

**La constitución del arbitraje**

***Víctor Ferreres Comella, The Constitution of Arbitration, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, 220 páginas***

**Pablo Salvador Coderch  
Universitat Pompeu Fabra**

-

La constitución -con minúscula inicial- de un arbitraje, es decir su establecimiento, es imprescindible en unos casos, eficiente en otros, problemática en unos terceros, acaso imposible o prohibida en otros -como los penalmente relevantes-. Pero, para empezar, hay actividades que no pueden realizarse de ninguna manera sin uno o más árbitros, no hay alternativa al arbitraje. Es el caso de muchos deportes y, sobre todo, de los deportes de equipo competitivos, pero no solo de ellos: sin un árbitro que controle, inapelable y en el acto, el inicio, el desarrollo, la finalización del partido y el cumplimiento de las reglas que definen el deporte de que se trata, este no existe, se disuelve en el caos de un encuentro (más o menos) amistoso.

En cambio, hay otras actividades cuyo desarrollo es más sencillo, económico o rápido si incluyen un arbitraje como medio de controlar sus vicisitudes. Pero sin él, se pueden llevar a cabo. A mayor coste, con todo.

Hay actividades, como las relaciones bilaterales entre Estados soberanos en las cuales el arbitraje plantea cuestiones arduas, pero a la postre encuentra su función, al menos, en ausencia de un tribunal internacional operativo.

Y, por último, los conflictos penalmente relevantes quedan sujetos a la jurisdicción competente, su objeto no es disponible, ni, por tanto arbitrable.

En cambio, en derecho privado, al arbitraje se llega normalmente por acuerdo entre las partes. Los contratos son promesas jurídicamente vinculantes, esto es, justiciables, y el pacto arbitral también lo es. Pero contratos y pactos descansan sobre la certeza de que su cumplimiento será predominantemente voluntario en la inmensa mayor parte de los casos. La ejecución forzosa del laudo arbitral no es el único medio de impulsar su cumplimiento, pues en infinidad de relaciones sociales o, incluso, jurídicas, una reacción precisamente social, como la suspensión temporal de ulteriores tratos con el sujeto renuente, o su exclusión del grupo que lleva a cabo la actividad de que se trate pueden bastar para disuadirle de ignorar la resolución arbitral.

El constitucionalista Víctor Ferreres Comella, colega en nuestra común Universitat Pompeu Fabra, ha escrito ahora un libro de referencia sobre el arbitraje de inversiones y, en general, sobre los fundamentos constitucionales -normativos- del arbitraje como institución: en él se trata de la Constitución, con mayúscula inicial, del arbitraje. Es una ambición notable y mayormente lograda: quienes hemos enseñado qué es un arbitraje en derecho privado, cómo funciona y hemos participado como árbitros en arbitrajes mercantiles internacionales quedamos ahora en deuda con Víctor Ferreres, pues ha arrojado luz sobre muchas cuestiones, las ha ordenado y ha centrado nuestra atención en el tema de los fundamentos constitucionales del arbitraje: traducido al

español, el título de su libro sería “La Constitución del Arbitraje”, un análisis de sus fundamentos normativos. En esta recensión ya he escrito que el libro se analiza desde un punto de vista más modesto: ¿qué aporta el arbitraje a una relación entre personas, organizaciones, instituciones o Estados? La respuesta ya hemos visto es que depende: es esencial en algunas actividades, resulta más o menos práctico en otras e imposible en unas terceras.

El autor da comienzo a su análisis con el arbitraje de derecho privado, su sede originaria y todavía la más genuina, pues el origen de la autoridad de los árbitros se encuentra en el consentimiento de las partes de someterse a su decisión, en lugar de recurrir a los jueces y tribunales competentes (pp. 9 y ss.). Pero hace falta algo más, sostiene el autor: se necesita al Estado. Y aunque uno discrepa de la extraordinaria tesis de la comparabilidad entre matrimonio y arbitraje que el autor asume como natural (p.14), es cierto que la ejecutabilidad de los laudos arbitrales, la posibilidad de su ejecución forzosa requiere del reconocimiento del Estado de que se trate. Si el arbitraje es pensable sin Estado -como ocurre en los deportes- la ejecución forzosa de los laudos no lo es. Pero los ordenamientos estatales exigen algo más que el simple consentimiento de las partes, pues el arbitraje implica la renuncia a la tutela judicial, al menos, en primera instancia, una asimetría que un constitucionalista entiende que exige, a su vez, un fundamento constitucional. Si el arbitraje no es necesario para el desarrollo de una actividad, la renuncia a la tutela judicial efectiva debe ser causal, no solo consensual, ha de estar justificada por el cumplimiento de determinados requisitos.

