
Arbitraje internacional Estado-Inversionista: Estándares de revisión, margen de apreciación, derecho y orden públicos

*Óscar E. Quesada-Rodríguez**

Resumen:

El presente artículo tiene como objetivo principal plantear algunas observaciones acerca de la forma en que se realizan los análisis, interpretaciones y procedimientos adoptados por los tribunales arbitrales del Centro Internacional para el Arreglo de Controversias relativos a Inversiones, al abordar los casos ante ellos presentados que han seguido la perspectiva o punto de vista de los intereses del inversionista y aplicando normativa de derecho privado, en lugar de adoptar estándares de revisión

* Estudiante de Licenciatura de Derecho, Universidad Autónoma de Centro América. Miembro de Amnistía Internacional USA, Grupo 13, sede Universidad de Connecticut (2004-2007). Representante costarricense en el Hispanic Council of Greater Stamford, City of Stamford Connecticut (2004-2007).

y aplicar la llamada doctrina del margen de apreciación (discrecionalidad) dada la esfera y contexto propio del derecho público, por la naturaleza jurídica misma del Estado como parte del diferendo arbitral.

Palabras Clave: ARBITRAJE - ESTADO INVERSIONISTA - CIADI - LAUDO ARBITRAL - DERECHO PRIVADO - DERECHO PÚBLICO - INTERESES PÚBLICOS - DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN - ESTÁNDAR DE REVISIÓN - TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

Abstract:

The main objective of this article is to present some observations about the way in which the analyzes, interpretations and procedures adopted by the arbitral tribunals of the International Center for the Settlement of Disputes relating to Investments are carried out, when dealing with the cases before them that have been presented followed the perspective or point of view of the interests of the investor and applying private law regulations, instead of adopting standards of review and applying the so-called doctrine of the margin of appreciation (discretion) given the sphere and context of public law by the nature of legal status of the State as part of the arbitral dispute.

Key Words: STATE-INVESTOR ARBITRATION - ICSID - ARBITRAL AWARD - PRIVATE LAW-PUBLIC LAW - PUBLIC INTEREST - MARGIN OF APPRECIATION DOCTRINE - STANDARD OF REVIEW - BILATERAL INVESTMENT TREATIES

Recibido: 1° de abril del 2018

Aceptado: 15 de abril del 2018

Introducción

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro) se establece por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI o Convenio). El Convenio fue elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial). El 18 de marzo de 1965, los Directores Ejecutivos sometieron el Convenio, con un Informe adjunto, a los gobiernos miembros del Banco Mundial para su consideración con vistas a la firma y ratificación del Convenio. El Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países. Al 10 de abril de 2006, 143 países habían ratificado el Convenio para convertirse en Estados miembros.

Es una institución establecida para arbitrar una solución a las disputas entre gobiernos por una parte y nacionales (inversores, empresas, incluyendo empresas multinacionales) de otros Estados que hayan invertido en los Estados anteriores. Una de sus finalidades es dotar a la comunidad internacional con una herramienta capaz de promover y brindar seguridad jurídica a los capitales de inversión internacionales (seguridad a los inversores).

Durante los últimos años, la incidencia de los arreglos de diferencias, ya fuese por medio de la conciliación o arbitraje inversionista-estado, ha crecido considerablemente en el CIADI.

Para ese propósito, el centro hace disponibles paneles de calificados conciliadores y árbitros (al 3 de abril de 2018, existen 122 países parte de la Convención, los que aportan árbitros y conciliadores, ver lista de países en el anexo), de los cuales las partes en disputa pueden escoger y proveer reglas para la constitución del tribunal arbitral y el procedimiento a seguir ante ellos. Los procedimientos arbitrales inician ante el requerimiento de unas partes contratantes o uno de sus nacionales, y finaliza con

una decisión (Laudo Arbitral). A menos que las partes acuerden en el cuerpo de reglas o normas a hacer aplicadas, el tribunal debe basar su decisión en el derecho interno del Estado por parte en la disputa, y cualesquiera reglas o normas aplicables del derecho internacional. Los Estados contratantes se comprometen a ejecutar cualesquiera obligaciones pecuniarias, contenidas en un laudo dentro de sus sistemas de derecho interno, como si este fuera un juzgamiento final o de última instancia de un tribunal en ese Estado.

Tratados bilaterales o multilaterales de inversión

Los Tratados Bilaterales de Inversión o los Tratados de Libre Comercio que se han suscrito por muchos Estados han crecido durante los años recientes. Muchos de estos tratados contienen provisiones no solamente sobre el arreglo de tradicionales diferencias entre Estados, sino también sobre procedimientos a través de los cuales inversores, que alegan haber sido afectados por medidas que violan los términos de los TBI, puedan iniciar arbitrajes directamente contra el Estado huésped. Más allá de los conocidos poderes o facultades reguladoras de los Estados sobre expropiaciones o nacionalizaciones, existe una amplia variedad de diferencias sobre bienes públicos, servicios públicos básicos como el agua o salubridad, hasta el mantenimiento del orden público.

El estándar de revisión

El arbitraje inversor-estado contemporáneamente no es simplemente otra forma de derecho privado comercial, con una parte siendo ahora un estado, sino son apropiadamente entendidos como una forma de arreglo de diferencias que, como muchos procedimientos judiciales internos o domésticos, también deberían operar en un contexto de derecho público. Por ejemplo, muchos de los actuales casos contra Argentina ante los tribunales del CIADI y otros Estados, emergen como asuntos que solamente

pueden ser apropiadamente entendidos como temas de derecho público. Muchos Tribunales del CIADI continúan empleando estándares de revisión, desarrollados desde los orígenes del derecho privado del arbitraje internacional. Esto ha creado una falta de legitimación del sistema para algunos Estados que han amenazado con denunciar la convención.

Se han venido utilizando por muchos tribunales arbitrales estándares de revisión más apropiados para arbitrajes comerciales, con respecto a muchos otros casos presentados en el moderno arbitraje inversor-estado que son, en lo esencial asuntos de derecho público. Estos asuntos de derecho público requieren un tribunal arbitral que determine las prerrogativas básicas del Estado, el grado de habilidad de ese Estado para regular en nombre del interés público, y la capacidad estatal para llevar a cabo decisiones políticas y socio-económicas básicas, iniciando con una adecuada interpretación de los Tratados de Inversión (Bilateral o Multilateral) desde los intereses públicos del Estado, y no solamente interpretarlos desde una perspectiva de los intereses privados del inversionista. En muchas ocasiones esas interpretaciones protegen más los intereses del inversionista que los intereses públicos por los que deben velar los Estados. Se trata de ir creando una forma equitativa y justa de trato en el abordaje de los casos, utilizando la posibilidad del estándar de revisión y el margen de apreciación (discrecionalidad) dado el hecho que los órganos legislativos, administrativos y judiciales de los Estados están en mejor condición de establecer la solución por la cercanía con los hechos en cada caso concreto.

Con Burke-White y Von Staden (2010):

Giving these combined quantitative and qualitative changes, it is time to recognize that contemporary investor-state arbitrations are not merely another form of private law commercial arbitration, with one party now being a state, but they are more fittingly understood as a form of dispute settlement that, like many domestic judicial proceedings, also operates in a public law context.

