



IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, Iñigo

Euskal Herriko Unibertsitatea
Zuzenbide Fakultatea
Enpresa Zuzenbidea Saila
Manuel Lardizabal, 2
20018 Donostia

BIBLID [1137-1951 (2009), 18; 23-40]

Sarrera eguna: 2008.11.06
Onarpen eguna: 2008.12.11

Estatu eta inbertsiogile pribatuen arteko arbitrajea

(Arbitration between the State and private investors)

Nazioarteko inbertsio eragiketen arloan arbitrajea gatazka konpontzeko metodo orokortua bilakatu da. Bere jatorria nazioarteko arbitraje komertzialean duen arren, berariazko ezaugarriak garatzen joan da eta, gaur egun, posible da arbitraje mota berri bati buruz hitz egitea. Lan honetan zehar Estatu eta inbertsiogile pribatuen arteko arbitrajearen ikuspegi orokor bat ematen da, bere garapena, egungo ezaugarriak eta sortzen dituen arazo juridikoak aztertuz.

Giltza-Hitzak: Arbitrajea. Nazioarteko inbertsioak. Inbertsioen arbitrajea. Babes diplomatikoa. Inbertsioen babeserako nazioarteko hitzarmenak.

El arbitraje se ha convertido en el método generalizado para resolver los conflictos en el ámbito de las inversiones internacionales. Aunque tiene su origen en el arbitraje comercial internacional, ha ido desarrollando sus propias características y hoy en día hablar de un nuevo tipo de arbitraje. En este trabajo, se da una visión general del arbitraje entre el Estado y los inversores privados, y se analizan su desarrollo, sus características actuales y los problemas jurídicos que causa.

Palabras Clave: Arbitraje. Inversiones internacionales. Arbitraje en las inversiones. Apoyo diplomático. Convenios internacionales para la protección las inversiones.

L'arbitrage est devenu la procédure généralisée pour résoudre les conflits dans le domaine des investissements internationaux. Bien qu'il ait pour origine l'arbitrage commercial international, il présente ses propres caractéristiques et nous pouvons aujourd'hui parler d'un nouveau type d'arbitrage. Dans cette étude, on examine de manière générale l'arbitrage qui se produit entre l'État et les investisseurs privés et on analyse son développement, ses caractéristiques actuelles et les problèmes juridiques qui en découlent.

Mots Clé : Arbitrage. Investissements internationaux. Arbitrage en matière d'investissements. Soutien diplomatique. Conventions internationales pour la protection des investissements.



1. **Sarrera.** 2. **Estatu eta inbertsiogile pribatuen arteko arbitrajearen garapena:** 2.1. XX. mendearen hasiera. 2.2. Inbertsioen materialen Gatazkak Konpontzeko Nazioarteko Zentroa (ICSID). 2.3. Inbertsioen Babeserako Nazioarteko Hitzarmenak. 2.4. Gaur egungo joerak. 3. **Inbertsioen arbitrajearen funtzio mistoa:** 3.1. Egitura tradizionalaren aurrean alternatiba funtzionala. 3.2. Inbertsioen arbitrajea eta barne auzitegiak. 3.3. Inbertsioen arbitrajea eta babes diplomatikoa. 4. **Arbitrajea: inbertsioen sektorean gatazkak konpontzeko metodo orokortua.** 5. **Gaur egungo inbertsioen arbitrajearen ikuspegi kritikoa:** 5.1. Publikotasuna v. konfidentzialtasuna. 5.2. Erabaki kontrajarrien arazoa. 5.3. Konstituzionaltasun arazoak? 6. **Ondorioak**

1. Sarrera

Kanpo inbertsioek herrialdeen garapen ekonomiko eta sozialean, gaur egun, duten garrantzia ukazina da. Egia da inbertsio guztiek ez dutela zertan onuragarriak izan jasotzen duen Estatuarentzat; baina errealtateak erakusten duen lez, Estatuak ahalik eta kanpo inbertsio gehien erakarri nahi dituzte, onuragarriak kontsideratzen dituztelako. Bestalde, kanpo inbertsioek sarri izaten duten tamaina eta garrantzia ekonomikoa dela-eta, Estatuak eta inbertsiogilearen artean harreman zuzena sortu ohi da, dela kontratuzko harremana, dela kontratuz kanpokoak. Harreman misto hauek, beren berezitasunaren ondorioz, zailtasunak sortzen dituzte ikuspegi juridikotik aztertzen direnean.

Kanpo inbertsioek nazioarteko Zuzenbide pribatuaren berezko arazoekin egiten dute topo. Horrela, inbertsioa kokatzen den Estatu bakoitzaren ordenamendu juridikoak arautuko du inbertsio-eragiketaren bakoitza. Bestalde, inbertsioaren inguruko gatazkak sortzen direnean, inbertsioa lekutzen den Estatuak auzitegiara jo beharko da, printzipioz, hauek konpontzera. Azken batean, Estatuak adina ordenamendu juridikoren existentziak mugaz gaindiko inbertsio eragiketarako konplexuago bihurtzen ditu, segurtasun juridiko eza indartuz.

Abiapuntu honetatik, kanpo inbertsioen fluxua handitu asmoz, irtenbide eta joera berriak planteatu dira. Batetik, ordenamendu juridikoen aniztasunak sortzen dituen arazoaren aurrean, eta globalizazioaren fenomenoak bide eman dion giroa profitatuz, kanpo inbertsioen deslokalizazio eta desregulazioa bilatzen duen joera sendotu da. Gaur egun, kanpo inbertsioen Zuzenbidearen oinarria, batez ere, oso antzekoak diren nazioarteko Hitzarmenetan aurkitzen da. Hitzarmen hauek, batez ere, Estatuaren obligazioak jasotzen dituzte eta orokorrean atzerriko

inbertsiogileentzat oso mesedegarria den eraentza jaso ohi dute.

Bestalde, barne Zuzenbideetatik ihes egiteko joera hau, gatazkak konpontzeko metodo gisa Estatu eta inbertsiogile pribatuen arteko arbitrajeak –inbertsioen arbitrajeak- hartu duen garrantzia eta protagonismoan ere islatzen da. Gaur egun, kanpo inbertsioen materialen, esan daiteke gatazkak konpontzeko metodo orokortua bihurtu dela arbitrajearena. Arbitraje berezia da hau, Estatu eta inbertsiogile pribatuen artean ematen dena eta, beraz, ikuspuntu juridikotik arazo bereziak sortzen dituena.

Hemen aurkezten den lanaren helburua ez da inbertsioen arbitrajearen inguruko azterketa juridiko sakona egitea. Aitzitik, honen gaineko ikuspegi orokor bat emateko zenbait zertzelada nagusi aurkezten saiatuko da, inbertsioen arbitrajearen jatorria uler dadin, zein diren bere nagusitze edo orokortzea ahalbidetu duten arrazoiak eta, zein den gaur egun instituzio honek betetzen duen funtzioa. Saiatuko da azaltzen zein den Estatu eta inbertsiogile pribatuen arteko arbitrajeak aurkezten dituen abantailak gatazkak konpontzeko beste metodoen aldean, baina baita ere, zein diren honen gutxitasunak, uler daitezkeen inbertsioen arbitrajeak, bere egungo ezaugarriekin, jasotzen dituen kritiken oinarrian dauden arrazoiak zein diren, eta zein liratekeen hauek gainditzeko etorkizunean eman beharreko urratsak.

2. Estatu eta inbertsiogile pribatuen arteko arbitrajearen garapena

2.1. XX. mendearen hasiera

Iragan mendearen hasieran, Estatu eta inbertsiogile pribatuen arteko harremanak (kontratuetatik eratorriak zein kontratuz kanpokoak) Estatuaren barne Zuzenbideak arautzen zituen. Bestalde, harreman hauen baitan sor zitezkeen gatazkak Estatuaren barne auzitegiei zegokien ezagutzea. Nazioarteko Zuzenbide publikoak atzeritarren babeserako ezartzen zituen estandar eta arauak urratuz, barne auzitegiaren justiziaren ukapena ematen zen kasuetan soilik jo zitezkeen nazioarteko instantzietara.

Beraz, kanpo inbertsioen kariatara Estatu eta atzerriko inbertsiogileen artean sortzen ziren gatazkak konpontzeko bideak bi mailatan antolatzen ziren. Gainera, bi maila hauek argi eta garbi banandurik zeuden Zuzenbide klasikoan. Lehenik, inbertsiogile atzeritarrak barne auzitegiara jo behar zuen. Ondoren, barne auzitegiaren nazioarteko Zuzenbideari zegokion

arauren bat urratzen zenean bakarrik zabaltzen zen nazioarteko helegiteen bidea.

Bestalde, nazioarteko helegiteak aurkezteko ahalmena inbertsiogile pribatuaren nazionalitateko Estatuari bakarrik zegokion. Ahalmen hau babes diplomatikoaren eskubidearen ondorio zuzena da. Honen bitartez, Estatuak bere egiten du bere nazionalitatea duen subjektuaren kausa. Babes diplomatikoa Estatuaren eskubide gisa ulertzen da. Estatuari berari bakarrik dagokio eskubide hau egikaritzen duen edo ez erabakitzea, nahiz eta inbertsiogileak interes zuzena izan abian jar daitekeen prozesuan.

Denborarekin, ordea, zenbait inbertsiogile talde, azalduko helegite sistemarekin (barne auzitegiak eta babes diplomatikoa) gustura ez-eta, Estatuekin arbitraje klausulak adosten saiatu zen, beraien artean sor zitezkeen gatazken konpontzeko. Arrazoi ezberdinak daude ildo berri honen atzean¹. Batetik, inbertsiogileek konfiantzarik ez dute inbertsioa jasotzen duen Estatu bakoitzaren barne auzitegiaren. Bestetik, beraien interesak babesteko beraien nazionalitateko Estatuak dituzten tresnak ez dituzte nahikotzat jotzen; izan ere, babes diplomatikoaren gauzatzea nazionalitate loturaren existentziak eta Estatu urratzailearen barne helegiteak aurretiaz agortzeko obligazioak baldintzatzen dute. Gainera, arbitrajea bultzatzeko beste arrazoi bat ere bada: nazioarteko auzitegi batek Estatuaren erantzukizuna ezartzeko nazioarteko arauak aplikatzen dituen bitartean, arbitrajea, aldi berean, barneko zein nazioarteko arauak eta inbertsiogilea eta Estatuaren artean adostutako berariazko klausulak aplikatu daitezke.

