expires, 4. Current status of the approaches taken by tribunals in the last decade. Is the matter still unsettled?, IV. The practical effects of denunciation, V. Conclusion

I. Introduction

On the occasion of the upcoming 10th anniversary of Venezuela's denunciation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States ("ICSID Convention"), this article provides an assessment of its consequences by examining its effects from both a legal and practical perspective. We begin by tracing the historical roots of Venezuela's ratification and denunciation of the ICSID Convention. We then examine the legal consequences of denunciation by analyzing the approaches that arbitral tribunals have taken to the question of *when* a state's consent to ICSID jurisdiction is effectively withdrawn. On the practical side, we

examine the recourses investors had in light of the denunciation and whether Venezuela succeeded in achieving its political goals in denouncing the ICSID Convention. We conclude that while Venezuela's denunciation of the ICSID Convention has led to some interesting (and contradictory) investment treaty decisions, as a practical matter it has been no more than sound and fury with few consequences.

II. Historical background

The ICSID Convention has a fraught history in Latin America. When first proposed in 1964, the draft ICSID Convention was rejected by all 19

Latin American countries¹. The region's refusal (known as "The No of Tokyo") was based on the assertion that the legal and constitutional systems in Latin American countries guaranteed the same rights and protections to their own nationals as to foreign investors – therefore, granting foreign investors an alternative forum impermissibly discriminated against national investors².

The region's solidarity in rejecting the draft ICSID Convention had deep historical roots. During the nineteenth and early twentieth centuries, the abuse of diplomatic protection to resolve disputes be-

tween Latin American countries and foreign investors along with the occasional armed intervention by the investor's home state³ led to Latin American states limiting diplomatic protection and forcing foreign investors to resolve their disputes in national courts⁴. This principle was enshrined in the Calvo Doctrine⁵, which was adopted by many Latin American countries and embodied in their Constitutions. Venezuela was no exception⁶.

After the Second World War, many countries in Latin America sought to develop their economies by pushing "domestic production facilities to

¹ See Aron Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States* (Leyden: Recueil de Cours, 1972), 348.

² See Antonio Parra, *The History of ICSID* (Oxford University Press, 2012), 67-8.

³ In some instances when European investors believed they were owed compensation, European countries sent "warships to moor off the coast of the host states until reparation was forthcoming." Diana Marie Wick, "The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change," *The Journal of International Business & Law* no. 11 Iss. 2 (2012): 250. This so-called gunboat diplomacy was practiced "especially against the states in South America." *Id.* In one example, the well-known "Jecker" claim, a Swiss-French bank loaned Mexico the nominal amount of 75 million francs, of which Mexico received less than 4 million francs. The nonpayment of 100 percent of this loan was the justification used by the French government to send its army to intervene in Mexico in 1861-1862. See Ibrahim Shihata, "Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA," *ICSID Review Foreign Investment Law Journal* (1986): 1. See also, Rodrigo Polanco Lazo, "Is There a Life for Latin American Countries After Denouncing the ICSID Convention?" *Transnational Dispute Management*, no. 11 Iss 1 (2014): 3.

⁴ See Wick, "The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change," 251.

⁵ The Calvo Doctrine, named after the Argentinian diplomat and jurist Carlos Calvo, first appeared in an 1896 treatise by Mr. Calvo. The doctrine sought to eliminate diplomatic protection for foreign citizens and replace this protection with equal legal treatment for both nationals and aliens in state courts. According to Calvo "it is certain that aliens who establish themselves in a country have the same rights to protection as nationals, but they ought not to lay claim to a protection more extended." James Baker and Lois Yoder, "ICSID and the Calvo Clause a Hindrance to Foreign Direct Investment in LDCs," *Journal on Dispute Resolution* (1989): 90. Furthermore, he emphasized that the recognition of contrary international principles would result in allowing "an exorbitant and fatal privilege, especially favourable to the powerful states and injurious to the weaker nations, establishing an unjustifiable inequality between nationals and foreigners" and that this would contradict the fundamental concept of territorial sovereignty. *Id.*

⁶ See Wick, "The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change," 251.

manufacture goods that were formerly imported.”⁷ This lasted until around 1990, when most countries opened their economies under the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC, or CEPAL for its Spanish acronym) recommendations that emphasized the importance of foreign direct investment (“FDI”) for the region’s economic development⁸. In order to attract FDI, Latin American countries ratified bilateral investment treaties (“BITs”) and the ICSID Convention⁹. From the late 1980s onwards, more than 27 Latin American and Caribbean countries concluded a total of 366 BITs (93 per cent of which were signed in the 1990s)¹⁰. Venezuela ratified the ICSID Convention on June 1, 1995.

In February 1999, the pendulum in Venezuela swung again when President Hugo Chavez assumed the presidency. During his first term,

Venezuela nationalized several industries, and expropriated and seized assets in the telecommunications, mining, and hydrocarbons sectors¹¹. After Chavez’s subsequent presidential victory in December 2006, he also nationalized the cement industry, steel plants, the wholesale fuel sector, and banks (including Venezuela’s third biggest bank, Banco de Venezuela) among others¹². President Chavez believed Latin America should achieve both political and economic independence from foreign powers, including by nationalizing foreign owned corporations and distancing Venezuela from the United States, western oil companies, the International Monetary Fund and the World

⁷ See Werner Baer, “Industrialization in Latin America: Successes and Failures,” *The Journal of Economic Education*, no. 2 (Spring 1984): 124.