Con respecto a una definición de estándar de revisión aceptada por la mayoría de autores, podemos encontrar la de Bohanes y Lochart (2009):

The nature and intensity of review by a court or tribunal of decisions taken by another governmental authority or, sometimes, by a lower court or tribunal.

Es decir, el estándar de revisión lo definen los autores como:

la naturaleza e intensidad de la revisión por una corte o tribunal de decisiones tomadas por otra autoridad gubernamental o, algunas veces, por una corte o tribunal de primera instancia

Margen de apreciación

El margen de apreciación (discrecionalidad), es una figura que vio su origen en el Consejo de Estado Francés y más adelante desarrollada por la teoría del sistema de derecho administrativo dentro de cada jurisdicción civil. La Corte Europea de Derechos Humanos, en virtud de la Convención Europea de Derechos Humanos, utilizó a nivel internacional el margen de apreciación o discrecionalidad como una deferencia hacia los Estados miembros por su diversidad cultural y sus tradiciones legales. En ese sentido, la convención es utilizada como un parámetro mínimo común en materia de DD.HH.

El Consejo de Europa define que:

The term margin of appreciation refers to the space for manoeuvre that the Strasbourg organs are willing to grant national authorities, in fulfilling their obligations under the European Convention on Human Rights (the Convention). The legal basis of the doctrine may be found in jurisprudence, not only that of the French Conseil d'état, which has

used the term “marge d’appréciation, but also that of the administrative law system within every civil jurisdiction. The most sophisticated and complex doctrines of administrative discretion have been developed in Germany, but the German theory of administrative discretion (Ermessensspielraum) is much narrower than the margin of appreciation as used in the Convention and EC law. At international law level, the first recourse to the margin of appreciation doctrine has occurred in the jurisprudence of the European Court of Human Rights (the Court). Given the diverse cultural and legal traditions embraced by each Member State, it was difficult to identify uniform European standards of human rights. Therefore, the Convention was envisaged as the lowest common denominator. While the issue of deference to the sovereignty of each Member State continues to be raised, the enforcement of the Strasbourg organs’ undertaking ultimately depends on the good faith and continuing cooperation of the Member States.

El arbitraje comercial internacional clásico fue visto en el contexto del derecho privado, el aumento de tratados de inversión durante los 90 ha sido visto por muchos autores y llegado a reconocer, que a diferencia del derecho económico internacional más temprano, particularmente el arbitraje comercial internacional, el arbitraje de tratados de inversión es ahora mejor entendido en un contexto de derecho público más que de derecho privado.

Algunos arbitrajes de inversión hoy pueden trascender aún en el contexto de la regulación pública o administrativa y jugar una función constitucional. Muchos tienen que ver no sólo con los asuntos de expropiación que constituyen efectivamente disputas regulatorias administrativas, sino también con disputas que legitiman o invalidan el ejercicio de facultades de imperio y, en casos extremos, con derechos fundamentales de los ciudadanos dentro del Estado, por ejemplo derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Caso CIADI No. ARB/14/5 Infinito Gold Inc. c. República de Costa Rica

Suscrito por el Poder Ejecutivo el 18 de marzo de 1998, aprobado por la Asamblea Legislativa el 13 de abril de 1999, sancionado por el Presidente de la República el 05 de mayo de 1999, y publicado en la Gaceta No. 100 del 25 de mayo 1999, el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Dicho tratado bilateral de inversiones establece en caso de conflictos lo siguiente:

ARTÍCULO XII Solución de Diferencias entre un Inversionista y la Parte Contratante Receptora

3.- Un inversionista podrá someter una diferencia, según se indica en el párrafo (1), a arbitraje conforme a lo dispuesto en el párrafo (4) solamente si:

d) en los casos en que Costa Rica es parte de la diferencia, ningún tribunal costarricense haya emitido un fallo relativo a la medida que se alega contraviene este Acuerdo.

Sin embargo el Tribunal Arbitral para el Caso CIADI No. ARB/14/5 (Infinito Gold Inc. c. República de Costa Rica), en su decisión sobre su jurisdicción del día 04 de diciembre de 2017 y en un documento de 126 páginas para ilustrar el tema de estudio que nos ocupa, en lo específico interpreta que:

4. Objeciones de la Demandada en virtud del Artículo XII (3)

a. ¿Están prohibidas las reclamaciones de la Demandante en virtud del Artículo XII (3) (d) del TBI debido a que impugnan medidas con respecto a las cuales los tribunales costarricenses ya han emitido un fallo?

297. Luego de evaluar el expediente, el Tribunal concluye que la Demandante ha logrado demostrar que no se ha dictado ningún fallo de un tribunal costarricense “relativo a” las medidas que alega como violatorias del TBI. Específicamente,

no existe un fallo de un tribunal costarricense relativo a la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011. Esta es una sentencia emitida por el tribunal supremo de Costa Rica (la Corte Suprema de Justicia) que actúa como un tribunal de apelación, y no está sujeta a revisión en Costa Rica. Del mismo modo, no existe un fallo de un tribunal costarricense relativo a la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013. Hasta la fecha, tampoco ha habido fallo relativo a la Resolución del MINAE 2012. El hecho de que la resolución implemente la Sentencia del TCA de 2010 es irrelevante a los fines presentes. Si bien la Resolución del MINAE de 2012 puede ser “relativo[a] a” la Sentencia del TCA de 2010, no existe un fallo “relativo” a la Resolución del MINAE de 2012. Por último, si bien la Demandada argumenta que se han pronunciado fallos en Costa Rica relativos a la Moratoria Legislativa de 2011, ninguno de dichos fallos tiene una conexión significativa con la Demandante o con la medida que se alega como violatoria del TBI.

298. Por lo tanto, el Tribunal concluye que las reclamaciones de la Demandante no están prohibidas por el Artículo XII (3) (d).

Conviene recordar que la Concesión para la explotación Minera Crucitas fue anulada por un fallo del Tribunal Contencioso-Administrativo el 14 de diciembre de 2010 (Sentencia 4399-2010) y confirmada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica el 30 de noviembre de 2011, que rechaza el recurso de casación, después de una larga batalla en diferentes instancias administrativas y judiciales por los diferentes grupos ambientalistas.

Aun así, el Tribunal Arbitral con respecto a la decisión de su jurisdicción, después de escuchar largos argumentos de las partes (Infinito Gold Inc. y Costa Rica), establece que la parte demandante logró demostrar que no se ha dado un fallo en los Tribunales de Costa Rica, por lo cual abre la posibilidad de establecer su jurisdicción y entrar a conocer el caso que reclama Infinito Gold Inc.