Aitzitik, Estatu eta inbertsiogile pribatuen arteko arbitrajearen zabalkundea ez da arazorik gabea izan. Zenbait herrialde tradizionalki arbitrajearen aurka agertu izan dira.

Herrialde arabiar eta sozialisten kontrako jarrera ahantzi gabe, bereziki aipagarria da herrialde latinamerikarrena. Calvo² eta Dragó doktrinei

jarraiki, hauek beraien barne auzitegien eskumena baizik ez dute onartzen inbertsiogile atzerritarrekin dituzten liskarretan. "Tratu nazionalaren" printzipioaren aplikazioaren ondorio da jarrera hau; printzipio honen arabera, labur esanda, Estatuak, nazioarteko Zuzenbide publikoaren arabera, obligazioa dute atzerritarrei beraien nazionaliei ematen dien trataera berdina emateko.

Estatuaren berdintasun printzipiotik abiatuz, egia bada ere Calvo doktrinak Estatuaren barne auzitegi eta legeen aldeko menderatzea eskatzen zuela, praktikan arbitrajera jo izan zen inguruabarrek -erreklamazioen larritasun edo tamaina zela-eta- hala gomendatzen zutenean. Askotan herrialde latinamerikarren interesen kontrako kontsideratua izan den praktika arbitral honek arbitrajearen kontrako sentimendua indartu zuen. Sentimendu ezkor hau, adibidez, 1965eko Washingtongo Ituna onartu zen garaian islatu zen, herrialde hauek guztiek Itunari atxikitzea uko egin ziotenean. Dena dela, ñabardura bat egitea garrantzitsua da. Carlos Calvo jurista argentinarrek ez zuen arbitrajearen aurkako jarrera azaldu subjektu pribatuek pairaturiko kalteei zegozkien erreklamazioak erabakitzeko tresna gisa; berak arbuatzen zuena indarraren erabilera zen izaera pribatuko erreklamazioak konpontzeko bitarteko bezala³.

2.2. Inbertsioen materian Gatazka Konpontzeko Nazioarteko Zentroa (ICSID)

Inbertsioen arbitrajearen egungo garapenaren giltzarrietako bat 1965eko martxoaren 18ko Washingtongo Itunaren onarpena izan da, Estatu eta beste Estatu bakoitzeko nazionalen arteko inbertsioei dagozkien gatazken konponketari buruzkoa. Itun honen bitartez Inbertsioen materian Gatazka Konpontzeko Nazioarteko Zentroa (*International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID*) eratzen da⁴. Itunak

1. Cf. MIAJA DE LA MUELA, A. "Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras". In: REDI, 1969; 10-11 orr.; vid., baita ere, LEBEN, C. "L'évolution du droit international des investissements: un rapide survol". In: Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement (C. Leben dir.), Louvain-la-Neuve: LGDJ - Anthemis, 2006; 10-14 orr.; HIRSCH, M. The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes. Dordrecht / Boston: Martinus Nijhoff, 1993; 8-15 orr.
2. TAMBURINI, F. "Historia y destino de la "Doctrina Calvo": ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?". In: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, 24. zbk., Valparaíso, 2002; MANNING CABROL, D. "The Imminent Death of the Calvo Clause and Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors". In: Law & Pol'y Int'l Bus, 1995, 26(4); 1169-1200, orr.; ASANTE, S.K.B. "International Law and Foreign Investment: A Reappraisal". In: ICLQ, 37 liburukia, 1988; 592 orr.
3. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Tratado del arbitraje comercial en América Latina. Madril: Iustel, 2008; 41. orr. eta hurr.
4. BOE nº 219, 1994ko irailaren 13koa. ICSIDi buruz vid. orokorrean VIVES CHILLIDA, J.A. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Madril, 1998; FERNÁNDEZ MASIÁ, E. Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI. Valentzia: Tirant lo blanch, 2004; HIRSCH, M. The Arbitration Mechanism..., op. cit.; LEW, J.D.M. "ICSID Arbitration: Special Features and Recent Developments". In: Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects (N. Horn, ed.). Haga: Kluwer Law International, 2004; 267-282 orr.; ÁLVAREZ ÁVILA, G. "Las características del arbitraje del CIADI". In: Anuario Mexicano de Derecho Internacional. 2. liburukia, 2002; 205-219 orr., eskuragarri dago <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derivint/cont/2/cmt/cmt6.pdf>; SACERDOTI, G. "La Convenzione di Washington del 1965 per la soluzione delle controversie tra Stati e nazionali de altri Stati in materia di investimenti". In: Riv. dir. int. pr. proc., 3. zbk., 1969; 614-660 orr.; RYANS, J.K. eta J.C. BAKER. "The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)". In: Journal of World Trade Law, 10. liburukia, 1. zbk., 1976; 65-79 orr.; BALEKJIAN, W.H. "The Convention of the International Bank on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States". In: Yearbook of the A.A.A. 37/38 liburukia, 1967/68; 108-120 orr.

ICSIDen egitura instituzionala ezartzen du, Administrazio Kontseiluak eta Idazkaritzak osatzen dutena. Nazioarteko erakunde gisa izaera autonomo eta propioa badu ere, Mundu Bankuaren egituraren barnean kokatzen den instituzioa da. Gaur egun, munduko kultura juridiko eta erregio ezberdinetako 156 Estatu sinatzaile ditu Washingtingo Itunak, euren artean Espainia eta Frantzia.

Atzerriko inbertsioen Zuzenbidearen baitan lehen mailako lekua betetzen du Washingtingo Itunak. Garapen bidean dauden herrialdeen garapen ekonomikoa bultzatzeko beharrezkoa den nazioarteko kooperazioaren beharrei erantzuten diela esaten da, aintzat harturik izaera pribatuko nazioarteko inbertsioek eremu honetan betetzen duten funtzioa. Estatu sinatzaile baten eta beste Estatu sinatzaile baten nazionalaren artean sor litezkeen inbertsioen gaineko gatazkak konpontzeko, kontziliazio sistema bat eta arbitraje sistema bat ezartzen ditu Itunak; honela, inbertsiogileengan konfiantza eta segurtasuna indartzen dira, eta balore hauek mugaz gaindiko inbertsio pribatuen fluxuaren hazkundean eragin zuzena dute⁵.

ICSID da inbertsioen materian sortzen diren gatazkak konpontzeko dagoen berariazko arbitraje sistema bakarra. Espezializaturiko arbitrajea da. Inbertsioen materian Estatu eta partikularren artean sortzen diren gatazkei buruz bakarrik erabakitzen du. Hau dela eta, Washingtingo Itunaren ezarpen eremu pertsonala zein materiala mugatzea berebiziko garrantzia duen egitekoa da⁶.

Itunaren 25. art.an dator ezarria Zentroaren jurisdikzioa. Honen arabera, ICSIDera menara daitezkeenak inbertsio batetik zuzenean sortzen diren izaera juridikoko gatazkak dira. Gatazka hauek Estatu sinatzaile baten (edo Estatu honek Zentroaren aurrean akreditaturiko edozein subdibisio politiko edo erakunde publikoren) eta beste Estatu sinatzaile baten nazionalaren artekoak beharko dute izan. Zentroak jurisdikzioa

izan dezan alderdiek beren adostasuna idatziz adierazi beharko dute. Gainera, behin adostasuna emanda alderdiek ezingo dute berau aldebakarreko erabakiz atzera bota.

ICSID arbitrajearen ezaugarri nagusienak bere *esklusibotasuna* eta *autonomia* dira⁷. Batetik, beste nazioarteko arbitraje komertzialekin alderatuz, ICSID arbitrajeak jarraitzen duen prozeduran ia guztiz desagertzen da auzitegi nazionalen esku hartzea. Bestetik, gatazkan alderdi gisa diharduen inbertsiogilearen Estatuak babes diplomatikoa egikaritzeko izan dezakeen eskubidea baztertzen du, ez bada gatazkan alderdi gisa diharduen Estatuak laudoa betetzen ez duela edo betetzeari uzten diola. Hau guztia dela-eta, Zentroa *self-contained machinery* bezala definitua izan da⁸.

ICSIDeko arbitraje auzitegiak Itunak berak aurreikusten dituen arauak jarraiki eratzen dira. Arbitroak beraiek izango dira beren eskumenari buruz erabakiko dutenak. Alderdien eskubideak babesteko behin-behineko neurriak har ditzakete. Ematen duten laudoa bete beharrezkoa izango da alderdientzat, baita Ituneko Estatu sinatzaileentzat ere, aintzatetsi eta exekutatu egin beharko baitute beren lurraldean Estatu beraren auzitegi batek emandako sententzia irmoa balitz bezala. Azkenik, Itunak berak aurrirakusten ditu emandako erabaki arbitralen aurrean aurkez daitezkeen helegiteak zeintzuk diren; hauen artean bereziki aipagarria da jasotzen duen baliogabetze helegite espezifikoa.

Sistema autonomo eta eskusibo hau, ordea, printzipio baten gainean eraikitzen da: gatazkan parte diren subjektuen borondatearen autonomian. Alderdi gisa diharduten subjektuek adostu beharko dute kasu guztietan gatazka bat ICSIDeko arbitrajera meneratzen duten edo ez. Honen harira, garrantzitsua da zehaztea Washingtingo Itunaren berrespen, onarpen edo onespenak ez dakarrela berarekin Estatu sinatzailearen adostasuna gatazka konkretuak Zentroaren jurisdikziora meneratzeko⁹.