⁸ See Rudolf Dotzer and Cristoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, 2012), 71.

⁹ See Polanco Lazo, “Is There a Life for Latin American Countries After Denouncing the ICSID Convention?,” 4. See also, Wick, “The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change,” 252.

¹⁰ See “Bilateral Investment Treaties 1959-1999”, *United Nations Conference on Trade and Development*, 2000, 15-16. See also, Victoria Aranda, “Bilateral Investment Treaties Quintupled During the 1990s,” *UNCTAD Press Release*, December 15, 2000, <https://unctad.org/press-material/bilateral-investment-treaties-quintupled-during-1990s>.

¹¹ See Wick, “The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change,” 247.

¹² See, e.g. “Venezuela: Nationalizations drive FDI fears,” *The New York Times*, September 9, 2008, <https://www.nytimes.com/2008/09/09/news/09iht-09oxan-FDI.16014084.html>.

Bank¹³. In his words, “[t]he nation should recover its ownership of strategic sectors, all of that which was privatized, let it be nationalized.”¹⁴

As a result, Venezuela was one of the most frequent respondents in investor state cases, often responding to claims of direct and indirect expropriation. Venezuela became the second most recurrent ICSID arbitration respondent in the region (after Argentina) with 21 ICSID cases pending by 2012¹⁵.

On January 24, 2012 Venezuela submitted its written notice to withdraw from the ICSID Convention¹⁶. Among the reasons stated in its with-

drawal notice, Venezuela alleged that the ICSID Convention contravened two provisions of Venezuela’s 1999 Constitution: article 151 (which prohibited international claims with respect to public interest contracts¹⁷) and article 301 (which incorporated the Calvo doctrine). Moreover, Venezuela asserted that ICSID arbitration was biased in favor of multinational corporations and violated the host country’s sovereignty¹⁸.

President Chavez was also a proponent of the Alianza Bolivariana de los Pueblos de Nuestra América (ALBA), which promotes regional integration and protection of social

¹³ David Conklin, “Hugo Chavez was No Outlier.” *Harvard Business Review*, March 7, 2013, <https://hbr.org/2013/03/hugo-chavez-was-no-outlier>. See also, Justin Dargin, “Investor-State Relations in The Chavez Age; The Nature of Resource Nationalism in the 21st Century,” *Harvard Kennedy School Belfer Center Publications* (Spring 2010): 40.

¹⁴ Dargin, “Investor-State Relations in The Chavez Age; The Nature of Resource Nationalism in the 21st Century,” 40-41.

¹⁵ See “Venezuela withdraws from ICSID,” *Thomson Reuters Practical Law*, January 31, 2012, <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-517-5244>.

¹⁶ See “Venezuela Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention,” *ICSID News Releases*, January 26, 2012, <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/venezuela-submits-notice-under-article-71-icsid-convention>

¹⁷ Article 151 of the Venezuelan constitution provides “In the public interest contracts, unless inapplicable by reason of the nature of such contracts, a clause shall be deemed included even if not expressed, whereby any doubts and controversies which may raise concerning such contracts and which cannot be resolved amicably by the contracting parties, shall be decided by the competent courts of the Republic, in accordance with its laws and shall not on any grounds or for any reason give rise to foreign claims.” Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela, February 19, 2009, article 151 (Free translation from Spanish: “En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.”).

¹⁸ See James Otis and Jaime Martínez, “BITs in Pieces: The effectiveness of ICSID Jurisdiction after the ICSID Convention Has Been Denounced,” *Journal of International Arbitration* 29, no. 4 (2012): 440.

rights. During a summit of ALBA held in 2007, member countries proclaimed their intent to withdraw from ICSID “to guarantee their sovereign right to regulate foreign investment on their national territories and reject diplomatic and media pressure exercised by some multinational companies (...) which resist the application of sovereign rules by threatening countries with initiating international arbitration.”¹⁹ Furthermore, Venezuela is a member of Unión de Naciones Suramericanas (“UNASUR”), which proposes the creation of a regional arbitration center as an alternative to ICSID. In short, Venezuela’s denunciation was more than just a legal strategy to prevent future claims; it also sought to position Venezuela as a regional leader in the regulation of foreign investment disputes.

Venezuela did not, however, terminate its BITs. While in 2008 Venezuela did terminate its BIT with the Netherlands, alleging that the Netherlands-Venezuela BIT had been used for treaty shopping²⁰, no other BITs were terminated since

then and to date Venezuela has 25 BITs in force²¹.

III. The legal effects of denunciation

After Venezuela’s denunciation of the ICSID Convention, several investors filed ICSID claims against Venezuela within the ensuing six-month period. And five tribunals have addressed the issue of *when* Venezuela’s consent to ICSID arbitration was effectively withdrawn. The question does not have a straightforward answer, as evidenced by its leading to three different approaches: (1) consent is effectively withdrawn when the denunciation notice is submitted to the World Bank; (2) consent is effectively withdrawn only after the expiration of the six-month period provided in article 71 of the ICSID Convention; and (3) consent is effectively withdrawn only with the expiration of the sunset or survival clause in the relevant BIT incorporating ICSID arbitration. Unsurprisingly, the ad hoc committee in *Fábrica de Vidrios v.*

¹⁹ Polanco Lazo, “Is There a Life for Latin American Countries After Denouncing the ICSID Convention?” 11.

²⁰ See, Wick, “The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change,” 251.

