

FRANCISCO PASCUAL-VIVES. *La legitimación activa del individuo en el arbitraje de inversión*. Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, 312 pp.
ISBN: 978-84-1309-727-5

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6756>

1. El Derecho internacional de las inversiones constituye un sector normativo del ordenamiento internacional que viene experimentando una expansión muy notable en los últimos decenios. Como también sucede con otros sectores normativos altamente especializados, este proceso de expansión conlleva una interacción inevitable entre el particularismo y diversas normas internacionales de carácter general.

A resultas de los rasgos tan especiales que presenta el Derecho internacional de las inversiones, esta interacción se muestra compleja por varias razones. Las obligaciones internacionales que suscriben los Estados todavía mantienen en la mayoría de ocasiones un carácter bilateral y asimétrico. El mecanismo de arreglo de las controversias previsto para interpretarlas posee una naturaleza *ad hoc* y los mecanismos de control de las resoluciones arbitrales, especialmente aquellas dictadas fuera del ámbito institucional del CIADI, también están descentralizados. Por si lo anterior no fuera suficiente, tampoco puede obviarse que los sectores económicos sobre los que este sector normativo se proyecta pueden ser muy variados (construcción de infraestructuras, exploración y explotación de diversas fuentes de energía, concesiones, operaciones de restructuración bancaria o de la deuda soberana...), lo que sin duda puede influir a la hora de determinar las modalidades de reparación del hecho internacionalmente ilícito. La práctica española en la materia tanto en calidad de Estado demandado en el arbitraje de inversiones, como en lo que atañe a los arbitrajes presentados por las empresas transnacionales españolas sirve como botón de muestra para ilustrar esta diversidad y heterogeneidad.

2. La monografía preparada por el profesor FRANCISCO PASCUAL-VIVES estudia una temática muy técnica del Derecho internacional de las inversiones (la legitimación activa del individuo en el arbitraje de inversión). A partir de este análisis específico, que combina matices sustantivos y procesales de particular interés para el ejercicio de la práctica forense, el autor reflexiona acerca de tres cuestiones de gran interés académico.

3. En primer lugar, la monografía examina cómo se gesta y desarrolla la interacción entre el Derecho internacional de las inversiones y el Derecho internacional público. El autor, en suma, hace suya esa dialéctica entre particularismo y Derecho internacional general a la que ya nos hemos referido para ir construyendo su discurso, demostrando a lo largo de los cuatro capítulos de los que consta la monografía que el recurso a las instituciones y categorías propias del Derecho internacional general, como herramienta para resolver determinadas cuestiones relacionadas con la legitimación activa de los particulares en el arbitraje de inversiones, constituye un instrumento que refuerza la coherencia en este sector normativo. Este enfoque, en efecto, evita que desde el Derecho internacional de las inversiones se produzcan inercias particularistas de carácter desviacionista o fragmentador.

En los capítulos primero y segundo de la monografía se presentan algunos ejemplos de esta interacción. Así, el Derecho internacional general contribuye a aportar coherencia en la interpretación de las condiciones necesarias para la determinación de la nacionalidad de las personas físicas

(concepto de inversor extranjero) y, a través de las nociones de conducta incorrecta y debida diligencia, ofrece instrumentos jurídicos basados en el Derecho internacional consuetudinario relativo a la responsabilidad internacional del Estado que permiten interponer excepciones a la jurisdicción de los órganos arbitrales (concepto de inversión extranjera). Es importante advertir, a tenor de las reflexiones formuladas por el profesor PASCUAL-VIVES, que esta interacción no presenta un carácter unidireccional (influencia del Derecho internacional público en el Derecho internacional de las inversiones). Puede existir, aunque con menor intensidad, una interacción inversa que parte desde el Derecho internacional de las inversiones y se proyecta hacia otros sectores normativos del ordenamiento internacional. No parece una simple casualidad, en efecto, que comience a invocarse con asiduidad la doctrina del abuso de derecho por las partes contendientes en la litigación ante la Corte Internacional de Justicia (aunque la Corte todavía la observa con mucha cautela), precisamente después de que esta doctrina haya sido aceptada en la práctica arbitral desarrollada en el marco del Derecho internacional de las inversiones.