5. KUNDMÜLLER CAMINITI, F. eta RUBIO GUERRERO, R. "El arbitraje del CIADI y el Derecho internacional de las inversiones: un nuevo horizonte". In: Lima Arbitration, 1 zbk., 2006; 77 or.. Zentzu berean ICSIDi buruzko Zuzendari Exekutiboaren Txostena, pár. 9. Vid. baita ere, BROCHES, A. "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States" (1972). In: Selected Essays. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law. Boston: Martinus Nijhoff; 192-197 orr..
6. ICSIDen jurisdikzioari dagokionez, vid., SCHREUER, C.H. The ICSID Convention: A Commentary. Cambridge: Cambridge University Press, 2001; 83-344 orr.; DELAUME, G. "Le Centre International pour le Reglement des Différends relatives aux Investissements (CIRDI)". In: Journ. dr. int., 1982, 4. zbk.; 778-808 orr.; Íd. "How to Draft an ICSID Arbitration Clause". In: ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 7. liburukia, 1. zbk., 1992, 168-195 orr.; AMERASINGHE, C.F. "The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes". In: Indian Journal of International Law. 1979, 166-227 orr.; BLIESENER, D.H. "La compétence du CIRDI dans la pratique arbitrale". In: Revue de droit international et du droit comparé. 1991, 95-134 orr.; ARTUCH IRIBERRI, E. "La jurisdicción del CIADI de acuerdo al art. 25 del Convenio de Washington". In: RCEA, 1998, 287-295 orr.; BROCHES, A. "The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction" (1966). In: Selected Essays. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law. Boston: Martinus Nijhoff, 1995; 164-178 orr.
7. ICSIDeko prozeduraren izaera atonomo eta eskusiboari dagokionez vid. DELAUME, G. "Le Centre International pour le Reglement...", loc. cit.; 808-815 orr.; VIVES CHILLIDA, J.A. El Centro Internacional de Arreglo..., op. cit.; FRUTOS-PETERSON, C. "El arbitraje del CIADI y su impacto en el arbitraje internacional latinoamericano en material de inversión". In: Revista de arbitragem e mediação. 2004, 179-784 orr.; ÁLVAREZ ÁVILA, G. "Las características ...", loc. cit.; 218-229 orr..
8. Cf. DELAUME, G. "Arbitration with Governments: 'Domestic' v. 'International' Awards". In: International Lawyer, 17. liburukia, 4. zbk., 1983, 693 orr.; íd. "ICSID Arbitration and the Courts". In: AJIL. 77 liburukia, 4 zbk., 1983; 784-803 orr.
9. Vid. DELAUME, G. "How to Draft...", loc. cit.; 168-169 orr.; MIAJA DE LA MUELA, A. "Aspectos jurídicos de las diferencias...", loc. cit.; 29 orr.

IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, Iñigo. Estatu eta inbertsiogile pribatuen arteko arbitrajea. *Eleria*. 18, 2009, 23-40



2.3. Inbertsioen Babeserako Nazioarteko Hitzarmenak

Washingtongo Itunaren onarpena, bere horretan, inbertsioen arbitrajearen hedapena bultzatzeko aukera paregabera izan bazitekeen ere, ez ziren asko izan laurogeigarren hamarkada bukaerara arte Zentroak ezagutu zituen inbertsio liskarrak. Tresna izan bazen; gatazka konkretu bat sortzen zenean, baina, alderdiek ez zuten adostasunik lortzen hau Zentrorra meneratzeko.

Egoera honek, ordea, berebiziko aldaketa jasango du mundu guztiko Estatuak Inbertsioen Babeserako Nazioarteko Hitzarmenak (IBH) sinatzen hasten diren garaian. Zenbait Hitzarmen aldeniztun garrantzitsu baldin badaude ere, bereziki aipagarriak dira inbertsioen materian sinatu diren alde biko Hitzarmenak. Gaur egun, 2.500 alde biko Hitzarmen baino gehiago dira indarrean mundu guztian zehar.

IBHek arautzen dituzten aspektu ezberdinen artean Estatu eta inbertsiogile pribatuen arteko arbitrajea dago. Hitzarmenek biltzen duten ezarpen eremuaren barruan gatazka bat sortzen baldin bada Estatu sinatzaile baten eta beste Estatu sinatzaileko inbertsiogile pribatu baten artean, Hitzarmenek, inbertsiogilearen aukeran, gatazkan alderdi gisa diharduen Estatuako barne auzitegietara edo arbitrajera meneratzeko aukera jasotzen dute. Arbitrajearen barruan, gainera, normalki aukera ezberdinak aurreikusten dituzte; besteak beste, *ad hoc* arbitrajea Nazioarteko Merkataritza Zuzenbiderako Nazio Batuen Komisioaren (UNCITRAL) arbitraje erregelen arabera edo ICSID arbitrajea. Ulertu behar da Hitzarmen hauek Estatu sinatzaileen adostasuna jasotzen dutela beraien baitan sor daitezkeen gatazka konkretuak ICSIDera edo beste arbitraje batetara meneratzeko.

Hitzarmen hauen hedatze izugarriak, beraz, eragin zuzena izan du ICSIDen (eta orokorrean inbertsioen arbitrajearen) aktibitatean. Halakoa izan da eragina ezen, ICSIDi buruz ari garela, “adinean aurrera egindako loti ederraren esnatzea” bezala deskribatua izan baita, batez ere laurogeita hamargarren hamarkadaz geroztik Zentroak izan duen aktibitatearen hazkundera¹⁰.

Estatu eta inbertsiogile pribatuen arteko arbitrajearen indartze honen oinarrian dagoen funtsezko zioa, garapen bidean dauden herrialdeen jarrera aldaketan bilatu behar dugu. Harridura sor badezake ere, alde biko harremanetan zein Nazio Batuen erakundean

mantendu zuten jarreraren kontra, herrialde hauek kanpo inbertsioentzat oso onuragarria zen arauketa aurreikusten zuten Hitzarmenak sinatzen hasi ziren Estatu industrializatuekin. Arestian aipatu bezala, Hitzarmen hauek, besteak beste, Estatu eta inbertsiogileen arteko arbitrajearen aukera barnebiltzen zuten.

Garapen bideko herrialdeek kanpo inbertsio pribatuak beraien subiranotasun eta independentzia ekonomikoaren aurkakotzat zituzten, eta nazioarteko Zuzenbide klasikoa Estatu garatuen interesak baizik babesten ez zituen araudia zela ulertzen zuten. IBHak sinatzean, ordea, herrialde hauek inbertsio pribatuek beraien garapen ekonomiko eta sozialean betetzen duten funtzioa lehenesten dute, beharrezkotzat joz helburuok lortzeko¹¹. Garapen bideko Estatuak kanpo inbertsioak erakarri nahi dituzte eta, hain zuzen, IBHak sinatu dituen Estatuak erakargarriagoa bihurtzen da inbertsio leku gisa.

Garapen bidean dauden herrialdeek bere egiten dute kanpo inbertsioen teoria klasikoaren ikuspegia, zeinaren aburuz inbertsio oro onuragarria baita hau jasotzen duen Estatuaren garapenerako. Ikuspegi honen nagusitzearen ondorioz, tradizionalki Estatu eta inbertsiogileen arteko arbitrajearen kontrako iritzia zuten Estatuak –sistema kolonialaren amaieraren ondorioz jaiotako Estatuak, Sobiet Batasun ohitik sorturikoak eta Calvo doktrinaren defendatzaile agertzen ziren Estatu latinamerikarrak- Estatu garatuek bultzatu eta IBHek ezartzen duten sistemara zabaldu dira. Irekiera hau agerian geratu da, esaterako, sinatu den alde biko Hitzarmen kopuruan eta Washingtongo Hitzarmenak lortu dituen atxikipen guztietan.

2.4. Gaur egungo joerak

Gaur egun, Estatu eta inbertsiogile pribatuen arteko arbitrajea inbertsioen sektorean gatazkek konpontzeko metodo orokortua bilakatu da. Aipatu dugun moduan, nagusitze hau batez ere IBHei zor zaie. Hala ere, inbertsioen arbitrajeak oraindik eztabaida sakonen iturri izaten jarraitzen du. Ezin esan daiteke, bizi ditugun garaioan, bere onarpena erabatekoa denik.

Erabateko onarpen ezaren lehenengo froga inbertsioen materian nazioarteko Hitzarmen orokor edo global bat hitzartzeko ezintasuna da. Urteak dira nazioarteko komunitatea, inbertsioen

10. KUNDMÜLLER CAMINITI, F. “‘Bella durmiente’ despabilada ante la atronadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera”. Eskuragarri dago hurrengo helbide elektronikoan: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/inversion.php>.

11. Vid. DOLZER, R. “The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law”. In: *Journal of International Law and Politics*, 37. liburukia, 4. zbk., 2006; 955 or.

babes eta promoziorako beste zenbait arau materialekin batera, bere baitan Estatu eta inbertsiogileen arteko arbitrajea barneratuko lukeen inbertsioei buruzko Hitzarmen aldean zutun bat adostu nahian dabilela. Helburu hau jarraitu izan duten ekimen guztiek, ordea, porrot egin dute. Ekimen hauen artean azkena eta aipagarriena 1995 eta 1998. urteen bitartean *Kooperazio eta Garapen Ekonomikorako Erakundearen* (KGEE) baitan landu zen *Inbertsioen Akordio Aldeaniztuna* da (*Multilateral Investment Agreement –MAI*). Akordio honen porrota eragin zuten arrazoien artean, Estatu eta inbertsiogileen arteko gatazken konponketa arauak desadostasuna dago. Arbitrajearen aukera barneratzen duen xedapen honek Estatuaren subiranotasuna mehatxatzen duela esaten da¹², eta Hitzarmenaren izaera aldeaniztunaren ondorioz, arbitrajea nolabaiteko nazioarteko jurisdikzio nahitaezkoa bihurtu daitekeela Estatu sinatzaileentzat¹³.

Inbertsioen arbitrajeak sortzen dituen zalantzak agerian jarri dira baita ere, duela gutxi, zenbait herrialde latinamerikarretan jazotako aldaketa politiko sakonen ondorioz, bereziki *Alternativa Bolivariana para las Américas – Tratado de Comercio de los Pueblos: Bolivia, Venezuela y Nicaragua (ALBA–TCP)* integrazio programa osatzen duten Estatuaren artean. Iraganeko defendatzen zituzten posizioetara itzulian datozela ikusten da. Inbertsioen arbitrajearen aurkako iritziz guztiz kritikoa gorpuzten ari da; ICSIDen aurka agertu dira Estatu hauek eta dagoeneko jarrera honen lehen ondorio garrantzitsua ikus daiteke: Boliviak 2007ko maiatzaren 2an burutu zuen Washingtoongo Itunaren denuntzia.