²¹ See International Investment Agreements Navigator, “Bolivarian Republic of Venezuela, Bilateral Investment Treaties,” Investment Policy Hub UNCTAD, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/228/venezuela-bolivarian-republic-of> (accessed June 7, 2021)

Venezuela recently found that tribunals have arrived at contradictory decisions and that the issue remains unsettled²².

A. Relevant ICSID Convention Articles

Three articles of the ICSID Convention are relevant to denunciation.

Article 25(1) provides requirements for jurisdiction:

The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (...) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally²³.

Per article 25(1) the three fundamental conditions to access ICSID jurisdiction are (i) the consent of the parties, (ii) the identity of the parties

(*ratione personae*), and (iii) the nature of the dispute (*ratione materiae*)²⁴. Furthermore, the consent of the parties must be mutual and in writing. While article 25 addresses *who* must give consent and *how*, it does not establish *when* consent is perfected²⁵.

Article 71 provides for denunciation as an option:

Any Contracting State may denounce this Convention by written notice to the depositary of this Convention. The denunciation shall take effect six months after receipt of such notice²⁶.

Article 71 addresses the right that state parties have to withdraw from the Convention. However, as discussed below, it is disputed whether Article 71 addresses the issue of when consent *to arbitration* is withdrawn by a state.

²² See Lisa Bohmer, “Analysis: Reasons revealed as to why an Ad Hoc Committee has upheld restrictive reading of ICSID denunciation provisions; citing lack of stare decisis doctrine, committee sees no basis to annul award that diverged from others,” *LA Reporter*, November 27, 2019,

<https://www.iareporter.com/articles/analysis-reasons-revealed-as-to-why-an-ad-hoc-committee-has-upheld-restrictive-reading-of-icsid-denunciation-provisions-citing-lack-of-stare-decisis-doctrine-committee-sees-no-basis-to-annul-award/>

²³ ICSID Convention, article 25(1.)

²⁴ See Georges Rene Delaume, “Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States,” *The International Lawyer*, no. 1 (1966): 64, 68.

²⁵ “Consent of the parties must exist when the Centre is seized (Articles 28(3) and 36(3) but the Convention does not otherwise specify the time at which consent should be given”. Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 43.

²⁶ ICSID Convention, article 71. Article 73 establishes that “[i]nstruments of ratification, acceptance or approval of this Convention and of amendments thereto shall be deposited with the Bank which shall act as the depositary of this Convention. The depositary shall transmit certified copies of this Convention to States members of the Bank and to any other State invited to sign the Convention.” ICSID Convention art. 73.

Article 72 explains the effect of denunciation:

Notice by a Contracting State pursuant to Articles 70 or 71 shall not affect the rights or obligations under this Convention of that State or of any of its constituent subdivisions or agencies or of any national of that State arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given by one of them before such notice was received by the depositary²⁷.

Article 72 addresses the consequences of denunciation and, along with article 71, is relevant to *when* consent is withdrawn by a state.

B. Approaches to determining when a State's withdrawal of consent to arbitrate becomes effective

Tribunals and academics have adopted three different theories as to when a state's withdrawal from the ICSID Convention effectively withdraws its consent to ICSID arbitration. A first approach ("First Approach") posits that according to articles 71 and 72 of the ICSID Convention, a contracting state withdraws its consent to ICSID arbitration at the exact same moment that it submits its written denuncia-

tion to the World Bank²⁸. A second approach ("Second Approach") posits that, according to article 71, there is a six-month window from when the written denunciation is submitted to the World Bank until the withdrawal of its consent to arbitrate takes effect. A third approach ("Third Approach") posits that if the contracting state has denounced the ICSID Convention, according to articles 71 and 72, but has also entered into an international investment agreement ("IIA") that provides for ICSID arbitration, the sovereign state's consent to ICSID arbitration will remain in effect until the IIA (including any sunset or survival clause) expires regardless of the state's denunciation.

1. First Approach: Consent is withdrawn the moment that a written denunciation is submitted to the World Bank

Under the First Approach, a contracting state's withdrawal of consent to ICSID arbitration is effective the moment the denunciation is submitted in writing to the ICSID depositary.

²⁷ ICSID Convention, article 72.

²⁸ This approach has been supported by Professor Christoph Schreuer. See Christoph Schreuer, "Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration," in *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, ed. Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, and Claire Balchin (The Hague: Kluwer Law International, 2010.)

i. First Approach as conceived by Professor Christoph Schreuer

Professor Schreuer bases his approach to consent on two fundamental points. First, Professor Schreuer argues that an offer to arbitrate by a contracting state in a domestic law or an IIA is a unilateral offer from which no rights or obligations can arise. According to Professor Schreuer, consent is reciprocal and comes into existence when all parties to a dispute agree to arbitration in writing in accordance with article 25 of the ICSID Convention²⁹.