Lo más interesante de todo es que la reclamación de la parte demandante es:

157. La Demandante recuerda que en el presente arbitraje impugna las siguientes cuatro medidas:

a. La Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, que según alega la Demandante confirma la Sentencia del TCA de 2010, volviendo así “definitiva e irreversible la anulación de la concesión de explotación, las autorizaciones ambientales, la declaración de interés público y de conveniencia nacional y el permiso de cambio de uso de la tierra”.

b. La Sentencia de la Sala Constitucional de 2013, que según alega Infinito declinó resolver, invocando causales de admisibilidad, el conflicto entre su decisión anterior confirmando la constitucionalidad de las autorizaciones del Proyecto Las Crucitas y la Sentencia del TCA de 2010.

c. La Resolución del MINAE de 2012, que según alega Infinito canceló la Concesión de 2008 y eliminó del registro minero todos los derechos de minería de Industrias Infinito, yendo más allá de lo ordenado por la Sala Administrativa.

d. La Moratoria Legislativa de 2011 sobre la actividad minera a cielo abierto, que según alega la Demandante substituyó a la Moratoria Ejecutiva de 2010, prohibiendo a Industrias Infinito solicitar permisos nuevos.

La defensa de Costa Rica ha sido en este punto muy clara, en cuanto hace ver al Tribunal que lo pretendido por la parte demandante es una especie de revisión de las sentencias ya falladas en Costa Rica, aceptable en los siguientes términos:

c. ¿Son las reclamaciones de la Demandante reclamaciones genuinas en virtud del TBI, o equivalen a un desacuerdo con los tribunales de Costa Rica sobre asuntos de derecho interno?

(i) La posición de la Demandada

*201. La Demandada sostiene que las reclamaciones de la Demandante no son reclamaciones genuinas en virtud del TBI; simplemente expresan un desacuerdo con los tribunales costarricenses sobre asuntos de derecho interno. Citando doctrina y jurisprudencia internacional, se afirma que el Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* para actuar*

como tribunal de apelaciones sobre asuntos de derecho interno. El Tribunal simplemente no tiene jurisdicción para “cuestionar la interpretación de un tribunal local o la aplicación del derecho local”. La Demandada se refiere en particular al siguiente comentario del tribunal del caso Helnan:

Un Tribunal del CIADI no puede desempeñarse como instancia de revisión de cuestiones de derecho interno de la forma en que lo haría un tribunal superior. En cambio, el Tribunal aceptará las conclusiones de los tribunales nacionales siempre que no se demuestren defectos de forma o de fondo respecto del proceso local que sean de índole tal que resulten inaceptables desde la perspectiva del derecho internacional, como ocurre cuando media denegación de justicia.

Se pueden observar tres aspectos importantes hasta este punto:

- 1- El tribunal arbitral para establecer su jurisdicción (o competencia) considera que la parte demandante ha logrado demostrar que en Costa Rica no ha habido una sentencia de algún tribunal con respecto al objeto de su pretensión.
- 2- Las pretensiones de la parte demandante son la anulación precisamente de las sentencias dictadas por los tribunales en Costa Rica.
- 3- El tribunal arbitral para resolver la controversia entrará a conocer las sentencias de órganos jurisdiccionales de Costa Rica que ya agotaron sus instancias en el derecho interno, convirtiéndose así en una especie de Tribunal de Apelaciones.

El artículo 42 (1) del convenio CIADI

Artículo 42

(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

La Aplicación del derecho del Estado huésped es quizás uno de los más frecuentes escogimientos en transacciones sobre inversión, aunque las partes normalmente calificarían su escogencia por solicitud al tribunal arbitral para resolver la discrepancia, aplicando el derecho del estado huésped en conjunción con cualquier otro derecho local o derecho internacional.

Equitativamente, en razón de las dinámicas de las relaciones de inversión, es también poco común para las partes seleccionar el derecho del inversionista extranjero antes que el derecho del estado huésped como el derecho por aplicar.

Así lo explica Di Pietro (2011):

Application of domestic law(s)

The application of the host State law is perhaps one of the most frequent choices in investment transactions, even though the parties would normally qualify their choice by requiring the arbitral tribunal to settle the dispute by applying the law of the host State in conjunction with either another domestic law or international law. Equally, because of the dynamics of investment relationships, it is also uncommon for the parties to select the law of the foreign investor rather than the law of the host State as the governing law.

Ausencia de acuerdo respecto al derecho aplicable

En los casos donde no existe acuerdo con respecto al derecho aplicable, caerían bajo el supuesto del párrafo segundo del artículo 42 (1), dirigido a que la disputa sea resuelta de acuerdo al derecho del Estado Parte, incluidas las normas del conflicto de leyes y del derecho internacional. Muchos aspectos han surgido al respecto; discutiblemente el más problemático de todos esos aspectos es la definición y el rol que al derecho internacional se le daría en el momento de decidir las disputas si caen bajo las provisiones del Artículo 42 (1).

La relación entre el derecho interno y el derecho internacional

La redacción de la versión final del artículo 42 (1) fue adoptada para balancear las expectativas de ambas partes: de los países que importan capital, los cuales se oponen a la idea de dar a los tribunales del CIADI el poder para determinar el derecho aplicable, y por el otro, los países que exportan capital, los cuales temen que la exclusiva aplicación del derecho del Estado huésped puede ser desventajosa para las inversiones extranjeras.

Uno de los asuntos que han surgido de la versión final del artículo 42 (1) es, cómo la combinación del derecho del Estado huésped y el derecho internacional deberían funcionar.

De acuerdo con los autores reconocidos, los tribunales CIADI deberían normalmente aplicar el derecho del Estado Parte. El resultado de la aplicación de ese derecho debería matizarse con el derecho internacional para detectar posibles soluciones injustas. En caso de inconsistencia con o en violación al derecho internacional el tribunal CIADI, puede decidir no aplicar el derecho del Estado huésped.

Varios casos del CIADI parecen apoyar esta visión como un interacción entre el derecho internacional y el derecho del Estado huésped.

Parece ahora como establecido e indisputado que el segundo párrafo del artículo 42(1) otorga al derecho internacional dos papeles por jugar. Uno es complementario y entra en juego en el caso de laguna o vacío en el derecho interno del Estado. El otro es el llamado papel correctivo, y entra en juego si el derecho del Estado no es conforme con los principios del derecho internacional.

En nuestro ordenamiento jurídico una ley de reciente aprobación es la Ley 8937 del 27 de abril de 2011, sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas, para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); en su Artículo 28 establece la forma en que las partes deciden sobre las normas aplicables al fondo de la controversia:

Normas aplicables al fondo del litigio

1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

Posibilidad de anulación de los laudos arbitrales. Artículo 52 del convenio CIADI

Artículo 52

(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:

- (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
- (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
- (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
- (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o
- (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

La falla o fracaso en identificar y aplicar el derecho correcto, se cree, puede considerarse un exceso de facultades para el propósito de aplicar el Artículo 52 de la convención CIADI.

Algunos autores consideran que la estructura y práctica del mecanismo de anulación del CIADI cambia o le da vuelta al enfoque tradicional del sistema de arbitraje del CIADI, como cuerpo para el arreglo de diferencias y en su lugar analizando el papel del mecanismo de anulación en una progresiva judicialización del sistema de arbitraje Estado-Inversionista.