Arraroa gerta badaiteke ere zenbait herri latinamerikarrek iraganera egindako jauzi hau, are harrigarriagoa da Estatu garatuetan ikus daitekeen jarrera aldaketa, *Ipar Amerikako Komertzio Librerako Itunaren* (*North American Free Trade Agreement –NAFTA*) markoan agerian jarri dena batez ere. IBHeK jasotzen duten erregimen juridikoaren bultzatzaile izan diren EEBB eta Kanadak ustekabearen euren buruak ikusi dituzte Estatu damandatuaren lekuan

NAFTAn oinarrituriko erreklamazioetan. EEBB eta Kanadak NAFTA adostu zutenean uste izan zuten, oker nonbait, Estatu eta inbertsiogileen arteko arbitrajearen tresna Estatu mexikarrak euren inbertsiogileen interesen kontra har zitezkeen neurrien aurrean erabiliko zela, eta ez alderantziz¹⁴.

Gaur egun, Estatu industrializatuetatik datozen ahots kritiko garrantzitsuak entzuten dira. Indarrean dagoen araudiaren defendatzaile sutsu izan diren Estatuaren kritikak dira, zeintzuk nazioz gaindikoa auzitegi arbitralen jurisdikziora meneratu behar izan dutenean mehatxaturik ikusi baitute euren subiranotasuna¹⁵.

3. Inbertsioen arbitrajearen funtzio mistoa

3.1. Egitura tradizionalaren aurrean alternatiba funtzionala

Arestian esan bezala, kanpo inbertsioei zegozkien gatazka konpontzeko eskema tradizionala bi mailatan eraikitzen zen. Lehenik, Estatu eta inbertsiogile atzerritarren arteko gatazka Estatuaren barne auzitegiaren erabakitzen zen barne Zuzenbidearen arabera. Bigarrenik, Estatuaren eta inbertsiogilearen nazionalitateko Estatuaren arteko balizko gatazka, babes diplomatikoaren egikaritzaren ondorioz, nazioarteko instantzietan erabakitzen zen nazioarteko Zuzenbidearen arabera; bigarren maila honetan inbertsiogileak ez zuen parte hartzerik.

Bi maila edo planotako sistema honetan, inbertsiogileak konfiantza gehiegirik ez zieten barne auzitegietara jo beharrean aurkitzen ziren; konfiantza falta honen oinarrian dagoen arrazoiak zera da: inbertsiogileen iritziz Estatuak aldi berean epaile eta alderdi gisa jarduten du prozesu hauetan¹⁶. Gainera, gatazka nazioarteko mailara igotzen direnean politizatzeak arriskua dute. Izan ere, kontutan hartu behar da babes diplomatikoa Estatuak diskrezionalitatez egikaritzen duen eskubidea dela eta, askotan, baldintzatua egon

12. B. STERN en komentarioak ikusi: AAVV. "Globalization, Investment Conventions, and Arbitral Justice", Geneva Global Arbitration Forum (7th). In: *J.Int'l.Arb.*, 16. liburukia, 2. zbk., 1999; 128 or.
13. SMALL, D.H. "Règlement des différends entre investisseurs et États d'accueil dans un accord multilatéral sur l'investissement". In: *Un Accord multilatéral sur l'investissement: d'un forum de négociation à l'autre?* (Jornadas de Estudio organizadas por L'Institut des Hautes Etudes Internationales, el 7 de diciembre de 1998). Paris: Pedone, 1999; 79–86 orr.; CRESPO HERNÁNDEZ, A. *El Acuerdo Multilateral de Inversiones: ¿crisis de un modelo globalizado?*. Madrid: Eurolex, 2000; 186–194 orr.
14. SHAPREN, A.J. "NAFTA Chapter 11: A Step Forward in International Trade Law or a Step Backward for Democracy?". In: *Temple International and Comparative Law Journal*. 17. liburukia, 1. zbk., 2003; 331 orr.
15. Vid. RUBINS, N. "Les pays exportateurs de capitaux comme défendeurs dans l'arbitrage relatif à l'investissement: l'affaire Loewen c. États-Unis". In: *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement* (C. Leben dir.). Louvain-la-Neuve: LGDJ – Anthémis, 2006; 237–280 orr.; AGUILAR ÁLVAREZ, G. eta PARK, W.W. "The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11". In: *Lima Arbitration*, 1. zbk., 2006; 13–68 orr.
16. Vid. OPPETIT, B. "Les États et l'arbitrage international: Esquisse de systématisation". In: *Rev. arb.*, 4. zbk., 1985; 494 orr.; HIRSCH, M. *The Arbitration Mechanism...*, op. cit.; p. 8–9.

daitekeela Estatuaren intereseko arrazoi politikoekin, kaltetua suertatu den inbertsiogilearen interesen arabera bainoago¹⁷.

Hau guztia dela-eta, inbertsioen arbitrajea bi mailatako eskema honen baliozko alternatiba gisa agertzen da. Batetik, arbitrajeak orokorrean erakusten dituen abantailak biltzen dituela esaten da. Hala nola, azkartasuna, neutraltasuna, espezialitatea, merkea izatea eta konfidentzialtasuna edo pribatutasuna. Haatik, praktika arbitralak agerian jarri du abantaila hauek ez direla, kasu guztietan, hain agerikoak, batik bat azkartasuna, merkea izatea edo konfidentzialtasunari buruz ari garenean.

Egia da, ordea, inbertsioen arbitrajeak gatazkak despolitizatzeko bertutea duela¹⁸. Babes diplomatikoaren muinean dagoen elementu politikoak ez du apenas lekurik arbitrajeen. Bestetik, arbitrajea foro neutral gisa agertzen da. Zentzu honetan, arbitrajearen aldeko hautua eginez gero, inbertsiogileak ez du gatazkan parte den Estatuaren auzitegietara meneratu beharrik.

Gogoan hartu beharrekoa da babes diplomatikoaren egikaritzaren ondorioz, joan den mendearen erdialdean, indartu zen *lump sum agreements* edo konpentsazio globaleko akordioen praktika. Akordio hauen bitartez Estatu batek burutzen zituen nazionalizatzeko prozesu orokorren ondorioz desjabeturiko beste Estatu baten nazionalitatea zuten partikular guztien eskaerak modu bateratuan aztertzen ziren. Kalteturiko subjektuen nazionalitateko Estatuak konpentsazio global bat adosten zuen nazionalizatzeko aurrera eraman zuen Estatuarekin. Eskuarki, bi Estatuaren arteko negoziazioaren ondoren eta konpentsazioa ordaintzeko obligazioa zuen Estatuaren ordaintzeko gaitasuna baloratu eta gero, adosturiko kopuruek izandako kalteen zati bat baino ez zuten biltzen. Arbitrajeak dakarren despolitizazio honen ondorioz, ordea, gatazkak “judizializatu” egiten dira. Auzitegi arbitralen erabakiak arau juridikoetan oinarritzen dira eta ez bestelako kontsiderazio politikoetan.

Honen ondorioz, konpentsazio globaleko akordioen kasuan ez bezala, inbertsiogileek arbitrajera jotzen dutenean, konpentsazio osoak jasotzeko aukerak handitu egiten dira.

Inbertsioen arbitrajea baliozko alternatiba bihurtzen duen beste ezaugarrietako bat bere malgutasuna da. Auzitegi arbitralek askatasun handiagoa dute egoki deritzoten legeak eta ordenamenduak aplikatzerako orduan, direla barne jatorrikoak, nazioartekoak edo alderdien akordiotik sortuak. Horrela, arbitroek kasuari loturik ager daitezkeen arau ezberdinak aplika ditzakete, jokoan dauden interes guztiei erantzun egokiago eta osoago bat emanaz.

Hain zuzen, jatorri ezberdineko arauak aplikatzeko arbitroek duten ahalmen hau dela eta, esaten da inbertsioen arbitrajeak funtzio bikoitza betetzen duela: barne auzitegiarena eta auzitegi internazionalena. Uler daiteke auzitegi arbitralek prozedura bakarrean erabakitzen dituztela gatazka batek barne Zuzenbidean nahiz nazioartekoan sor ditzakeen liskarrak. Hau bereziki argi ikusten da ICSID arbitrajea¹⁹.

Funtzio bikoitz edo misto honen ondorioz, aurreko eskema tradizionalak zuen beste muga bat ere gainditzen da, partikularrek nazioarteko instantzietara aurkezteko zuten ezintasuna. Abantaila hau Nazioarteko Zuzenbidearen Komisioak (NZK) ere azpimarratu du *babes diplomatikoari buruzko artikuluen proiektuari* eginiko iruzkinetan²⁰. Izan ere, inbertsioen arbitrajera joz, partikularrek kaltearen konpontzea eska diezaioke inbertsioa jaso duen Estatuari, nazioarteko Zuzenbidearentzat legez kontrakoa den egintza batek eragindako kalteengatik²¹.