Second, according to Professor Schreuer, although article 71 establishes in principle that a denunciation of the Convention is only effective after six months, article 72 “contains a different rule on the effective date of the denunciation with respect to consent.”³⁰ Professor Schreuer argues that the withdrawal of consent occurs when denunciation is received by the IC-

SID depositary and that from such date onwards, investors can no longer consent to arbitration because the state withdrew its offer to consent before consent was perfected³¹.

ii. *Fábrica de Vidrios v. Venezuela*

*Fábrica de Vidrios v. Venezuela*³² is the only reported case to adopt Professor Schreuer’s approach and to rely on article 72 of the ICSID Convention to decline jurisdiction. Claimants filed their request for arbitration on July 20, 2012, just a few days before the expiration of the six-month period following denunciation. Venezuela challenged the tribunal’s jurisdiction on several grounds including article 72, arguing that mutual consent must be established prior to denunciation. Claimants argued that a contracting state’s unilateral consent subsisted until the expiration of the six-month period following the denunciation and thus, since the request for arbitration was filed during that pe-

²⁹ Christoph Schreuer, “Consent to Arbitration,” in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, ed. Christoph Schreuer, Federico Ortino, and Peter Muchlinsky (Oxford: Oxford University Press, 2008), 1087.

³⁰ Schreuer, “Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration,” 355.

³¹ *See Id.*

³² *See* *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. & Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/12/21, Award (November 13, 2017) (hereinafter “*Fábrica de Vidrios Award.*”)

riod, consent was validly perfected while Venezuela was a contracting state.

The tribunal made three key determinations in concluding that it did not have jurisdiction over the dispute because consent to the jurisdiction of the Centre had not been perfected prior to denunciation³³.

First, the tribunal rejected claimants' argument that Venezuela's unconditional consent to ICSID in the BIT was "impervious to Venezuela's actions taken in respect of its obligations under the ICSID Convention."³⁴ The tribunal concluded that a BIT cannot alter the scope of a contracting state's rights or obligations under the Convention, and that ICSID arbitration is only available if both the conditions established under the BIT and the ICSID Convention have been satisfied³⁵.

Second, the tribunal stated that the meaning of "consent" in article 72 refers to perfected consent and not

unilateral consent. Thus, the state's consent to ICSID arbitration can only be extended throughout the six-month period in cases of prior perfected consent³⁶.

Third, the tribunal held that the objective of articles 71 and 72 is to regulate denunciation to "ensure that the resulting divorce is as orderly as possible while protecting vested rights under any existing arbitration agreement."³⁷ The tribunal added that if article 72's purpose was interpreted to preserve additional agreements to arbitrate, then a state could be subject to "an unlimited and unforeseeable number of future ICSID arbitrations for decades after its denunciation comes into effect."³⁸ The approach taken by the tribunal has been criticized as missing "the overarching policy objectives pursued by Article 71 of the Convention: precluding states from opportunistically withdrawing from a treaty without previously

³³ See *Fábrica de Vidrios Award*, para. 282.

³⁴ *Fábrica de Vidrios Award*, para. 261.

³⁵ See *Fábrica de Vidrios Award*, para. 261-2.

³⁶ See *Fábrica de Vidrios Award*, paras. 277-8. See also, Manuel Casas, "When the Bell Doesn't Save You: Favianca and Jurisdiction After ICSID Denunciation," *Kluwer Arbitration Blog*, January 5, 2018, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/01/05/bell-doesnt-save-favianca-jurisdiction-icsid-denunciation/>.

³⁷ *Fábrica de Vidrios Award*, para. 285.

³⁸ *Fábrica de Vidrios Award*, para. 289.

granting potential claimants enough time to bring their claims.”³⁹

2. Second Approach: Withdrawal of consent will only be effective after the six-month period of article 71 expires

Under the Second Approach, a withdrawal of consent under the ICSID Convention by a contracting state is effective only after the six-month period provided in article 71 of the ICSID Convention expires. The advocates of the Second Approach argue that the ICSID Convention establishes a gradual withdrawal, and that the opposite conclusion would “strip article 71 of the ICSID Convention of any practical meaning and *effet utile*.”⁴⁰ A proponent of this approach, Emmanuel Gaillard, states that:

When the investor has accepted the state’s general consent prior to the receipt of the notice of denunciation by the centre or within the six-month period set forth in Article 71[1], the effectiveness of the existing rights and obligations should raise little difficulty as the host state is still

a contracting party at those times (...) In both these situations, the investor is protected by Article 25(1) of the convention, which defines jurisdiction and provides that “[w]hen the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.”⁴¹

Another commentator argues that even though “article 72 refers expressly to consent given before a notice of denunciation is received, the provision does not foreclose the possibility of accepting the offer after the denunciation,” because there is no express prohibition on such acceptance in article 72 or elsewhere in the ICSID Convention⁴².

The majority of the tribunals to decide the issue have adopted the Second Approach.

i. Blue Bank v. Venezuela

In *Blue Bank v. Venezuela*⁴³, Venezuela contended that the tribunal lacked jurisdiction because Venezuela “had already voluntarily exercised its right to denounce the ICSID Convention and, thus, had

³⁹ Casas, “When the Bell Doesn’t Save You: Favianca and Jurisdiction After ICSID Denunciation.”

⁴⁰ Victorino Tejera, “Unraveling ICSID’s Denunciation: Understanding the Interaction Between Articles 71 and 72 of the ICSID Convention,” *ILSA Journal of International & Comparative Law* 20, no. 3 (2014): 431.

⁴¹ Emmanuel Gaillard, “The Denunciation of ICSID Convention,” *New York Law Journal* 237, no. 122 (June 2007): 2-3.

⁴² Tejera, “Unraveling ICSID’s Denunciation: Understanding the Interaction Between Articles 71 and 72 of the ICSID Convention,” 433.