A ellos se dedica el capítulo segundo del libro (pp. 31 y ss.). Las distintas cartas constitucionales que analiza Víctor Ferreres se refieren con frecuencia solo indirectamente a la cuestión, en cuanto tutelan la libertad de los particulares para autorregular sus intereses. En derecho privado, la cuestión es menos candente, pues el arbitraje alcanza solo a posiciones jurídicas subjetivas disponibles, las cuales, por hipótesis son renunciables.

El capítulo tercero (pp. 49 y ss) analiza las cuestiones que el arbitraje plantea cuando se refiere a normas imperativas, al derecho de la competencia, por ejemplo, o al derecho del consumo, o al principio de igualdad ante la ley (sin discriminación por razón de sexo, edad, religión, nacionalidad u otra condición semejante). A ello se ha de sumar las exigencias de imparcialidad -compatible con la simpatía de un coárbitro por la parte que le nombró-, escribe el autor-, justicia básica (*fairness*) -la cual frecuentemente requiere razones, motivos, aunque ello no siempre fuera así en el pasado- y un mínimo control judicial, al menos relativo a la institución y al procedimiento. A diferencia de la jurisprudencia (*case law*), el arbitraje contribuye en menor medida que aquella al desarrollo del derecho (capítulo 4, pp. 83 y ss.).

El tratamiento del arbitraje mercantil internacional (Capítulo 5, pp. 90 y ss.) gira en torno a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), a la cual el autor quiere atribuir carácter similar al constitucional, hasta el punto de que concibe la plausibilidad de que los Estados tengan el deber de suscribirla. De hecho, en marzo de 2021, la han suscrito 168 y, de hecho, es casi ineludible, pero de derecho todavía no lo es. Al arbitraje internacional se recurre por las mismas razones que militan en su favor en el caso del nacional, pero con el añadido de que ayuda a las partes a cerrar un acuerdo cuando ninguna de ellas acierta a persuadir a la otra sobre la bondad e imparcialidad de su propio foro. Hace décadas que explico en mis clases el Real Decreto 1525/1988, de 16 de diciembre, por el cual se autoriza el sometimiento a legislación extranjera y a arbitraje internacional de los contratos relativos a la Colección Thyssen-Bornemisza, contratos que establecen las condiciones para la

instalación en España de la mayor parte de la Colección mencionada, a suscribir entre el Reino de España y Favorita Trustees Limited, que quedó sometido a derecho inglés en cuantos aspectos se relacionen con su interpretación y cumplimiento y que dispone además que las cuestiones o controversias que surjan se puedan someter a arbitraje internacional. Hoy la (¡espléndida!) Colección puede ser visitada en Madrid, pues las cosas salieron bien en un ejemplo magnífico de la utilidad del arbitraje, así como de la importancia de las cláusulas sobre derecho aplicable y foro en los contratos internacionales. También un caso que muestra cómo el Estado puede prescindir de la exorbitancia del derecho público sin demasiados problemas.

Los capítulos 6 y siguientes del libro comentado (pp. 113 y ss.) se dedican al arbitraje de inversiones y constituyen una de las mejores síntesis sobre los convenios arbitrales en inversiones internacionales. Muchos son bilaterales, pero el autor da razón de los instrumentos internacionales que persiguen proteger los intereses de los inversores extranjeros, como NAFTA o MERCOSUR. No existe, con todo, en esta materia un tratado con vocación universal -comparable al Convenio de Nueva York-, pero muchos tratados bilaterales incluyen cláusulas que permiten a un inversor acudir a un tribunal arbitral internacional. El ejemplo paradigmático es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI, ICSID en inglés), una institución del Banco Mundial, con sede en Washington.