Aipatu ditugun ezaugarri hauek direla-eta, eta batez ere arbitrajeak betetzen duen funtzio bikoitzaren ondorioz, iritzi kontrajarriak daude inbertsioen arbitrajearen izaera internazionala edo ez-internazionalaren inguruan. Autore batzuk ICSID arbitrajea nazioarteko Zuzenbidearen markoan kokatzen dute, ulertuz babes

17. VANDELDE, K.J. *United States Investment Treaties Policy and Practice*. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992; 160–161 orr. Estatu espainiarraren praktikari dagokionez, vid. PASTOR RIDRUEJO, J. “La pratique espagnole de la protection diplomatique”. In: *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales* (J.F. Flauss dir.). Brusela: Bruylant, 2003; 110 or.
18. Inguruabar honi buruz, vid. VANDELDE, K.J. *United States Investment Treaties...*, op. cit., 22–25 orr.; GARCÍA RODRÍGUEZ, I. *La protección de las inversiones exteriores (los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrados por España)*. Valentzia: Tirant lo blanch, 2005; 52 or.; Íd., “Pluralismo jurídico en inversión extranjera: las controversias entre el inversor y el Estado receptor”. In: *Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*. Madril: Eurolex, 2005; 1568 orr. eta hurr.; VIVES CHILLIDA, J.A. *El Centro Internacional de Arreglo...*, op. cit., 91 or.; FERNÁNDEZ MASÍA, E. *Arbitraje en inversiones extranjeras...*, op. cit., 16 or. eta hurr. Ñabardurak dituen ikuspegia agertzen du ROSENDAHL, R.W. “Political, Economic and Cultural Obstacles to Effective Arbitration of Foreign Investment Disputes”. In: *Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects* (N. Horn, ed.). Haga: Kluwer Law International, 2004; 33–49 orr.
19. VIVES CHILLIDA, J.A. *El Centro Internacional de Arreglo...*, op. cit., 258 orr.; LAUTERPACHT, E. “The World Bank Convention on the Settlement of International Disputes”. In: *Recueil d'études de droit international en Homage à Paul Guggenheim*. Ginebra: Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, 1968; 654 or.
20. Babes diplomatikoari buruzko artikuluen proiektuaren 17. art.ri eginiko iruzkina, par. 2, doc. A/61/10 (58. período de sesiones, 2006). Baieztapen honekin bat agertzen da BLACKBAY, N. “Public Interest and Investment Treaty Arbitration”. In: *Transnational Dispute Management*, I liburukia, 1 zbk., 2004; 2 or., eskuragarri hurrengo helbide elektronikoan: <http://www.transnational-dispute-management.com>.
21. Vid. LEBEN, C. “La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des Traités de Promotion et de Protection des Investissements”. In: AFDI, 2004; 690 or.

diplomatikoa ordezkatzeko duen metodoa dela eta, beraz, arbitraje interestataletik datorrena²². Hala ere, nazioarteko arbitraje komertzialarekin dituen antzekotasunak handiagoak dira, nahiz eta doktrinaren gehiengoak mantentzen duen bezala, beraz instituzio berezia izan²³. Inbertsioen arbitrajearen jatorria nazioarteko arbitraje komertzialean daukagun arren²⁴, eredu honetatik urruntzen joan da, harik eta bere ezaugarri propioak garatu eta finkatu dituen arte.

3.2. Inbertsioen arbitrajea eta barne auzitegiak

Estatu baten eta atzerriko inbertsiogile baten arteko gatazka arbitrajera meneratzeak, hau ezagutu zezaketen barne auzitegien eskumenetik erauztea dakar.

Hala ere, arbitrajearen autonomia, autosufizientziari dagokionez, ez da erabatekoa. Prozedura arbitralaren garapena egokia izan dadin, zenbaitetan beharrezkoa da barne auzitegien lankidetzak, parte hartzea edo laguntza. Horrela izango da, arbitroen izendapenean arazoak sortzen direnean, frogak burutzerakoan, alderdietako batek behin-behineko neurriak har daitezkeen eskatzen duenean barne auzitegien aurrean, erabaki arbitralen nahitaezko betearazpena aurrera eramane behar denean, emandako laudo edo erabaki arbitralaren aurka alderdietako batek deuseztatze errekurtso bat tarteratu nahi duenean edo, azkenik, laudo arbitralaren *exequatur*-a eskatzen denean²⁵.

Bestelakoa da, guztiz, ICSID arbitrajearen barne auzitegien eta auzitegi arbitralen artean ematen den harremana. Izan ere, Washingtongo Hitzarmenak ezarri duen prozedura, lehenago aipatu dugun legez, eskusiboa eta autonomia da, eta ia erabat murrizten da auzitegi nazionalen

esku hartzea. ICSID arbitrajari buruz esan da bere benetako originaltasuna horixe dela, hain zuzen, ordenamendu juridiko nazionalekin bere prozedurak duen deslotura²⁶. Alderantziz gertatzen da beste arbitraje sistemetan, non barne ordenamendu eta auzitegien esku hartzea handia den.

ISCID sistemaren autonomia eta eskusibotasunaren adibide garbia da bere 26. art.. Honen arabera, Hitzarmenak jasotzen duen arbitrajearen aldeko adostasuna ematen denean, ulertzen da beste edozein errekurtsori uko egiten zaiola, baita barne auzitegienari ere. Nolabait esateko, artikulua honek barne errekurtsioak aurretiaz agortu behar ezaren printzipioa ezartzen du. Hala ere, 26. art.ak jasotzen duen arau hau ez da, inondik ere, absolutua. Alderdien borondatea da gai hau gidatzen duen printzipioa eta, beraz, araua soilik aplikatuko da alderdiek bestelakorik esaten ez badute. Gainera, 26 *in fine* art.ak dio Estatuak alderantzizkatu dezakeela arau hau, eta barne errekurtso administratibo edo judizialen aurretiazko agorpena galdatu, Hitzarmenaren araberrako adostasuna emateko baldintza gisa.

3.3. Inbertsioen arbitrajea eta babes diplomatikoa

3.3.1. Babes diplomatikoaren ultima ratio funtzioa

Zenbait IBHek eta Washingtongo Hitzarmenak babes diplomatikoaren egikaritzak mugatzen duten xedapenak jasotzen dituzte gatazka bat inbertsioen arbitrajera meneratzen denean²⁷. Adibidez, Washingtongo Hitzarmenaren 27. art. are arabera:

Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá

22. VIVES CHILLIDA, J.A. El Centro Internacional de Arreglo ..., op. cit., p. XXIV. NZKak ere badirudi ikuspegi hau mantentzen duela hurrengo dokumentuan: A/59/10, babes diplomatikoari buruzkoa; 17 y 18 artikulua eta beraiei buruzko iruzkinak ikusi. Ikuspegi bera hartu zuen Loewen c. EE UU kasuko Auzitegi arbitralak, emandako laudoan, par. 233.
23. AUDIT, B. L'arbitrage transnational et les contrats d'État : Bilan et perspectives. In: Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations international. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1987; 23 or. ICSID arbitrajearen berezitasuna agerian jarria dute: BLIESENER, D.H. "La compétence du CIRDI...", loc. cit.; 95-96 orr.; CREMADES B.M. eta D.J. CAIRNS, "El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores". In: La Ley, XXIII. urtea, 4 zbk., 2002; 4 or.; DOUGLAS, Z. "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration". In: BYIL, 2004, 152-153 orr.; O. Chukwumerije, "International Law and Article 42 of the ICSID Convention", J.Int'l.Arb., vol. 14, n° 3, 1997, pp. 81-82; FRANCK, S.D. "The Nature and Enforcement of Investor Rights Under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future". In: 12 U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y, 47, 2005; 69 or., eskuragarri: <http://law.unl.edu/fac-franck.shtml>.
24. Horrela ikusten dute, beste batzuen artean, CREMADES, B.M. eta D.J. CAIRNS, "The Brave New World of Global Arbitration". In: Journal of World Investment, 3 zbk., 2003; 173-209 orr.; Íd. "El arbitraje en la encrucijada...", loc. cit.; 1-13 orr.; BURDEAU, G. "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États". In: Rev. arb., 1 zbk., 1995; 9 or.
25. Nazioarteko arbitraje komertzialera meneratzen diren prozeduretan barne auzitegiek jokatzen duten paperaren inguruan ikusi bereziki, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. "Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international". In: R. des C., 290. liburukia, 2002; 9-224 orr.; Íd., "Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia". In: Derecho Privado y Constitución, 19 zbk., 2005; 55-91 orr.
26. MANCIAUX, S. Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États. Dijon: Litec, 2004; 11-13 orr.; zentzu berean, HIRSCH, M. The Arbitration Mechanism..., op. cit.; 19 or.
27. Adibidez, Espainia eta Kolonbiaren artean sinaturiko IBHa (BOE, 2007ko irailak 12), 10.12 artikuluan. Zentzu berean Frantzia eta Sri Lankaren artean sinaturiko IBHa eta Britainia Handia eta Costa Ricaren artekoa; Vid., MIGLIORINO, L. Gli accordi internazionali sugli investimenti. Milano: Giuffrè, 1989; 203-205 orr.

reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

Bi datu nabarmendu behar dira aurreko xedapenean: batetik, babes diplomatikoaren errenuntzia Estatuak (eskubidearen titularrak berak) egiten du; bestetik, hau ez da errenuntzia absolutua. Izan ere, gatazkan parte den Estatuak ICSIDen laudo bat ontzat hartzen ez badu edo hau betearazteari uzten badio, inbertsiogilearen nazionalitateko Estatuak babes diplomatikoa egikaritu ahalko du. Errenuntzia bainoago, xedapen honetan babes diplomatikoaren esekitzea edo etetea da aurreikusten dena.

Une honetan sortzen den galdera garrantzitsu bat zera da: inbertsioen arbitrajeak barne auzitegien funtzio propioa betetzen du edo babes diplomatikoa ordezkatzera datorren tresna da?

IBHetan arbitrajearena Estatuaren barne auzitegiekin batera, edo maila berean, aurkezten den aukeretako bat da. Hau datu esanguratsua da inbertsioen arbitrajearen benetako funtzioa zein den aztertzerakoan. Inbertsioen arbitrajearen izaera ez-internazionala nahiko argi ikusten da Nazioarteko Merkataritza-Ganberaren nazioarteko arbitraje Gortean, *American Arbitration Association* (AAA) erakundearen baitan edo UNCITRALgo arbitraje erregelen arabera garatzen diren arbitraje prozedurei buruz mintzo garenean.

Aldiz, zalantzak handiagoak izan daitezke ICSID arbitrajari dagokionez. Hala ere, egokiagoa dirudi ICSID arbitrajea nazioarteko instantzia bezala, zentzu hertsian, ez kontsideratzea. Izan ere, azken hau IBHetan barne auzitegien eta beste arbitraje moten alternatiba moduan planteatzen da eta, gainera, gatazkako alderdien adostasuna da, hau da, autonomia pribatua, sistema osoaren giltzarria²⁸.