⁴³ See *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/20, Award (April 26, 2017) (hereinafter “Blue Bank Award”), paras. 46-7.

withdrawn its consent to the submission of disputes to the jurisdiction of the Centre.”⁴⁴ Venezuela claimed that “once its notice of denunciation of the Convention was given under article 71 on 24 January 2012, its unilateral consent to submit to arbitration also lapsed pursuant to article 72.”⁴⁵

The Tribunal rejected Venezuela’s arguments holding that “a denunciation of the ICSID Convention takes effect only after the expiry of six months from the date of receipt of the notice of denunciation by the depositary.”⁴⁶ The Tribunal held that any other interpretation “would render the reference to a six-month time period devoid of any meaning and would run directly contrary to the principle of *effet utile* (ut res magis valeat quam pereat).”⁴⁷

ii. *Transban v. Venezuela*

In *Transban v. Venezuela*⁴⁸, the tribunal concluded it lacked jurisdiction *ratione personae* over claimant. However, in *dicta*, the tribunal dismissed Venezuela’s

objection to ICSID jurisdiction due to its alleged withdrawal of consent, which Venezuela claimed was immediate and effective from the moment that the ICSID depositary received its notice to denounce the ICSID Convention.

The tribunal explained that nothing in article 72 suggests that investors could not consent to arbitration during the six-month period provided by article 71⁴⁹. The majority concluded that:

If the denouncing state has given its consent to the jurisdiction of the Centre before notifying the depositary of its denunciation of the Convention, and if an investor has given its consent in writing when the Convention was still in force for the denouncing state, the mutual consent of both parties is in existence and constitutes a binding arbitration agreement⁵⁰.

The tribunal held that since claimant filed notice of proceedings when Venezuela was still a party to the Convention, on the last day of the

⁴⁴ Blue Bank Award, para. 51 (a.).

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ Blue Bank Award, para. 119.

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ See *Transban v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/24, Award (November 22, 2017) (hereinafter “*Transban Award*.”)

⁴⁹ See *Transban Award*, para. 83.

⁵⁰ *Transban Award*, para. 84.

six-month window, claimant's expression of consent was timely⁵¹.

iii. *Venoklim v. Venezuela*

In *Venoklim v. Venezuela*⁵², the tribunal declined jurisdiction due to lack of *ratione personae* jurisdiction over claimants⁵³. However, in *dicta*, the Tribunal concluded that denunciation did not foreclose jurisdiction over claims submitted after notification of denunciation but before the end of the six-month period⁵⁴. The tribunal held that consent under "Article 72 is (...) that of the State itself, i.e. the simple unilateral offer of arbitration, and not the consent of the state perfected by the investor's acceptance of that offer when it submits its request for arbitration."⁵⁵ The Tribunal went on to conclude that under the principle of legal cer-

tainty investors cannot be denied the right to benefit from that six-month period to accept the state's offer and file their claims⁵⁶. A contrary interpretation of this article "would violate basic principles of legal certainty because no investor would know beforehand when a state will withdraw consent to ICSID Convention."⁵⁷

iv. *Rusoro v. Venezuela*

*Rusoro Mining Ltd v. Venezuela*⁵⁸ dealt with a claim for alleged unlawful expropriation under the Canada-Venezuela BIT. The claimant filed the case under the ICSID Additional Facility, which was an option provided under the BIT. However, for a case to be filed under the ICSID Additional Facility, at least one of the parties needs to be a contracting

⁵¹ See *Transban Award*, para. 94.

⁵² See *Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/22, Award (April 3, 2015) (hereinafter "Venoklim Award.")

⁵³ See *Venoklim Award*, para. 163.

⁵⁴ See *Venoklim Award*, para. 65-8.

⁵⁵ *Venoklim Award*, para. 65 (Free translation from Spanish: "[E]l consentimiento al que se refiere el Artículo 72 es, en este caso, el del Estado en sí, es decir la simple oferta unilateral de arbitraje, y no el consentimiento del Estado perfeccionado con la aceptación del inversionista de dicha oferta al presentar su solicitud de arbitraje. Entenderlo de otra manera, sería contrario al principio de seguridad jurídica, el cual exige que el inversionista goce de un periodo de seis meses contados a partir del recibo de la notificación de la denuncia según el Artículo 71 del Convenio CIADI.")

⁵⁶ See Clovis Trevino, "Attempt to Access BIT through Portal of Domestic Law Falls Short; Tribunal Appears to Split Over Propriety of Locals Using Foreign Entities to Sue their Own State," *IA Reporter*, April 7, 2015, <https://www.iareporter.com/articles/attempt-to-access-bit-through-portal-of-domestic-law-falls-short-tribunal-appears-to-split-over-propriety-of-locals-using-foreign-entities-to-sue-their-own-state/>

⁵⁷ *Venoklim Award*, para. 63 (Free translation from Spanish: "... llevaría a la violación de principios básicos de seguridad jurídica, porque ningún inversionista podría saber de antemano en qué momento un Estado va a denunciar el Convenio CIADI.")

⁵⁸ See *Rusoro Mining Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award (August 22, 2016) (hereinafter "Rusoro Award.")

state of the ICSID Convention. Since Canada was not at that time an ICSID contracting state, the question before the tribunal was whether Venezuela was still a contracting party during the six-month window following the denunciation of the Convention⁵⁹. While this is a different question than that of withdrawal of consent to arbitrate, the tribunal cited *Venoklim* and endorsed its conclusions⁶⁰.