Recientes desarrollos del CIADI indican que, en el tiempo, los tribunales arbitrales del CIADI han experimentado una especie de judicialización, han adquirido características propias de tribunales internos o domésticos habilitándoles y permitiéndoles impactar al Estado y a los individuos en sus perspectivas o expectativas, más allá de resolver la diferencia o disputa en su conocimiento. Estos desarrollos hacen surgir la interrogante de si el mecanismo de anulación actual, el cual provee la cancelación de laudos en un estricto conjunto de supuestos, es capaz de acomodar o asimilar este cambio. Aunque quienes elaboraron la Convención CIADI no intentaron permitir un Comité Anulador, convinieron en que, después que un Tribunal emitiera un Laudo, podían revisar los méritos sustantivos del mismo. Los comités de anulación han basado previamente sus decisiones en una revisión más extensiva que aquella permitida bajo la Convención. El punto por determinar es si estos comités de anulación de laudos están realizando una apropiada función dentro del sistema de arbitraje CIADI, para evitar decisiones inconsistentes en el nivel de anulación de laudos, minando la credibilidad y legitimidad del sistema CIADI como un cuerpo u organismo judicializado, influyendo en las expectativas y comportamiento de los Estados y de los individuos.

Según Dohyun Kim (2011):

With the growing judicialization of ICSID arbitral tribunals, it is increasingly important that the legitimacy of the tribunals' decisions grows correspondingly. The ICSID annulment mechanism has proven, both historically and recently, that it is a hazard both to fostering coherence in arbitral decisions and to improving the legitimacy of ICSID arbitral rulings. Put simply, it is an impediment to further judicialization of ICSID investor-state arbitration. It is thus time that scholars and policymakers place more attention on moving away from the current internal review structure of investor-state arbitration under the ICSID Convention and toward a new structure of review that might eventually include a permanent appeals mechanism and that will enable investor-state arbitration to develop further as a means of global governance.

Los arbitrajes Estado-Inversionista desde el derecho de la Constitución y Jurisprudencia Constitucionales

Nuestro sistema jurídico-constitucional, desde la propia cúspide de sus fuentes, sea la Constitución Política, establece en su artículo 7 que los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. Por su parte, el artículo 43 de la misma Carta Magna permite acudir al arbitraje siempre y cuando se presenten requisitos, a saber: que la reclamación sea de orden patrimonial (indemnización o resarcimiento económico por daños y perjuicios cuando procedan por algunas de las causas de responsabilidad contractual o extracontractual, etc.), aun habiendo litigio pendiente, esto quiere decir que se puede solicitar el arbitraje, en dos situaciones diferentes, 1) cuando no haya sido entablado un litigio ante los tribunales, 2) cuando ya habiendo litigio ante los tribunales, las partes en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, deciden dirimir sus diferencias mediante el mecanismo del arbitraje. De lo hasta aquí expuesto, podemos colegir dos consecuencias: 1) que asistir al arbitraje es voluntario (no obligatorio) y 2) que no se haya decidido el caso en litigio mediante sentencia con autoridad de cosa juzgada en los tribunales.

Con respecto al arbitraje Estado-Inversionista, existe jurisprudencia a propósito de las consultas que se realizaron a la Sala Constitucional (Resolución N° 2007-09469), respecto al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos (nuestro principal socio comercial), los países centroamericanos y República Dominicana.

El voto salvado de los Magistrados Armijo y Cruz, respecto de las objeciones de fondo de la consulta con respecto al Arbitraje, razona ampliamente de la siguiente manera:

VII) Sobre la Inconstitucionalidad del Arbitraje obligatorio contenido en la Sección B-

Solución de controversias inversionistas-Estado del Capítulo X:

Los consultantes, tanto la Defensoría de los Habitantes como los diputados, consideran que las disposiciones contenidas en la sección B.-

Solución de Controversias Inversionista-Estado del Capítulo X.- Inversión, son violatorias del Derecho de la Constitución, básicamente por cuanto facultan al inversionista a someter de manera obligatoria y genérica al Estado costarricense a un proceso arbitral, violentándose la potestad soberana del Estado para decidir si acude o no y qué asuntos someterá al proceso arbitral que propone el inversionista de una Parte. Tal consentimiento genérico que desemboca en un proceso arbitral de carácter obligatorio se deduce del artículo 10.17 del Tratado, el cual dice:

“Artículo 10.17: Consentimiento de cada una de las Partes al Arbitraje

1. Cada Parte consiente en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta Sección y de conformidad con este Tratado...”

Esta disposición lo que significa es que el Estado costarricense está dando una especie de consentimiento previo, genérico y para todos los casos que se le presenten; evidentemente se trataría de una disposición inconstitucional, básicamente porque el arbitraje, para que lo sea, debe ser absolutamente voluntario y no puede interpretarse que esa voluntad sea establecida de una vez y por todas, sino que debe manifestarse en cada caso concreto, en especial tomando en cuenta que hay ciertas materias -que por su naturaleza- no pueden ser objeto de arbitraje, tal como lo sería el ejercicio de ciertas potestades públicas. El arbitraje obligatorio en virtud de la cláusula genérica que admite el Estado costarricense, puede recaer sobre temas generales o garantías genéricas de inversión; de igual forma, abarca conflictos relativos a los “acuerdos de inversión” (concesión sobre bienes públicos) o sobre “autorización de inversión” (actos administrativos que se dictan respecto de

las actividades de una empresa inversionista). Al remitir a un arbitraje obligatorio sobre todas las materias, se propicia una privatización de lo que es, por esencia, público. El artículo 10.16 señala muy claramente que el inversor, según se define en el Tratado, "... en caso de que considere que no puede resolverse una controversia mediante consultas o negociación, a- el demandante, por cuenta propia, podrá someter una reclamación, de conformidad con esta Sección, en la que se alegue..." , incluyendo cualquier controversia, sin excepción alguna, lo que incluye, impropiaamente, desde el punto de vista constitucional, la potestad de imperio, los intereses o bienes públicos. Tómesese en cuenta que, la misma jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha determinado que el artículo 43 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a terminar sus disputas, de carácter patrimonial, por medio de árbitros; y que el ejercicio de tal derecho es estrictamente voluntario pues requiere de un acuerdo de voluntades entre las partes en conflicto. Como bien lo ha señalado esta Sala en anterior oportunidad:

"(...) en forma paralela al derecho que tienen los particulares de acudir a los Tribunales de Justicia a obtener un pronunciamiento 'cumplido' es decir, correcto, útil, el constituyente previó en el artículo 43 'el derecho' de toda persona de acudir, desde luego, voluntariamente, al procedimiento arbitral para dilucidar sus diferencias patrimoniales. La utilización de esta vía alternativa supone un acuerdo de voluntades entre las partes. (...)" (Sentencia n.º 2307-95, de las 16 horas del 9 de mayo de 1995).