Washingtongo Itunak, bere 27. art.an, babes diplomatikoaren errenuntzia aurreikusteak iradoki lezake arbitrajea babes diplomatikoa ordezkatzera datorrela. Azaldu dugu, ordea, errenuntzia hau ez dela erabatekoa. Hain zuzen, laudo arbitrala ez betearaztea uler daiteke babes diplomatikoa aktibatzen duen justiziaren ukapena bezala. Honek

berriz iradokitzen du ICSIDen benazko funtzioa ez dela nazioarteko instantzia batena, barne auzitegi batena baizik. Zentzu honetan, ez litzateke guztiz okerra ulertzea ICSID dela, barne auzitegiak ordezkatzeko dituen heinean, agortu behar den instantzia, gatazka maila internazionalera igorazi eta babes diplomatikoaren atea zabaltzea ahalbidetzen duena.

Hau guztia dela eta, esan daiteke Washingtongo Hitzarmenaren baitan babes diplomatikoa ez dela erabat desagertu. Alderantziz, oraindik leku garrantzitsua betetzen du Hitzarmenaren sisteman, babes diplomatikoak hain berea duen *ultima ratio* logikaren barruan²⁹.

3.3.2. Babes diplomatikoaren berezko muga gainditzea

Inbertsioen arbitrajeak babes diplomatikoa ordezkatzeko ez badu ere, egia da gatazka internazionalak sortzeko aukerak murrizten dituela. Hau bereziki argi ikusten da ICSID arbitrajari erreparatzen badiogu. Bere izaera analizionala, arau nazional eta internazionalen aldebereko aplikazioa eta bere oinarri konbentzionala, sektoreak dituen exijentzia guztiei erantzun osoa ematen saiatzen dira, agerian jarritz bere funtzio intersistemikoa.

Estatu eta inbertsiogile pribatuen arteko arbitrajearen helburu praktikoa eskema tradizionalaren zenbait muga gainditzeko laguntzen du, bereziki babes diplomatikoari dagozkionak. Nazioarteko Zuzenbidearen Komisioak (NZK), *babes diplomatikoari buruzko artikuluen proiektuari* eginiko iruzkinetan aipatu legez, IBHeK eta Washingtongo Hitzarmenak aurreikusten dituzten arbitrajeen bitartez, babes diplomatikoaren izaera diskrezionalaren ondorioz gertatzen den gatazken politizazioa ekiditeaz gain, babes diplomatikoaren egikaritzarako baldintzak salbuetsita geratzen dira³⁰.

Lehenik, arbitrajera joz, plano nazional eta internazionalaren arteko bereizketarekin amaitu nahi da. Horretarako, inbertsioen arbitrajea, alderdiek bestelako aukerarik egiten ez badute, auzitegi arbitralek barne arauak eta nazioarteko Zuzenbideari dagozkionak aplikatuko dituzte aldi berean. Gainera, auzitegi arbitralek nazioarteko Zuzenbideari dagozkien arauen balizko urraketak azter ditzaten, arau orokor bezala, ez da galdetzen barne helegiteen aurreiazko agortzea³¹.

28. Vid. Plama v. Bulgaria (jurisdikzioari buruzko erabakia), par. 198, egindako oharpena.

29. CONDORELLI, L. "La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application". In: riv. dir. int., LXXXVI. liburukia, 2003 ; 17 or. id., "L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique". In: La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales (J.F. Flauss dir.). Brusela: Bruylant, 2003 ; 15-18 orr.

30. NMKaren babes diplomatikoari buruzko artikuluen proiektuaren 17. art.ri eginiko iruzkinak, 1-2 paragrafoak, doc. A/61/10, (58º periodo de sesiones, 2006).

31. DOUGLAS, Z. "The Hybrid Foundations...", loc. cit.; 178-179 orr. SINAGRA, A. L'arbitrato commerciale internazionale nel sistema del Cirdi ed i suoi recenti sviluppi. Padova: Cedam, 1984; 18 orr. Vid. baita ere Washingtongo Itunaren 26. art.a eta Zuzendari Exekutiboaren Txostenaren 32. paragrafoa.

IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, Iñigo. Estatu eta inbertsiogile pribatuen arteko arbitrajea. *Eleria*. 18, 2009, 23-40

Bigarrenik, aipatu dugu babes diplomatikoa Estatuak diskrezionalitatez egikaritzen duen eskubidea dela. Beraz, nazioarteko Zuzenbidearen urraketa ematen denean atzerriko inbertsiogile baten interesak kaltetuz, Estatuari dagokio erabakitzea eskubide hau egikaritzen duen edo ez. Nazioarteko Zuzenbideak ez die Estatuari inongo obligaziorik ezartzen eskubide hau egikaritzeko. Kasuan kasu, Estatu bakoitzaren barne Zuzenbideari erreparatu beharko zaio inbertsiogileek babes diplomatikoa galdatzeko eskubiderik duten edo ez jakiteko³². Arbitrajearen bidea zabalduz, inbertsiogileak bere kabuz erabakitzen du prozesua martxan jarri edo ez bere interes pribatuak kaltetuak suertatu badira nazioarteko Zuzenbidearen urraketa bat medio. Inbertsiogileak berak hartzen du, beraz, prozesuaren gidaritza.

Hirugarrenik, inbertsioen arbitrajearen bidez, babes diplomatikoaren beste muga bat ere gainditzen da; hain zuzen, nazionalitate loturaren aplikazio hertsia eragiten duena. Izan ere, babes diplomatikoaren egikaritzak inbertsiogilearen eta eskubidearen titularraren den Estatuaren arteko nazionalitate lotura galdatzen du. Exijentzia honen aurrean, zenbait IBHek eta Washingtingo Itunak aukera ematen diete zenbait inbertsiogileri arbitrajera jotzeko, hauek, inbertsioa burutzen den Estatuaren nazionalitatea izanik, atzerriko kontrolera meneraturik badaude³³. Atzerriko kontrolaren elementuak berebiziko garrantzia du inbertsio-operazio askotan, eta zabaldu egiten du arbitrajera jo dezaketen pertsona juridikoen legitimazio aktiboa. Gisa honetako xedapenekin nazioarteko inbertsio operazioetan ohikoak diren zenbait egoerari erantzuna eman nahi zaio: adibidez, inbertsioa jasotzen duen Estatuak inbertsioa bertako baltzu baten bitartez burutzea

galdatzen duenean, bere aktibitatea hobeto ikuskatu asmoz³⁴, edo inbertsiogileek beraiek erabakitzen dutenean filial bat sortzea inbertsioa modu egokiagoan kudeatzeko helburuarekin³⁵. Kasu hauetan, aipaturiko xedapenei esker, baltzu hauek inbertsioen arbitrajera jotzeko aukera eduki lezakete atzerriko kontrola dela-eta, nahiz eta beraien nazionalitatea inbertsioa kokatzen den Estatuarena izan.

Laugarrenik eta azkenik, IBHek babes diplomatikoak erakutsi duen beste gutxitasun bat gainditzen lagundu dute: akziodunen babesari dagokiona, Nazioarteko Justizia Gortearen (NJG) *Barcelona Traction* eta *Electronica Sicula* kasuetan agerian jarri dena³⁶. Nazioarteko Zuzenbideak ezartzen duen arau orokorrari jarraiki, baltzu bateko akziodunen nazionalitateko Estatuak ez du akziodun horiekiko babes diplomatikoa egikaritzeko eskubiderik izango, kalteak baltzuari eragiten zaizkionean³⁷. IBHen arabera, ordea, akzioak inbertsio kontzeptuaren baitan sartzen dira. Ondorioz, akziodunek arbitrajera jo dezakete beraien akzioen (inbertsioen) inguruan gatazkak sortzen direnean³⁸. IBHak, ordea, haratago doa. Inbertsio kontzeptuaren barne kontsideratzen dituzte inbertsio nagusiaren gaineko kontrola ematen ez duten akzioak ere. Modu honetara, akziodun minoritarioek ere aukera izango dute Hitzarmenak aurreikusirik Estatu eta inbertsiogileen arteko arbitrajearen tresna erabiltzeko³⁹. IBHen inbertsio kontzeptuaren interpretazio hau ICSIDeko auzitegi arbitral bat baino gehiagok onartu dute eta, gaur egun, zalantzarik sortzen ez duen gaia dela esan daiteke⁴⁰.

Amaitzeko, ICSID arbitrajea –eta inbertsioen arbitrajea orokorrean– ez dugu ulertu behar babes