3. Third approach: Withdrawal of consent is only effective when the international investment agreement expires

The Third Approach regarding the effective withdrawal of consent by a contracting state posits that consent is not withdrawn until any sunset or survival clause in the investment agreement expires. As a proponent of this approach, Oscar M. Garibaldi argues that:

[I]f the treaty provides consent to ICSID jurisdiction, (...) the consent will be binding on the State and hence irrevocable, unless the treaty itself provides other-

wise. The irrevocability of such consent flows not from the ICSID Convention, which as we have seen says nothing about the conditions for valid withdrawal, but from the binding force of the treaty, which in turn results from the rule *pacta sunt servanda* under general international law. (...) Therefore, as long as the obligations of the treaty remain in effect for the denouncing State, any attempt by it to withdraw its consent given in the treaty would be ineffectual⁶¹.

Emmanuel Gaillard also agrees with this approach but only if a state's consent in the applicable treaty is unqualified, in which case that consent "should not be affected by the denunciation of the ICSID Convention."⁶² He adds:

This interpretation is in conformity with both the text and the purpose of Article 72, which is to avoid the situation where a state unilaterally frustrates its undertaking to submit to ICSID arbitration, even where such undertaking is contained in a treaty which remains in existence for years after the denunciation of the ICSID Convention⁶³.

While the Third Approach has not carried the day in any of the five cases discussed above, it featured in the

⁵⁹ See *Rusoro Award*, para. 260. See also, Hugh Carlson, Anton Chaevitch, and Elizabeth Snodgrass, "Chapter 14: Three Notable Issues from the Venezuela Experience," in *International Arbitration in Latin America: Energy and Natural Resources Disputes*, ed. Gloria Maria Álvarez, Melanie Riofrio Piché and Felipe Sperandio (The Hague: Kluwer Law International, 2021), 332.

⁶⁰ See *Rusoro Award*, para. 267.

⁶¹ Oscar M. Garibaldi, "On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy," *Transnational Dispute Management* 1, (2009): 26.

⁶² Emmanuel Gaillard, "The Denunciation of ICSID Convention," 2-3.

⁶³ Emmanuel Gaillard, "The Denunciation of ICSID Convention," 2-3.

separate opinion in *Blue Bank v. Venezuela*. In that opinion, Christer Söderlund, the President of the tribunal, agreed with the rest of the tribunal that the investor's consent was timely since it was given within the six-month window following the denunciation. However, he went a step further and adopted the Third Approach.

Mr. Söderlund questioned the appropriateness of the offer-acceptance model when interpreting an international investment agreement such as a BIT. In the first place, he criticized a literal interpretation of article 25 that requires consent from the disputing state and investor because "when the text of the Convention was conceived (...) the notion of an inter-State investment treaty was not contemplated in a way so as to accommodate the exigencies of consent given by way of an inter-state undertaking."⁶⁴

Second, he agreed that article 72 requires perfected consent, but he posited that the relevant consent is

not between the state and the investor but the consent of the states that entered into a BIT to submit to international arbitration disputes at the behest of third-party investors. Mr. Söderlund argued that "[s]uch consent (whether regarded as unilateral or mutual) will remain in effect for the duration of the BIT."⁶⁵ Thus, Mr. Söderlund argued that "a notice of denunciation of the ICSID Convention is of no consequence for consent given by a state party in a BIT in relation to another state."⁶⁶

As one commentator observes, under Mr. Söderlund's model the contract to arbitrate is between the two sovereign states while the investor is a third-party beneficiary to the contract⁶⁷. Consequently, instead of considering the arbitration clause within the BIT a "standing offer" it is considered a "procedural right" that is secured for the third-party beneficiary. Moreover, this right is available to an investor until the expiration of sunset or survival clause in the BIT because it is a recognized principle of law that rights conferred

⁶⁴ *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/20, Mr. Christer Söderlund Separate Opinion (April 3, 2017) (hereinafter "Blue Bank Separate Opinion"), para. 36.

⁶⁵ *Blue Bank Separate Opinion*, para. 45.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ Anuraag Rajagopalan, "Denunciation of ICSID Convention: Re-Visiting Mr. Soderlund's Separate Opinion," *Kluwer Arbitration Blog*, May 31, 2020, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/31/denunciation-of-icsid-convention-re-visiting-mr-soderlunds-separate-opinion/>.

to a beneficiary cannot be altered without their consent⁶⁸.

4. Current status of the approaches taken by tribunals in the last decade. Is the matter still unsettled?

The *Fábrica de Vidrios v. Venezuela* award discussed above was subject to an annulment proceeding. The ad hoc committee upheld the award that declined jurisdiction over the dispute on the basis of Venezuela's denunciation of the ICSID Convention⁶⁹. In so doing, it confirmed that the question of when consent to arbitrate is withdrawn remains unsettled.

Claimants filed for annulment in March 2018 claiming that the tribunal's decision amounted to a manifest excess of powers, and that it failed to state the reasons on which the award was based. Particularly, claimants argued that the tribunal's interpretation of the BIT, as well as articles 71 and 72 of the ICSID Convention, was unreasonable and that it failed to properly address claimants'

argument and evidence that it accepted Venezuela's offer to arbitrate before the denunciation became effective, *i.e.*, during the six-month window post denunciation.