De lo anterior se desprende que la esencia del arbitraje se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes. En efecto, son las partes en conflicto las que deben seleccionar tanto los árbitros como el procedimiento dentro del cual aquellos van a sujetar su actuación y los efectos que tendrá la resolución final (laudo). Así entonces, el arbitraje es un método de resolución alternativa de conflictos, con carácter constitucional, pero para que lo sea debe ser voluntario (resolución número 2005-02995 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del dieciséis de marzo del dos mil cinco). En

la medida que se establezca un arbitraje de manera obligatoria (o con un consentimiento previo, genérico y sin excepción) se estaría desnaturalizando esta figura, y por tanto, violando además del artículo 43 Constitucional, el principio de soberanía nacional conforme al cual, el gobierno -quien actúa como representante del pueblo- tiene el derecho de decidir, por sí mismo, cuáles controversias con un inversionista son resueltas mediante un proceso arbitral y cuáles no. Cuestión por determinarse casuísticamente y que impide una especie de consentimiento adelantando de forma genérica para todo tipo de controversias. El arbitraje forzoso sobre todas las materias, sin ninguna distinción, constituye una renuncia constitucionalmente inadmisibles. Además, conforme al artículo 43 de la Constitución, el arbitraje solo es admisible respecto de lo patrimonial, sin que sea admisible incluir, como se hace en el Tratado, los bienes e intereses públicos o la autoridad pública, exigiéndose, constitucionalmente, que la ilicitud con consecuencias patrimoniales, deba ser declarada por la jurisdicción contenciosa-administrativa, según las previsiones del artículo 49 de Constitución; es decir, que conforme a la norma constitucional recién citada, se reserva la valoración y control respecto de la legalidad y las posibles indemnizaciones de las decisiones y actos estatales, a la jurisdicción contenciosa administrativa, disposición que se conculca con el arbitraje forzoso e indiscriminado que prevé el Tratado, según se ha expuesto. La violación del artículo 49 constitucional, también supone una lesión al artículo 153 de la Constitución, que prevé la exclusividad de las funciones jurisdiccionales, entre ellas, por supuesto, las que corresponden a la jurisdicción contenciosa administrativa. Asimismo, también se está frente a una violación al principio de igualdad (artículo 33 de la Constitución Política), porque el Tratado establece una discriminación de trato para los inversionistas nacionales que se encuentran en suelo nacional, que sólo podrían optar por la jurisdicción contencioso administrativo, sin que pueda recurrir a un arbitraje internacional, opción que sí tendrían los inversionistas extranjeros en territorio nacional, quienes tendrían una doble vía, la jurisdicción nacional o el arbitraje internacional. En estas condiciones, los inversionistas a los que se les reconoce los privilegios del

Capítulo diez el TLC, tendrían una injustificada ventaja frente al resto de los costarricenses, al poder exigir siempre la solución de controversias mediante arbitraje de forma, mientras el resto de los inversionistas personas que tengan un conflicto con el Estado, no tendrían posibilidad de optar por un proceso arbitral, salvo con las limitaciones que impone el artículo 43 de la C.P. Así entonces, consideramos que este consentimiento genérico contenido en el artículo 10.17 no es consonante con la Constitución, pues resulta contrario a los artículos artículo 33, 43, 49 y 153 de la Constitución Política.

Volviendo concretamente al caso que nos ocupa respecto a las atribuciones excesivas de los Tribunales de Arbitraje del CIADI y la necesidad de la implementación del estándar de revisión y margen de apreciación (discrecionalidad), dentro de un contexto de derecho público y no tanto privado respecto a la forma de abordar los casos presentados ante ellos, considero necesario reproducir la norma del Acuerdo con Canadá sobre Promoción y Protección Recíproca Inversiones en su capítulo XII, referente a la solución de Diferencias entre un Inversionista y la Parte Contratante Receptora, establece que:

3.- Un inversionista podrá someter una diferencia, según se indica en el párrafo (1), a arbitraje conforme a lo dispuesto en el párrafo (4) solamente si:

d) en los casos en que Costa Rica es parte de la diferencia, ningún tribunal costarricense haya emitido un fallo relativo a la medida que se alega contraviene este Acuerdo.

En este caso, el Estado Costarricense resolvió agotando todas sus instancias internas, aun así el Tribunal Arbitral considera que no y en tal caso entrará a conocer por el fondo el caso de marras.

La convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias Arbitrales Extranjeras

Aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958 y ratificada en Costa Rica mediante Ley 6165 del 15 de Noviembre de 1977, publicada en la Gaceta el 21 de diciembre de 1977 y reproducida

en la Gaceta No. 33 del 15 de febrero de 1978, en sus Artículos V y VII, establecen la posibilidad de no reconocer y ejecutar un Laudo Arbitral por el Estado cuando:

Artículo V. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esa parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

1. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

a) que según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de arbitraje por vía de arbitraje.

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serian contrarios al orden público de ese país.

El Orden Público Interno, pretensión invocada y cosa juzgada como condición para el reconocimiento y ejecución del Laudo Arbitral en Costa Rica, según el Código Procesal Civil

Por su parte, a nivel interno el Código Procesal Civil vigente (*Ley 7130*) en su artículo 705 y el nuevo Código Procesal Civil (*Ley 9342 la cual entrará en vigencia el 9 de octubre de 2018*) en su artículo 99.1 y 99.2, establecen como requisito para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales si:

Eficacia de sentencias y laudos arbitrales

Artículo 705.- Requisitos.- *Para que la sentencia, el auto con carácter de sentencia, o el laudo extranjero surtan efectos en el país, deberá reunir los siguientes requisitos:*

3) Que la pretensión invocada no sea de competencia de los tribunales costarricenses.

4) Que no exista en Costa Rica un proceso en trámite, ni una sentencia ejecutoriada, por un tribunal costarricense, que produzca cosa juzgada.

6) Que no sean contrarios al orden público.

Artículo 99.- *Eficacia de sentencias y laudos extranjeros*

99.1. *Eficacia de las sentencias y laudos reconocidos. Las sentencias y los laudos reconocidos, de cualquier materia, tendrán efectos de cosa juzgada en el territorio nacional.*

99.2. *Requisitos de la solicitud de reconocimiento. Para el reconocimiento de sentencias y laudos extranjeros deberán cumplirse los siguientes presupuestos:*

4. La pretensión invocada no debe ser competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales costarricenses, debe tener conexión con Costa Rica y no ser manifiestamente contraria al orden público nacional.

5. No debe existir en Costa Rica un proceso en trámite o sentencia con autoridad de cosa juzgada.

¿Podría declararse que un laudo arbitral dictado en el extranjero pueda ser nulo, ineficaz e inaplicable en Costa Rica por contrariar al orden público o normas imperativas?

En un interesante análisis que realiza la especialista Msc. Dyalá Jimenez Figueres en un artículo intitulado “Ejecución de los Laudos Extranjeros en el contexto del Nuevo Código Procesal Civil de Costa Rica”, - ilustra con respecto al reconocimiento y ejecución de Laudos Arbitrales Comerciales en el ámbito nacional, de acuerdo con los requisitos formales y causales de fondo, según la reforma procesal civil y en concordancia con los principales convenios internacionales suscritos por el país en materia de arbitraje comercial internacional:

Por lo demás, no se compatibilizan con el NCPC todos los demás motivos para denegar, o incluso aplazar, la decisión del tribunal con aquellos estipulados en el artículo 36 de la Ley 8937, en los artículos V y VI de la Convención de Nueva York y en los artículos 5 y 6 de la Convención de Panamá⁷. En medio de incompatibilidades, sin embargo, el artículo 99.2.4 del NCPC coincide con el artículo 36.b.ii de la Ley 8937, el artículo 5.2.b de la Convención de Panamá y el artículo V parte segunda e inciso b) de la Convención de Nueva York, pues las cuatro disposiciones permiten denegar el reconocimiento en el caso de que el laudo sea contrario al orden público en Costa Rica.