32. NMKaren babes diplomatikoari buruzko artikuluen proiektuaren 2. artikulua, par. 2, doc. A/61/10, (58º período de sesiones, 2006). Zentzu berean adierazi zen NJG Barcelona Traction kasuan. Honi buruz vid. J.R. Dugard Kontalari Bereziaren lehen informea, doc. A/CN.4/506; 75–92.
33. Washingtingo Itunaren 25.2 b) artikulua. Zenbait IBH espainiarrek ere aurreikusten dute atzerriko kontrolaren zirkunstantzia hau, eta erantzuna ematen saiatzen dira. Gaiari buruz, vid. SACERDOTI, G. “Foreign and foreign-owned corporations in international economic law”. In: *Foreign Investment in the Present and a New International Economic Order* (D.C. Dicke ed.). Suitza: University Press Fribourg Switzerland, 1987; 289–309 orr.
34. SCHREUER, C.H. *The ICSID Convention...*, op. cit., 290–291 orr.; BLIESENER, D.H. “La compétence du CIRDI...”, loc. cit.; 115–123 orr.; DELAUME, G. “How to Draft...”, loc. cit.; 175 orr.; MANCIAUX, S. *Investissements étrangers et arbitrage...*, op. cit., 155–181 orr.; MAURO, M.R. “Nuove questioni in tema di arbitrato tra stato e investitore straniero nella recente giurisprudenza dei tribunali dell’ICSID”. In: *riv. dir. int. pr. proc.*, 1 zbk., 2006; 80 or. eta hurr.
35. BLIESENER, D.H. “La compétence du CIRDI...”, loc. cit.; 115 orr.; LAVIEC, J.P. *Protection et promotion des investissements. Etude de droit international économique*. Ginebra: Presses Universitaires de France, 1985, 282 orr.; LALIVE, P. “The first ‘World Bank’ arbitration (Holiday Inns v. Morocco)–some legal problems”. In: *BYIL*, 1980; 129–130 orr.
36. Vid. STERN, B. “La protection diplomatique des investissements internationaux. De Barcelona Traction à Electronica Sicula ou les glissements progressifs de l’analyse”. In: *Journ. dr. int.*, II. liburukia, 4 zbk., 1990; 897–948 orr.; SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 2ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2004; 228–233 orr.
37. NMKaren babes diplomatikoari buruzko artikuluen proiektuaren 11. artikulua, doc. A/61/10, (58º período de sesiones, 2006).
38. Inbertsioei dagozkien liskarretan akziodunek erreklamazioak tarteratzekeo duten eskubideari buruz, vid. LAIRD, I. “A Community of Destiny – The Barcelona Traction case and the Development of Shareholder Rights to Bring Investment Claims”. In: *International Investment Law and Arbitration; Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler ed.). Britainia Handia: Cameron May, 2005; 77–96 orr. ALEXANDROV, S.A. “The ‘Baby Boom’ of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as ‘Investors’ and Jurisdiction Ratione Temporis”. In: *Law and Practice of International Courts & Tribunals*, 4 liburukia, 2005; 27–49 orr.; MAURO, M.R. “Nuove questioni...”, loc. cit.; 83–85 orr.
39. ALEXANDROV, S.A. “The ‘Baby Boom’ of Treaty-Based Arbitrations...”, loc. cit.; 30 or. eta hurr.
40. Lanco V. Argentina (jursidikzioari buruzko erabakia) par. 10; CMS c. Argentina (jursidikzioari buruzko erabakia), par. 51. Zentzu berean, Azurix v. Argentina (jursidikzioari buruzko erabakia) kasuko auzitegiaren erabakia, par. 73, Sempra v. Argentina (jursidikzioari buruzko erabakia) kasuko auzitegiarena, par. 93. RUBINS, N. “The Notion of ‘Investment’ in International Investment Arbitration”. *Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects* (N. Horn ed.). Haga: Kluwer Law International, 2004; 316–320 orr.

diplomatikoaren ordezkotza gisa. Aitzitik, babes diplomatikoa funtsezko elementua da Washingtingo Itunaren baitan Estatuak nazioarteko Zuzenbidearen arabera atzerritarrei eman beharreko tratua bermatzeko tresna bezala⁴¹. Eskema klasikoak bizirik dirau, nahiz eta kanpo inbertsioen Zuzenbidean, gaur egun, babes diplomatikoak betetzen duen funtzioa hondar-funtzioa izan; hondar-funtzioa izan arren funtsezkoa dena, instituzio honek jarraitzen duen *ultima ratio* logika dela-eta⁴².

4. Arbitrajea: inbertsioen sektorean gatazkak konpontzeko metodo orokortua

Gaur egun, inbertsioen arbitrajeari dagokion gertaera edo fenomenorik garrantzitsuena bere hedapena edo orokortzea da. Arrazoi ezberdinak aurki ditzakegu orokortze honen atzean. Bereziki aipagarria da inbertsioen arauketara zuzenduriko instrumentu juridiko (aldebiko, aldeaniztun eta erregional) kopuruaren ikaragarritzko hazkundea. Hitzarmen hauen ondorioz biderkatu egin dira arbitrajea menderatzen diren gatazka motak eta kopurua. Arbitrajea inbertsioen sektorean gatazkak konpontzeko metodo orokortua bihurtu da. Gaur egun, posible da inbertsioen arbitraje globalizatu bati buruz hitz egitea⁴³.

Arbitrajearen adostasuneko izaera, instituzioa berari ezinbestean atxikita doakion elementua da⁴⁴. Inbertsioen arbitrajeak -dela *ad hoc*, dela instituzionala- alderdien adostasuna galdetzen du. Estatu eta inbertsiogileen arteko gatazkak erabakitzen dituzten mekanismo arbitral guztiek alderdien adostasuna eskatzen dute. Adostasun hau normalki Estatu eta inbertsiogile atzerritarren artean sinaturiko kontratuetan jaso ohi zen, arbitraje-akordio gisa.

Hala ere, gaur egungo inbertsioen arbitrajearen ezaugarri nagusienetakoa bat zera da: adostasun hau eskuarki ez da kontratuetan jasotzen, barne jatorriko legeetan eta IBHetan baizik. Instrumentu juridiko hauetan jasotako adostasunak inbertsiogile atzerritarren esku uzte du, gatazka konkretua sortzen den unean, arbitrajea jotzeko aukeraren gaineko erabakia. Barne arauak edo nazioarteko Hitzarmenek jasotzen dutena Estatuaren aldekarreko adostasuna da; nolabait esateko, arbitrajearen eskaintza. Gaur egun, inbertsioen arbitrajea menderatzen diren gatazka gehienak barne arauetan eta, batez ere, nazioarteko Hitzarmenetan jasotzen diren adostasunean oinarritzen dira⁴⁵. Hau dela eta, inbertsioen arbitrajea *aldebakarreko arbitrajea* bezala izendatua izan da.

ICSID arbitrajearen markoan aitortu da Estatuaren adostasuna baliozkoa dela kontratuak ez diren beste instrumentu juridikoetan jasotzen denean, baita inbertsiogileen adostasuna ematen den momentua ez den beste une batean ematen denean ere. Washingtingo Itunaren Zuzendari Exekutiboaren Txostenean argi adierazten da ez dela beharrezkoa bi alderdien adostasuna instrumentu berean jasotzea⁴⁶. Jaso daiteke bi alderdiak lotzen dituen kontratu batean, barne araudian edota nazioarteko Hitzarmen batean⁴⁷.

Adostasuna emateko modu "berri" hau dela eta, ezberdindu egin dira *direct route* bidez -inbertsio kontratuetan- eta *indirect route* bidez -barne legedian eta nazioarteko Hitzarmen-emandako adostasuna⁴⁸. Bestalde, barne legedian eta nazioarteko Hitzarmenetan emandako adostasunak hartu duen protagonismoaren ondorioz, ICSID arbitrajea, *arbitration without privity* bezala izendatua izan da⁴⁹. Izan ere, Hitzarmenek jasotzen duten arbitraje eskaintzari esker, arbitrajea jotzeko ez da beharrezkoa Estatuaren eta atzerriko

41. CONDORELLI, L. "La protection diplomatique...", loc. cit.; 16-17 orr.

42. Ibid., p. 18.

43. CREMADES, B.M. "Arbitraje y desarrollo económico mundial". Comunicación para el Primer Congreso Mundial de Arbitraje Panamá (18 al 22 de Octubre de 1999). In: Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, 1999; 2-3 orr., eskuragarri: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-11.php>.

44. Zentzu honetan, Auzitegi Konstituzionalaren sententzia 75/1996, apirilaren 30ekoa.

45. CREMADES B.M. eta D.J. CAIRNS, "El arbitraje en la encrucijada...", loc. cit.; 2 or. ALEXANDROV, S.A. "The "Baby Boom" of Treaty-Based Arbitrations...", loc. cit.; 19 or. eta hurr.; MANCIAUX, S. Investissements étrangers et arbitrage..., op. cit., 191-193 orr. OBADIA, E. "L'évolution de l'activité du CIRDI". In: Rev. arb., 3 zbk., 2001; 633-635 orr.; SHIHATA I.F.I. eta A.R. PARRA: "The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes". In: ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 14 liburukia, 2 zbk., 1999; 304 or.

46. Itunaren Zuzendari Exekutiboaren Txostena, par. 24.

47. Adostasuna Estatuaren barne legedian jasotzeko aukera aintzatetsia izan da ICSID auzitegietan Southern Pacific Properties v. Egipto kasuan (jurisdikzioari buruzko erabakia), baita Tradex Hellas v. Albania-ren kasua ezagutu zuen auzitegian (jurisdikzioari buruzko erabakia). Nazioarteko Hitzarmenetakoa Estatuaren arbitraje eskaintza honen adostasun gisa kontsideratu da kasu askotan egungo praktika arbitralean; lehenengo aldiz, Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Sri Lanka kasuan. Zentzu honetan, Eudoro Armando Olguin v. Paraguay (jurisdikzioari buruzko erabakia), par. 26: "... la celebración por parte de la República del Paraguay del CBI [Convenio Bilateral de Inversiones] constituye el consentimiento escrito que exige el art. 25, inciso 1º del Convenio que creó el CIADI. Esta afirmación está fuertemente respaldada por la doctrina y muchos laudos dictados por tribunales de arbitraje del CIADI".

48. Cf. DELAUME, G. "How to Draft...", loc. cit.; 169-175 orr.

49. PAULSSON, J. "Arbitration Without Privity". In: ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 10 liburukia, 2 zbk., 1995; 232-257 orr.; BEN HAMIDA, W. "L'arbitrage Etat-investisseur étranger: regards sur les traités et projets récents". In: Journ. dr. int., 2 zbk., 2004, 420 or. Autore honek bere aldetik, "aldebakarreko arbitraje transnacionala" bezala izendatzen du.

inbertsiogilearen artean aurrez kontratuzko harreman bat izatea⁵⁰.

Inbertsioen arbitrajea, beraz, adostasun gurutatuaren baldintza urrundu egiten da arbitrajearen ikuskera kontraktualari dagokion perspektiba tipiko eta jatorrizkotik⁵¹. Inbertsiogilea da arbitrajea abian jartzea kontrolatzen duena, eta desoreka barneratzen da alderdien adostasun ematean.

Aldebakarreko adostasunaren fenomenoarekin batera badira beste zenbait faktore inbertsioen arbitrajearen orokortzean eta hedapenean eragin zuzena izan dutenak.