The ad hoc committee reasoned that the tribunal had clearly explained its position that article 71 addressed Venezuela as a contracting state while article 72 addressed Venezuela as a potential party to ICSID arbitration, and that, therefore, article 72 protects the right to pursue arbitration only for foreign investors which had accepted Venezuela's offer to arbitrate before Venezuela submitted its notice to withdraw from ICSID. The Committee explained that whether or not it agreed with this interpretation, the tribunal's explanation was reasonable. The Committee added that "while previous decisions had reached opposite conclusions, there is no doctrine of *stare decisis* in interna-

⁶⁸ *See Id.*

⁶⁹ Although the decision is not yet public, the Committee's reasoning has become available. *See* Lisa Bohmer, "ICSID Ad Hoc Committee upholds 2017 award which had declined jurisdiction due to Venezuela's denunciation of the ICSID Convention," *IA Reporter*, November 25, 2019, <https://www.iareporter.com/articles/icsid-ad-hoc-committee-upholds-2017-award-which-had-declined-jurisdiction-due-to-venezuelas-denunciation-of-the-icsid-convention/>. *See also*, Bohmer, "Analysis: Reasons revealed as to why an Ad hoc Committee has upheld restrictive reading of ICSID denunciation provisions; citing lack of *stare decisis* doctrine, committee sees no basis to annul award that diverged from others."

tional law.”⁷⁰ The committee also stated that even if it agreed that it would be desirable to ensure consistency of arbitral decisions, an inconsistency with previous awards could not warrant annulment of the award. Thus, the committee concluded that the tribunal had not manifestly exceeded its powers⁷¹.

Hence, the correct approach regarding *when* consent to arbitrate is effectively withdrawn as a result of denunciation remains unsettled. While most tribunals have adopted the Second Approach by allowing the investors to file arbitrations during the six-month period post denunciation, there is still at least one recorded tribunal holding that the effective date of withdrawal of consent is the same date as the submission of the notice to withdraw from the ICSID Convention. Moreover, while the Third Approach adopted by Mr. Söderlund has only been featured in his *Blue Bank* opinion and in academic discussions, it

may be that future tribunals will adopt his approach.

IV. The practical effects of denunciation

As a practical matter, Venezuela did not generally achieve its goal of evading the ICSID system (except in the case of *Fábrica de Vidrios v. Venezuela* discussed above). During the six-month post denunciation period, a total of nine new ICSID cases were filed against Venezuela. From the time when the six-month period ended onwards, an equal number of ICSID cases have been filed against Venezuela. To date Venezuela still has 16 cases pending at ICSID, 7 of them under the Additional Facility Rules⁷².

This is different than what happened when Bolivia and Ecuador denounced the Convention. In those cases, after denunciation, the majority of investors brought their claims under the UNCITRAL Rules⁷³. The main reason Venezuela is different lies in the uncommon language of

⁷⁰ Bohmer, “Analysis: Reasons revealed as to why an Ad hoc Committee has upheld restrictive reading of ICSID denunciation provisions; citing lack of stare decisis doctrine, committee sees no basis to annul award that diverged from others.”

⁷¹ *See Id.*

⁷² *See* “Cases Database,” ICSID Website, last time visited June 1, 2021, available at <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>.

⁷³ *See* Luke Erik Peterson, “Analysis: What have we learned from the first wave of post – denunciation claims against Venezuela- and why do investors keep suing Venezuela there?,” *IA Reporter*, November 30, 2017, <https://www.iareporter.com/articles/analysis-what-have-we-learned-from-the-first-wave-of-post-denunciation-icsid-claims-against-venezuela-and-why-do-investors-keep-suing-venezuela-there/>

many of the BITs Venezuela ratified. Some of Venezuela's BITs reserve the availability of UNCITRAL arbitration to situations where ICSID is not available. At least one UNCITRAL tribunal has already declined jurisdiction when there was a reasonable prospect that the ICSID Secretariat would have registered the claim⁷⁴. Moreover, some Venezuela BITs provide for UNCITRAL arbitration *and* arbitration under ICSID's Additional Facility are not available. Therefore, if the investor's home country is an ICSID contracting state, then Venezuela's withdrawal does not prevent an investor from bringing the claim under the Additional Facility Rules⁷⁵.

Thus, to a great degree, Venezuela has not been able to escape ICSID, which administers arbitrations under the Additional Facility. Moreover, arbitration proceedings under the ICSID Convention and the ICSID Additional Facility Rules

are very similar, since most of the provisions that apply to Additional Facility arbitrations are almost identical to those that apply to ICSID arbitrations⁷⁶.

Venezuela has, it is true, escaped the ICSID Convention rules regarding the annulment and enforcement of awards. Unlike an award under the ICSID Arbitration Rules, an award rendered under the Additional Facility Rules, like those rendered under the UNCITRAL Rules, is subject to review in the national courts of the place of arbitration or of the state in which the investor seeks enforcement. However, in practice this does not confer significant benefits on states because, as one commentator observes, the setting aside of awards is typically limited to "the very rare instances of gross transgressions, such as lack of notice, excess of jurisdiction, unarbitrability, or an award in conflict with public policy. The grounds for refusing recognition and enforcement under the New

⁷⁴ This was the case of *Nova Scotia Power Incorporated (Canada) v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB (AF)/11/1, Award (April 30, 2014.)

⁷⁵ Peterson, "Analysis: What have we learned from the first wave of post – denunciation claims against Venezuela- and why do investors keep suing Venezuela there?" ("Because of the continued availability of arbitration under the ICSID Additional Facility, and the ICSID-privileging language found in many Venezuelan BITs, the country's denunciation of the ICSID Convention has not had the same dramatic effects as was seen in relation to Bolivia and Ecuador when those countries divorced from the ICSID system.")