Otra diferencia es que son más escasos los motivos para denegar el reconocimiento en el NCPC que en la Ley 8937 y las convenciones internacionales. El NCPC prevé cuatro motivos, entre los cuales se incluye contrariar el orden público, como ya se acotó, además de que la pretensión invocada sea de competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales costarricenses y que no tenga conexión con Costa Rica. Para el NCPC, tampoco puede existir en Costa Rica “un proceso en trámite o sentencia con autoridad de cosa juzgada” para que proceda el reconocimiento.

Por otro lado, si bien las causales del NCPC son menos en número, la jurisprudencia demuestra que bajo la causal “orden público” se incluyen varias circunstancias que hacen que, a la postre, las posibilidades de no ejecutar el laudo, por el fondo, sean las mismas que bajo la Ley 8937. En efecto, el hecho de que el NCPC tenga menos causales no necesariamente es una ventaja sobre la Ley 8937, si no son presentadas de manera especializada.

Por último, el NCPC pareciera obligar al juzgador a denegar el reconocimiento si alguna causal se presenta, mientras que la Ley 8937 le da un poder discrecional que se aplicará en cada caso¹³.

III. Conclusión

En virtud de los principios de interpretación normativa, consideramos que se deberá aplicar la Ley 8937 a la eficacia de los laudos extranjeros en materia comercial, en cuanto a los requisitos formales y las causales de fondo, pero el NCPC en cuanto al procedimiento. Debido a que no hay incompatibilidad en materia de competencia, es patente que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia es la autoridad judicial competente para tramitar estos procedimientos.

El Consejo de Estado Francés y la revisión de Laudos Arbitrales Extranjeros

CE ASS 09 DE NOVIEMBRE 2016. SOCIÉTÉ FOSMAX LNG
No. 388806 QUI FAIT SUITE À TC, 11 AVRIL 2016

Por su parte, en un caso recientemente resuelto por el Consejo de Estado Francés surgió la interrogante, dónde, cómo y quién es el órgano competente para hacer ejecutar estos Laudos Arbitrales

cuando existen de por medio personas jurídicas públicas francesas, uso de propiedad pública, normas imperativas del derecho público, o las que rigen el control público, de la contratación pública, los contratos de asociación y los contratos de servicio público.

El Consejo de Estado especifica las características de la revisión de un Laudo de Arbitraje Internacional.

Lo Principal

En 2001, Gaz de France, un ente público por ese entonces, entró en un contrato con un grupo de compañías con el fin de formar una terminal de gas natural licuado (LNG) en la península de Fos Cavaou. Gaz de France entregó este contrato a una de sus subsidiarias ahora llamada Fosmax LNG. Por una enmienda de 2011, la compañía Fosmax y el grupo de empresas decidieron que cualquier disputa relacionada con el contrato sería resuelto por arbitraje y no por un tribunal estatal.

El Consejo de Estado resolvió que su facultad de revisión sobre un laudo de arbitraje internacional esta limitada y solamente centrada en unos cuantos elementos.

En particular, el Consejo de Estado solamente determina que el laudo no sea contraria a una norma imperativa del derecho público Francés.

En este caso, el error de los arbitros, quienes resolvieron la disputa aplicando normas de derecho privado, siendo que el contrato era un contrato administrativo sujeto a las normas de derecho público, no conduciría a la nulidad de todo el Laudo.

El Laudo es solemnemente anulado en un punto específico: la violación de una norma imperativa de derecho público, según la cual el desarrollador puede llevar a cabo las obras por sí mismo, donde su socio contratista viola sus obligaciones, con cargo a este último.

Hechos y Procedimiento

En 2001, Gaz de France, un ente público en ese entonces, contrató un grupo de compañías con el fin de formar una terminal de gas natural licuado (LNG) en la península de Fos Cavaou. Gaz de France trasladó este contrato a una de sus subsidiarias ahora llamada Fosmax LNG. Por una enmienda en 2011, la compañía Fosmax y el grupo de empresas decidieron que cualquier disputa relacionada con el contrato sería resuelto por arbitraje y no por un tribunal estatal.

La finalización de la terminal de LNG resultó en una disputa entre las partes, la cual fue decidida de acuerdo a un procedimiento arbitral. El tribunal arbitral emitió un laudo el 13 de Febrero de 2015 ordenando al grupo STS a pagar el monto de 68 805 345 euros a la empresa Fosmax LNG, mientras esta empresa fue ordenada a pagar el monto de 128 162 021 euros al grupo. La Empresa Fosmax solicitó al Consejo de Estado anular el Laudo Arbitral.

El Consejo de Estado tuvo primero que decidir si este conflicto compete a la jurisdicción de los tribunales administrativos, en consecuencia al Consejo de Estado, o los tribunales civiles; esto llevó el asunto al Tribunal de Conflictos para determinar cuales tribunales - i.e. tribunales civiles o tribunales administrativos - deberían tener la jurisdicción. El 11 de Abril de 2016, el Tribunal de Conflictos resolvió que la petición de nulidad del Laudo Arbitral debía ser escuchada por los tribunales administrativos.

La Revisión de Laudos de Arbitraje Internacional por el Consejo de Estado Francés

El Arbitraje es un procedimiento donde las partes contratantes deciden que sus diferencias serán resueltas por arbitros que designan ellos mismos, conforme a un procedimiento que ellos determinan y que no fuese resuelto por un tribunal estatal. Hay dos tipos de arbitraje: arbitraje nacional y arbitraje internacional, el último siendo aplicado donde el interés del comercio internacional es afectado, cual es el caso aquí desde que una de

las empresas del grupo es italiana. El Laudo Arbitral tiene fuerza de cosa juzgada, la cual obliga a las partes. Sin embargo, el Laudo puede ser apelado ante los tribunales estatales, aunque con un control limitado.

En principio, las personas públicas francesas no pueden recurrir al arbitraje aun cuando la normativa lo permita. Conforme a lo resuelto por el Tribunal de Conflictos, el control de un laudo de arbitraje internacional compete a la jurisdicción de los tribunales ordinarios, si esto no implica que el control tenga que estar conforme con las normas imperativas del derecho público francés relacionado con bienes inmuebles públicos o con contratación pública.

Por primera vez, el Consejo de Estado tuvo que determinar el alcance de su control en un Laudo de Arbitraje Internacional. Mediante su decisión, el Consejo de Estado confirma que su revisión sobre un Laudo esta limitada y solamente se centra en los siguientes elementos :

- La posibilidad de llevar la disputa ante un Tribunal Arbitral.
- Algunos elementos relacionados con la exactitud del procedimiento, es decir, el cumplimiento del tribunal con su jurisdicción y materia, la correcta composición del tribunal, el cumplimiento con los principios de independencia e imparcialidad de los jueces, el debido proceso y la obligación de mencionar explícitamente las razones del Laudo.
- Relacionado con la revisión que los arbitros realizan al resolver la controversia, El Consejo de Estado no se pronuncia sobre el caso una segunda vez, como si lo haría un Tribunal de Apelación; solamente asegura que el Laudo no es contrario a una norma imperativa del derecho público francés, a saber, que en principio no fuera afectado por un defecto del consentimiento o cualquier otro defecto importante o no fuera contrario a una norma, la cual una persona pública no puede derogar. Estas normas son claramente: la prohibición de donaciones, la prohibición de disponer de bienes públicos, la prohibición de ceder ciertas prerrogativas de autoridades públicas o normas imperativas del derecho de la Unión Europea.