El CIADI ha generado controversia por parte de quienes opinan que está estructuralmente sesgado a favor de los inversores extranjeros, pues toma en consideración demandas de inversores en el marco de tratados bilaterales y constituye una instancia única. El organismo, criticado por tener un sesgo favorable a los inversores, ha iniciado proyectos de reformas en relación con lo anterior, y el autor, capítulo 7 (pp. 137 y ss.), después de haber tratado de la cuestión relacionada con la necesidad de ofrecer niveles equivalentes de protección a inversores extranjeros y nacionales, rechaza que los sesgos estén fundamentados, proponiendo soluciones tales como incorporar juristas con buen conocimiento del derecho constitucional en los tribunales arbitrales (p. 149). Probablemente, seguirá siendo debatido si la cuestión quedaría resuelta con medidas subjetivas de este tipo. Más objetivas son las consideradas en el capítulo 8 (pp. 143 y ss.): insistir en la conveniencia de laudos razonados, bien motivados, desarrollar un sistema de precedentes, llevar a la práctica -en teoría está admitido- la posibilidad de presentar escritos de *amici curiae*, como ocurre en la tradición del Tribunal Supremo federal de los Estados Unidos de América, dar entrada a la opinión de los gobiernos sobre la designación de los árbitros, o sobre el procedimiento mismo (pp. 150-151). A la postre, siempre queda la posibilidad de que los Estados modifiquen los tratados, o al menos, de que apliquen las reglas que ya existen en muchos de ellos sobre notas interpretativas (pp. 153 y ss.). Más polémica puede parecer la propuesta de que, por razones democráticas, los tribunales tengan formalmente en cuenta las opiniones de las instituciones políticas de los Estados firmantes (p. 157). Mas el que hay un problema estructural lo muestra la propuesta de que la solución sería establecer un tribunal internacional permanente (pp. 158 y ss.). De momento, y como se detalla en el capítulo 9 (pp. 164 y ss.), la tendencia dominante es hacia la fragmentación del derecho internacional y todavía falta consenso sobre la relación entre los tratados sobre derechos humanos y los de inversiones, esto es, sobre si aquellos prevalecen sobre estos (pp. 171 y ss.). Al final, resulta difícil discrepar de la tesis del autor: si bien, la doctrina de la superioridad jerárquica de los convenios internacionales de derechos humanos sobre los de inversiones no persuade suficientemente, no excluye la conveniencia de “diálogo jurisprudencial” y “coordinación institucional” (pp. 173 y ss.).

La diferencia, propia de cada jurisdicción nacional, entre arbitraje (fundado en el consentimiento) y jurisdicción (ejerce potestad) desaparece en derecho internacional: la autoridad de tribunales arbitrales y tribunales propiamente dichos reposa sobre el consentimiento de los Estados en disputa (p. 183), pero ello permite al autor partir del análisis de la idea de que los tribunales internacionales tienen una base o fundamento consensual para tratar de superarla, pues esta tesis encuentra objeciones serias: los tratados internacionales vinculan a los Estados; la costumbre internacional es vinculante; es contraintuitivo afirmar que un Estado puede llevar a cabo prácticas genocidas o de agresión; el art. 2 de la Carta de Naciones Unidas enuncia principios que son universalmente vinculantes, aun para Estados que no sean miembros de la organización (p. 187; los Estados tienen obligaciones con las poblaciones sobre las cuales ejercen poder territorial; y no hay duda de que necesitamos al derecho internacional para decidir sobre la existencia o emergencia de un Estado mismo. Por todo ello, concluye, la soberanía no es un concepto normativo externo y previo al derecho internacional (p. 189): “un Estado es soberano en cuanto no está sujeto a la jurisdicción de ninguna otro Estado, sino solo al derecho internacional” (*ibidem*). Ello sugiere, sostiene casi al final, que crecientemente hay argumentos de peso para defender una jurisdicción internacional con potestad propia. Mas, con realismo no siempre propio de estos niveles de análisis normativo, el autor no pudo dejar de concluir que esto es algo no va a ocurrir pronto (p. 194).

El libro concluye con un capítulo 11 (pp. 196 y ss.) dedicado a exponer las virtudes y limitaciones del arbitraje internacional entre Estados: entre las primeras se encuentra la ventaja de la especialización y experiencia, la flexibilidad del procedimiento, el menor riesgo -comparado con el asociado con un litigio judicial- a la reputación del Estado que pierde la disputa y la circunstancia de que el Tribunal Internacional de Justicia solo resuelve diferencias entre Estados. Pero hay también inconvenientes: las partes, como en el arbitraje doméstico, pueden dejar de designar a los árbitros, es posible que el Estado no favorecido por el laudo alegue *ex post* el exceso de jurisdicción del tribunal arbitral; la ejecución es más fácilmente eludible y todo el procedimiento arbitral es relativamente más costoso que el jurisdiccional. Las ventajas, con todo, superan a los inconvenientes. En ausencia de un legislador internacional, de un poder legislativo global, el arbitraje permite cubrir lagunas normativas. En nuestros tiempos, solo cede claramente su posición ante tribunales permanentes que operan en el marco de organizaciones regionales como, paradigmáticamente, la Unión Europea. Mas, fuera de algunas cuestiones muy básicas - nadie ampara el genocidio- está por ver si el mundo no es demasiado grande y diverso para un solo tribunal global. A Víctor Ferreres Comella hay que agradecerle haber puesto en claro muchas cuestiones generales sobre el arbitraje además de haber abordado monográficamente y magníficamente las específicamente relacionadas con el arbitraje internacional de inversiones.