4. En segundo lugar, otro aspecto nuclear de la monografía es su examen de la relación existente entre la práctica arbitral y los sucesivos procesos de codificación en los tratados internacionales sobre protección de las inversiones. Este análisis revela la insuficiente (y, en ocasiones, deficiente) redacción con la que se concibieron estos tratados internacionales, al menos en una primera etapa. Como consecuencia de lo anterior, la práctica arbitral ha debido hacer un ejercicio laborioso de interpretación y sistematización de los conceptos jurídicos indeterminados previstos por aquellos tratados. Un ejercicio que, dejado en manos de tribunales *ad hoc*, explica buena parte de la heterogeneidad imperante en el Derecho internacional de las inversiones.

La monografía indaga sobre cómo los Estados (y desde hace unos años también la Unión Europea) están tratando de corregir esta heterogeneidad mediante la celebración de nuevos tratados internacionales que se sirven de los precedentes más significativos de la práctica arbitral para precisar y dotar de una mayor uniformidad, entre otras, a la noción de inversión extranjera y a la cláusula de sometimiento al arbitraje que convienen los Estados al celebrar un tratado sobre protección de

las inversiones. Respecto a la noción de inversión extranjera, destaca el estudio de los casos relacionados con la deuda soberana argentina. Como el autor señala (capítulo segundo), la aceptación de los bonos soberanos como “inversión extranjera” abre una nueva vía de litigación internacional que, ante el silencio de la práctica convencional, solo puede cerrarse incluyendo disposiciones en los futuros tratados sobre protección de las inversiones que prevean que las reestructuraciones no discriminatorias derivadas de la deuda soberana quedan excluidas del concepto de inversión extranjera. Por lo que respecta al consentimiento al arbitraje, resulta muy ilustrativa la exposición del impacto que la denominada “doctrina Maffezini” ha tenido no solo en la práctica arbitral, sino en la posterior práctica convencional (capítulo tercero). En ambos casos, además, quedan patentes lo que el autor denomina “tensiones entre las tendencias privatistas y publicistas” que convergen en el Derecho internacional de las inversiones.

5. En tercer lugar, el profesor PASCUAL-VIVES analiza las consecuencias que la práctica convencional tan heterogénea existente en el Derecho internacional de las inversiones produce en la litigación paralela y las diversas manifestaciones a través de las que este fenómeno se hace presente. La litigación paralela se manifiesta bien entre diversos tribunales internacionales, bien entre los tribunales internos e internacionales. Se trata de un fenómeno comprensible, en tanto que resulta del elevado grado de descentralización existente en el Derecho internacional de las inversiones. Sin perjuicio de lo anterior, no es menos cierto que puede generar riesgos desviacionistas (lo que el autor denomina como “desbordamientos”) y, en el peor de los escenarios, interpretaciones contradictorias de las mismas obligaciones sustantivas y procesales.

La práctica convencional ha previsto varios mecanismos para limitar los efectos nocivos que puede generar la litigación paralela, pese a que el autor concluye que los mismos “solo resuelven parcialmente los desafíos que plantea” este fenómeno (capítulo cuarto). A partir del análisis de la práctica internacional el profesor PASCUAL-VIVES sugiere que la noción de deferencia entre las distintas jurisdicciones internacionales, entendida a la vez como diálogo judicial (en sentido positivo) y continencia (en sentido negativo), podría ser una herramienta de utilidad si se combinara adecuadamente con algunos principios generales

del Derecho internacional procesal (como el principio de *res judicata* o el de prohibición del abuso del Derecho). De nuevo el Derecho internacional general, esta vez en su vertiente procesal, emerge como un instrumento al servicio de la coherencia en el Derecho internacional de las inversiones.

6. La monografía, en definitiva, se sirve del estudio de un aspecto muy especializado del Derecho internacional de las inversiones y de gran interés para quienes ejercen la práctica forense, para reflexionar en términos más amplios sobre las relaciones entre este sector normativo y el Derecho internacional general. Su autor no se conforma con realizar un estudio “intrasistémico” (por utilizar su propia terminología) de los problemas en presencia, sino que formula su discurso también desde el marco general que ofrece el ordenamien-

to internacional (estudio “intersistémico”), una metodología más completa y ambiciosa que enriquece el contenido de las conclusiones finales.

7. Sólo queda recomendar vivamente la lectura de esta monografía a académicos y abogados especialistas en la materia. Porque esta obra ofrece la particularidad de aunar felizmente, con muy buen criterio, la reflexión dogmática y la utilidad práctica en el análisis de la legitimación activa del individuo en el arbitraje de inversión. El profesor PASCUAL-VIVES se ha convertido, a la vista de su trayectoria investigadora y por derecho propio, en un reputado especialista en el campo del Derecho internacional de las inversiones, muy necesitado del rigor jurídico de una aproximación fundada en las herramientas que ofrece el Derecho internacional general.