La decisión del Consejo de Estado en este caso

Aplicando estas normas en este caso, el Consejo de Estado resolvió que un Laudo Arbitral había sido otorgado de acuerdo con el procedimiento.

Relacionado con el acuerdo del conflicto, lo reclamado por los demandantes, en específico, que los arbitros habían cometido un error con respecto a la ley aplicable. Los Arbitros habían, ciertamente, considerado que el contrato objeto de la disputa era un contrato del derecho privado. El Tribunal de Conflictos, cuando decidió remitir la disputa a los tribunales administrativos, había contrario sensu resuelto que este contrato, firmado en principio por Gaz-de-France una entidad pública, se mantiene como un contrato administrativo sujeto a las normas del derecho público aplicable a este tipo de contratos. Sin embargo, teniendo en cuenta el control limitado que puede ejercer el juez administrativo sobre los Laudos Arbitrales, el Consejo de Estado resolvió que este error, en cuanto a la ley aplicable, no conllevaría a la anulación automática del Laudo. La anulación del Laudo sólo ocurriría cuando el error lleva al arbitro a violentar o desconocer una norma imperativa del derecho francés. Resultó aquí no ser el caso, tomando en cuenta las consecuencias dibujadas de esta caracterización legal por la compensación reclamada por el grupo de empresas, sobre costos resultado del comportamiento de la Empresa Fosmax LNG, durante el tiempo del trabajo en el sitio.

Por otro lado, El Consejo de Estado resolvió que el Laudo violenta una norma imperativa del derecho público francés en un punto; considerando que tuvo que ejecutar un contrato de derecho privado, el tribunal arbitral había resuelto que la empresa Fosmax no podría decidir llevar a cabo por si misma el trabajo o delegar a un tercer sujeto o parte, los costos a la parte contratante, sobre los supuestos que el contratista no cumplió con las obligaciones resultantes del contrato. Siendo un contrato para realizar trabajo público siempre implica tal capacidad ; esta es una norma imperativa que es aplicable aún cuando ninguna

disposición ha sido realizada en el contrato. En este punto, el Consejo de Estado anula el Laudo el cual, remite él mismo a lo establecido en el contrato que ante la finalización anticipada del contrato, antes la empresa Fosmax pudiera decidir si ejecutaba el trabajo por sí misma o si lo delegaba a un tercero, le había rechazado los reclamos de la empresa Fosmax LNG relacionado al orden que el grupo tenía para pagar los costos totales de los trabajos que la empresa había delegado a un tercero, cargando los costos al grupo.

La Anulación no conlleva al Consejo de Estado para establecer por sí misma que permanece de la disputa o conflicto. Las partes tienen que llevar la disputa, en este punto, si ellos desean hacerlo, ante un tribunal arbitral. Ellos estarían dispuestos a llevar la disputa en este punto ante un tribunal administrativo solamente si ambos así lo desean, y por consiguiente enmendar o modificar su acuerdo de arbitraje.

En palabras de Jean-Marc Sauvé, vice-presidente del Consejo de Estado, en la Introducción del Coloquio intitulado “*El orden público: puntos de vista cruzados del Consejo de Estado y el Tribunal de Casación*”, el viernes 24 de febrero 2017:

Cette conception de l'ordre public a également trouvé un écho en droit public français. Ainsi, le principe de libre concurrence est au nombre des règles essentielles qui composent l'ordre public économique et il légitime, à ce titre, des restrictions et un encadrement des pouvoirs des personnes publiques ou de la liberté des acteurs économiques. La protection d'intérêts publics irréductibles justifie ainsi que des restrictions puissent être apportées à la liberté contractuelle, notamment en matière de commande publique. Le juge administratif peut aussi contrôler la conformité d'une sentence rendue en matière d'arbitrage international aux règles impératives du droit public français, nonobstant la liberté dont jouissent les parties pour recourir à cette méthode de règlement des litiges.

Esta concepción del orden público también ha encontrado eco en el derecho público francés. Por lo tanto, el principio de libre competencia es una de las reglas esenciales que conforman el orden económico público y, como tal, legitima las restricciones y la regulación de los poderes de las personas públicas o la libertad de los actores económicos. La protección de los intereses públicos irreductibles justifica las restricciones a la libertad contractual, especialmente en lo que respecta a la contratación pública. El juez administrativo también puede revisar la conformidad de un Laudo emitido en un arbitraje internacional con las normas obligatorias del derecho público francés, sin perjuicio de la libertad que disfrutaban las partes para utilizar este método de solución de controversias.

El Orden Público Internacional

Se ha considerado como un mecanismo que tienen los Estados soberanos para evitar la aplicación de una sentencia de cualquier naturaleza, que ha sido dictada fuera de sus fronteras nacionales y que se pretende reconocer y ejecutar en su territorio, basado en el ejercicio de las potestades de imperio en virtud de normas de orden público, imperativas e irrenunciables.

Así las cláusulas compromisorias no pueden ir en contra de normas imperativas e irrenunciables para evadir la competencia de órganos jurisdiccionales internos. El objeto del nexo jurídico contractual es que no tenga relación con normas de disposición en la cuales el Estado ejerza su soberanía exclusiva (bienes públicos demaniales) o en contra de las políticas públicas hacia la protección del medio ambiente, etc.

Deben las cláusulas compromisorias o arbitrales en virtud de los tratados multilaterales o bilaterales de inversión contener de previo que el procedimiento o las normas sustantivas o de fondo sean las propias del derecho y orden público del Estado receptor, como condición previa para evitar la denegación del reconocimiento y ejecución del Laudo Arbitral por ser nulas, ineficaces e inaplicables.

El autor Luis E. Sibaja Guillén (2012) nos explica :

El arbitraje comercial internacional se encuentra impregnado de tantos elementos del derecho internacional privado contemporáneo, que resulta difícil negar la aplicación de éste al estudio de aquél. Ciertamente, uno de los elementos que influye en el arbitraje comercial internacional es el mecanismo de escape conocido como orden público internacional. Según la doctrina del derecho internacional privado, los mecanismos de escape son institutos de los que se valen los Estados para desaplicar elementos extranjeros en su territorio. Es en este sentido que se utiliza el orden público internacional, como excusa para el no reconocimiento de un laudo arbitral dictado en el extranjero.

...Ciertamente las anteriores son todas posiciones válidas para que un juez o corte nacional determine la arbitrabilidad o no de la cuestión incluida en la cláusula arbitral, o bien para determinar que ésta no sea nula, ineficaz o inaplicable. Pero, sin duda, la aplicación de una u otra variará según las circunstancias. Por ello, se presenta la siguiente interrogante: ¿Cómo respondería una corte nacional que, conociendo de un acuerdo arbitral internacional, descubra que la ejecución del convenio se dio en su territorio, que es de orden público internacional, pues es de interés nacional su ejecución en su territorio, y que eventualmente el laudo – independientemente donde se ejecute - desplegará efectos en su territorio? Por otro lado, ¿qué si la ley aplicable al acuerdo arbitral y al contrato que la contiene, es extranjera, y va en detrimento de una ley irrenunciable e imperativa parte del orden público internacional del Estado donde se sitúa la corte nacional que revisa el asunto, que además es el lugar donde se ha ejecutado el contrato? ¿Dará validez esta corte nacional al acuerdo arbitral por remitirse a ley extranjera, aún cuando según sus leyes y orden público internacional deba ser su ley la que rija? No existe una respuesta unívoca ante esta interrogante.