⁷⁶ See "Procedure in ICSID Additional Facility arbitration and other ADR mechanisms," *Thomson Reuters Practical Law*,

<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-629-0711>

York Convention are similar.”⁷⁷ Therefore, having forced investors to use the ICSID Additional Facility rather than the ICSID Arbitration Rules has likely not provided significant benefit to Venezuela.

V. Conclusion

The fact that Venezuela still faces a considerable number of arbitrations both under the ICSID Arbitration Rules and the ICSID Additional Facility, that the BITs ratified by Venezuela which favor ICSID arbitration are still in force (and moreover contain lengthy sunset or survival clauses), and that Venezuela may continue to face arbitrations under the ICSID Additional Facility Rules (or even the ICSID Arbitration Rules) in the years ahead, show that the denunciation of the ICSID Convention was more a political display than an act with wide-ranging consequences. Venezuela and other states that take issue with ICSID arbitration will need to work collaboratively to come up with a system that better meets their concerns. If the Venezuela experience is any indication, denouncing the ICSID Convention by itself will not provide much satisfaction.

Having said that, the sound and fury of Venezuela’s denunciation of the ICSID Convention has provided food for thought for tribunals and academics alike. If any future denunciations do occur, these issues will be relevant once again.

⁷⁷ Wick, “The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change,” 278.

Normas Editoriales de Principia

Normas Editoriales para la presentación de artículos académicos para Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila

I. Sobre los artículos

1. Las colaboraciones que sean enviadas deben ser inéditas y cumplir con le Código de Ética de Principia.
2. Los originales deben ser remitidos, dentro del plazo de convocatoria, a la dirección de correo electrónico cierc@uma.edu.ve
3. El manuscrito debe venir acompañado de un breve resumen en español e inglés de unas 10 líneas que sintetizen el contenido del artículo. En dicho resumen también deberá incluirse las palabras claves en español e inglés.
4. Deberá incluirse un resumen corto del currículum del autor en una nota al pie de página.
5. Deberá contar con: Resumen; Introducción; Desarrollo; Conclusiones.
6. Estará prohibido en el texto resaltar en **negritas**, *cursiva*, y/o subrayado. Solo estará permitido, cuando una cita textual de otro texto así lo contenga.
7. Tipo y tamaño de letra:
 - i. Tipo de letra: Times New Roman tanto en el cuerpo del texto (título, párrafo, tablas y cuadros) como en las notas a pie de página.
 - ii. Tamaño de la letra: 11 puntos en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y 9 puntos en las notas a pie de página.
8. El interlineado debe ser de 1,5 en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y sencillo en los títulos de más de dos líneas, las citas largas –afuera del párrafo– y en las notas a pie de página.
9. Alineación del texto:
 - i. Los títulos de los capítulos deben estar centrados.

- ii. Los subtítulos deben estar alineados a la izquierda.
 - iii. Los párrafos y las notas a pie de página o al final del texto deben ir justificados (alineados tanto a la izquierda como a la derecha). Excepto la primera línea de los párrafos que llevará una sangría de 5 espacios (1,25 cm).
10. Programas del texto: Los artículos deben entregarse en formato Microsoft Word para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013 o posterior). El archivo de texto debe tener la extensión .doc o .docx (no se acepta .rtf ni .pdf para el archivo de texto).

II. Sobre las citas, pies de página y referencias

1. Citas:
 - i. Tipo de cita: Estilo CHICAGO en una nota al pie de página. Se debe de mantener a lo largo de todo el texto.
 - ii. El Estilo CHICAGO puede ser encontrado en:
https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html
 - iii. Las citas textuales de menos de 40 palabras deben tener el mismo formato que el texto (no hay diferencia), y deben estar “entrecomilladas”
 - iv. Las citas de más de 40 palabras deben ir en párrafo aparte con sangría continua de 5 espacios y con interlineado sencillo. Este tipo de cita no utiliza comillas.
2. Notas a pie de página deben estar en letra Times New Roman 9.

III. Arbitraje doble ciego

1. Los trabajos presentados para publicación en Principia serán sometidos a Arbitraje doble Ciego, basándose en los criterios aquí establecidos y en el Código de Ética de la revista.



El Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC) de la Universidad Monteávila, nace de la iniciativa de reconocidos profesores y profesionales venezolanos y extranjeros vinculados a la Universidad Monteávila, la Universidad Católica Andrés Bello y el Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), con el fin de fomentar la utilización de los Medios Alternativos de Resolución de Controversias como vía efectiva para reducir la conflictividad que caracteriza nuestras relaciones comerciales, familiares y personales e incluso, contribuir activamente a solucionar la crisis de justicia e institucionalidad que enmarca nuestro sistema judicial.

El CIERC presenta así diversas herramientas de investigación y formación académica y profesional, orientadas, ante todo, al desarrollo de una metodología efectiva de gerencia y control de riesgos y conflictos, y a fomentar y promover los medios alternativos al litigio judicial para la resolución de controversias, no sólo invitando a las partes a utilizarlos, sino particularmente promoviendo y participando activamente en la formación de árbitros, mediadores y negociadores.

Como parte de las herramientas de investigación y formación académica que promueve el CIERC, nace la necesidad de realizar una publicación que conjugue diferentes artículos de opinión, académicos y de información acerca del desarrollo de los diferentes mecanismos alternativos de resolución, para seguir fomentando el estudio y el desarrollo intelectual en esta área.