Conclusión

El presente artículo intenta ser una aproximación a un tema de estudio muchísimo más amplio que merece más desarrollo.

Podemos concluir que el abordaje del estudio del tema de los arbitrajes internacionales Estado-Inversionista, tiene muchas aristas de análisis desde el sistema legal de tradición del common law como del derecho civil franco-germánico o continental europeo. No escapan tampoco las distintas realidades sociales, económicas, políticas y culturales de los diferentes países que forman parte del sistema de arbitraje del CIADI. El sistema se inició en la década de los años 90 a partir de la firma de muchos tratados bilaterales y multilaterales de inversión que trajeron consigo flujo y transferencia de capitales hacia los países en vías desarrollo, a partir de políticas establecidas por organismos internacionales. No es menos cierto que la forma en que se han desarrollado los procedimientos arbitrales han sido vistos o enfocados desde un particular punto de vista. Muchas de las pretensiones o asuntos presentados al arbitraje se enmarcan en un contexto de derecho público; aun así, se continúa con la aplicación de estándares de revisión desarrollados desde los orígenes del arbitraje internacional en el derecho de los contratos privados. El reconocimiento actual de este contexto de arbitraje de inversiones y el desarrollo de estándares de revisión -dentro del ámbito derecho público- que permitan una deferencia a las autoridades nacionales mediante el margen de apreciación o discrecionalidad, que garanticen de forma efectiva los intereses públicos de los Estados y los derechos adquiridos de los inversionistas.

Referencias Bibliográficas

Bohanes, J. y Lockhart, N. (2009). *Standard of Review in WTO Law*. The Oxford Handbook of International Trade Law, citado en Burke y von Staden

Burke, W. y Von Staden, A. (2010). Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations. *The Yale Journal of International Law*, 35, 285. Recuperado de, www.yjil.yale.edu/volume-35-issue-2/

CE ASS 09 DE NOVIEMBRE 2016. SOCIÉTÉ FOSMAX LNG No. 388806 QUI FAIT SUITE À TC, 11 AVRIL 2016 Recuperado de: www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-9-novembre-2016-societe-Fosmax-LNG

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2017). *Caso CIADI No. ARB/14/5 Decisión sobre jurisdicción*. Recuperado de, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3384/DS10811_Sp.pdf

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2015). *Convenio CIADI, Reglamento y Reglas*. Recuperado de, https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_Spanish-final.pdf

Código Procesal Civil. *Artículo 705* (Ley No. 7130, 1990). San José, C.R. : IJSA

Código Procesal Civil. *Artículo 99* (Ley 9342, 2018). San José, C.R. : IJSA Council of Europe. *The Margin of Appreciation*. Recuperado de, https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/Themis/ECHR/Paper2_en.asp

Di Pietro, D. (2011). *Applicable Law Under Article 42 of the ICSID Convention*. The Center for Transnational Litigation, Arbitration, and Commercial Law. New York University. Transnational Notes. October 19, 2011. Recuperado: blogs.law.nyu.edu/transnational/2011/10/applicable-law-under-article-42-of-the-icsid-convention/

International Centre for Settlement of Investment Disputes. (2018). *Members of the Panels of Conciliators and of Arbitrators (ICSID/10)*. Recuperado de, <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%2010%20-%20Latest.pdf>

Jiménez, D. (2017) Ejecución de Laudos Extranjeros en el Contexto del Nuevo Código Procesal Civil. *Revista Judicial de Costa Rica*, 121, 59-68.

Kim, D. (2010). The Annulment committee's role in multiplying inconsistency in ICSID arbitration: The need to move away from an annulent based system. *New York University Law Review*, 86 (1). April 2011 Recuperado de, www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-86-1-Kim.pdf

Ley Arbitraje Comercial Internacional basada en la ley modelo de la comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional, CNUDM. (Ley N° 8937, 2011). Costa Rica. Recuperado de, <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Costa%20Rica%20-%20Ley%20sobre%20Arbitraje%20Comercial%20Internacional.pdf>

Naciones Unidas. (1958). *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecucion de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*. Recuperado de, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>

Resolución N° 2007-09469 del 03 de julio de 2007. Sala Constitucional Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Sauvé, J.M. (2017) vice-presidente del Consejo de Estado, en la Introducción del Coloquio intitulado “*El orden público: puntos de vista cruzados del Consejo de Estado y el Tribunal de Casación*”, el viernes 24 de febrero 2017. Recuperado: Pww.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-ordre-public-Regards-croises-du-Conseil-d-Etat-et-de-la-Cour-de-cassation

Sibaja, L. (2012). El Examen del Orden Público Internacional al Acuerdo Arbitral Internacional. *Revista Judicial*, 104. Recuperado de, https://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/documentos/revs_juds/revista%20104/PDFs/10-examen_orden_publico.pdf

ANEXO

Estados contratantes que han designado integrantes de las listas

Afganistán	Albania	Argelia
Argentina	Armenia	Australia
Austria	Azerbaiyán	Bahamas
Bahrein	Bangladesh	Barbados
Afganistán	Albania	Argelia
Argentina	Armenia	Australia
Austria	Azerbaiyán	Bahamas
Bahrein	Bangladesh	Barbados
Belarús	Bélgica	Benin
Botswana	Bulgaria	Burkina Faso
Burundi	Camboya	Camerun
República Centroafricana	Chad	Chile
China	Colombia	Comoras
Congo	Costa Rica	República Checa
Croacia	Chipre	El Salvador
Dinamarca	Egipto	Finlandia
Estonia	Fiji	Francia
Alemania	Gabón	Georgia
Granada	Ghana	Grecia
Guyana	Guatemala	Guinea
Islandia	Honduras	Hungría
Israel	Indonesia	Irlanda
Japón	Italia	Jamaica
Corea	Jordania	Kenya
Lettonia	República de	Kuwait
Liberia	Líbano	Lesotho
Macedonia	Lituania	Luxemburgo
Malasia	Madagascar	Malawi
Mauricio	Malí	Mauritania
Marruecos	Moldova	Mongolia
Nueva Zelanda	Nepal	Países Bajos
Omán	Nicaragua	Niger
Paraguay	Nigeria	Noruega
Portugal	Pakistan	Panamá
Santa Lucía	Perú	Filipinas

Seychelles	Rumania	Rwanda
Slovak Republic	Samoa Saudi Arabia	Senegal
Spain	Sierra Leone	Singapur
Suiza	Slovenia	Somalia
Timor-Leste	Sri Lanka	Suecia
Turquía	Siria	Tanzanía
United Arab	Togo	Túnez
Uruguay	Uganda	Ucrania
United Kingdom	United States	Uzbekistán
Zimbabwe		