Besteak beste aipagarriak dira hurrengoak: batetik, IBHek *inbertsioaren* kontzeptu zabala jasotzen dute; horren ondorioz, kontzeptu hertsiki batetik at geratuko lirakeen eragiketa ekonomiko asko Hitzarmenek aurreikusiriko adostasunaz balia daitezke, inbertsioen arbitrajea eremu berrietara zabalduz. Bestetik, emaitza bera lortzen da Hitzarmenek aurreikusten dituzten babeserako arauak kontzeptu zehazgabeak erabiltzen dituztelako, esaterako, *tratu justu eta bidezkoa* edo *desjabetzearen efektu berdina duten neurriak* bezalako kontzeptuak; arau material hauen interpretazio hedagarriak inbertsioen arbitrajearen papera indartu dezake. Inbertsioen arbitrajearen erabilera hedatu egiten da, baita ere, *nazio faboratuenerari emandako tratuaren* estandarra modu hedagarrian interpretatzen bada, ulertuz Estatu eta inbertsiogileen arteko gatazken konponketari buruzko xedapenari ere aplikatzen zaiola. Zenbait Hitzarmenek aurreikusten dituzten *umbrella* klausulen inguruan egin daitezkeen interpretazio hertsiki edo hedagarriak ere eragina izan dezake inbertsioen arbitrajeak ezagutuko dituen gatazka kopuruan; zentzu honetan, ulertzen bada obligazio kontraktualen edozein ez betetzek, *umbrella* klausulak medio, automatikoki Hitzarmenaren urratzea dakarrela, inbertsioen arbitrajeak askoz kasu gehiagotan parte hartuko du, inbertsioen arbitrajeari buruzko xedapen konbentzionala jokoan sartuko delako. Faktore

hauek guztiek inbertsiogile pribatuen alde jokatzeko dute, ugaltu egiten baitira, inbertsiogilearen eskariz, auzitegi arbitraletan epaitu ditzaketen gatazka legalak⁵².

Inbertsioen arbitrajea meneraturiko auzi kopuruak jazotako hazkundearen ondoan, faktore hauek guztiek arbitrajea meneratzen diren auzi moten gainean izan duten eragina bereziki azpimarragarria da. Inbertsioen arbitrajea meneratzen diren gatazkek ez dira soilik izaera pribatuko interesei bakarrik eragiten dieten auzi kontraktualei buruzkoak. Nazioarteko arbitraje komertzialarekin alderatuz, inbertsioei buruzko gatazka gehienak arau konbentzionalen urraketan oinarritzen dira, non presente dauden interes publikoak ukaezinak diren⁵³. Hau dela eta, inbertsioen arbitrajeak eragin handiagoa dauka hirugarren pertsonengan⁵⁴.

Auzitegi arbitraletan ez dute soilik Estatu kontratatzailea epaitzen; aginte publiko gisa diharduen Estatuaren jokabidea ere epaitzen dute. Arbitroek egintza estatalen legaltasuna kontrolatzen dute beregain hartutako konpromiso internazionalen arabera⁵⁵ eta, kasuan kasu, botere publikoaren ekimenak zigortu ditzakete iritzi publikoaren kontrolatik urrun⁵⁶. Adibide gisa, posible da, gaur egun, inbertsioen arbitrajea epaitzea ea Estatu batek ingurumenaren babeserako hartu duen neurri arautzaile batek, edo Estatu baten krisi ekonomiko eta sozial larriari aurre egiteko Estatu horrek hartu duen neurri arautzaileak, IBH batek inbertsiogile atzerritarren alde aurreikusiriko babeseraren urratzen duen edo ez. Argi ikusten da, kasu hauetan, jokoan dagoena interes pribatuen arteko talka arrunta baino zerbait gehiago dela. Estatuaren botere arautzailea zuzenean eragin dezaketen auziak dira hauek, interes publikoen presentzia nabarmena dutenak.

Finean, esan daitezke inbertsioen arbitrajeak bere jatorrian dagoen nazioarteko arbitraje komertzialaren papera gaintzen duela. Hau dela-eta, zenbait autore nazioarteko arbitraje komertzial mota berri batetaz mintzo dira⁵⁷.

50. CREMADES B.M. eta D.J. CAIRNS, "El arbitraje en la encrucijada...", loc. cit.; 4 or. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. "Arbitraje internacional y sus dualidades". In: Anuario Argentino de Derecho Internacional, XV liburukia, 2006; 17 or.; MANCIAUX, S. Investissements étrangers et arbitrage..., op. cit., 199-202 orr.; ALEXANDROV, S.A. "The "Baby Boom" of Treaty-Based Arbitrations...", loc. cit.; 24 or.

51. MAURO, M.R. "Nuove questioni...", loc. cit.; 69 or.

52. VAN HARTEN G. eta M. LOUGHLIN. "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law". In: EJIL, 17 liburukia, 1 zbk., 2006; 130 or.

53. BLACKBURN, N. "Public Interest and Investment...", loc. cit.; 1 or.; OCDE (YANNACA-SMALL), "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures. Statement by the OCDE Investment Committee". Working papers on international investment, 2005/1 zbk., 2005; 2 or., eskuragarri dago hurrengo helbide elektronikoan: http://www.oecd.org/document/55/0,2340,en_2649_33783766_35076215_1_1_1_1,00.html; COSBEY, A. "NAFTA's Chapter 11 and the Environment". 2003, 9-10 orr., eskuragarri: <http://www.iisd.org>; DHOOGHE, L.J. "Foreign Investors versus Environmentalists: Whose Green Counts in the North American Free Trade Agreement?". In: ALSB Int'l Bus. L. J., 2001; 29 orr., eskuragarri: www.alsb.org/international/ijrnl/dhooge/metalclad.pdf.

54. FRANCK, S.D. "The Nature and Enforcement...", loc. cit.; 75 or.

55. Zirukuntziaz honek nazioarteko arbitraje komertzialek bereizten du; vid . BURDEAU, G. "Nouvelles perspectives...", loc. cit.; 21 or.; VAN HARTEN G. eta M. LOUGHLIN. "Investment Treaty Arbitration...", loc. cit.; 125-126 orr.; TEYNER, L.J. "L'amicus curiae dans l'arbitrage CIRDI". In: Gazette du Palais, Recueil novembre-décembre, 2005; 3978 orr..

56. Cf. BEN HAMIDA, W. "L'arbitrage...", loc. cit.; 431 or.

57. CREMADES B.M. eta D.J. CAIRNS, "El arbitraje en la encrucijada...", loc. cit.; 4 or.

IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, Iñigo. Estatu eta inbertsiogile pribatuen arteko arbitrajea. *Eleria*. 18, 2009, 23-40

5. Gaur egungo inbertsioen arbitrajearen ikuspegi kritikoa

5.1. Publikotasuna v. konfidentzialtasuna

Inbertsioen arbitrajeak kritika ugari jasotzen ditu gaur egun. Mekanismo desegokia dela kontsideratzen da arbitrajera meneratzen diren gatazka motak nolakoak diren ikusita, batez ere, erreklamazioak segurtasun edo osasun publikoari edo ingurumenari eragiten dieten neurri arautzailei buruzkoak direnean. Zentzu honetan, *New York Times* egunkarian argitaraturiko artikulua bat (NAFTAko 11. kapituluaren oinarriturik abiatutako prozedura arbitralen harira) gisa honetara hasten zen:

Their meetings are secret. Their members are generally unknown. The decisions they reach need not be fully disclosed. Yet the way a small group of international tribunals handles disputes between investors and foreign governments has led to national laws being revoked, justice systems questioned and environmental regulations challenged. And it is all in the name of protecting the rights of foreign investors under the North American Free Trade Agreement⁵⁸.

Paragrafo honek agerian jartzen du inbertsioen arbitrajeari buruz zenbait gobernu kanpoko erakundek (GKE) eta globalizazioaren kontrako taldeek, batez ere, mantentzen duten jarrera kritikoa⁵⁹. Bestalde, inbertsioen arbitrajea deskribatzeko erabili diren hitz eta kalifikatzaileak era guztietakoak izan dira, zenbait kasutan gehiegikeriara ere iritsiz. Honi buruz esan da, “munstroa” dela, “basapiztia” edo “pozoitutako fruitua”⁶⁰; “terrorismo arbitrala” espresioa ere erabili izan da Estatuaren kontra tarteraturiko demandei buruz hitz egiterakoan⁶¹.

Inbertsioen arbitrajearen jatorria nazioarteko arbitraje komertzialean dago. Horregatik mantentzen ditu oraindik honen ezaugarriak, hauen artean prozeduren konfidentzialtasuna eta pribatutasuna⁶². Hasiera batean, inbertsioen

arbitrajea izaera kontraktualeko gatazkak konpontzeko pentsatua izan zen, eta arbitrajerako adostasuna berariazko klausula kontraktualetan jaso ohi zen; arbitrajearen izaera konfidentziala eta pribatua, beraz, ongi zihoakien mota honetako gatazkei⁶³.

Denborarekin baina, bereziki IBHei esker, eskenatokia, aurrez ikusi dugun bezala, guztiz itxuraldatu da. Arbitrajera menara daitezkeen gatazka motak nolakoak diren agerian jarri da, besteak beste, NAFTAren markoan sortutako zenbait gatazketan -non ingurumen interesak jokoan egon diren- eta Argentinak -2001 eta 2002 urteen artean bizitako krisi ekonomiko eta sozial sakonari aurre egiteko harturiko neurrien harira- jaso dituen demanda ugarietan. Polizia botereari edo nazioarteko ordena publikoari estuki loturik doazen Estatuaren oinarritzko interesak asetzeari bilatzen duten izaera orokor eta ez diskriminatzaileko neurriak, beraz, auzitegi arbitraletan kontrolatu daitezke IBHei aurreikusten dituzten estandar eta arauen argitara. Eta argi dago, arbitrajeak Estatuaren botere arautzailea edo legegilea mugatzeko edo baldintzatzeko izan dezakeen gaitasun honek aginte arautzaile edo legegile horren pean aurkitzen diren subjektu guztiei eragiten diela⁶⁴.

Estatu eta inbertsiogileen arteko gatazketan presente dagoen elementu publikoaren ondorioz, nazioarteko arbitraje komertzialaren erudian oinarrituriko mekanismo arbitrala ez da jada egokia kontsideratzen. Hala ere, kritika hauei aurre egiteko modu egokiena ez da instituzio arbitralaren babes itsua egitea, baizik eta errealitatearen eskakizun berrietara egokitzeko ahalegina egitea⁶⁵.

Honegatik guztiagatik, ohiko nazioarteko arbitraje komertzialarekin alderatuz, inbertsioen arbitrajeak gardenagoa izan beharko luke. Prozeduren konfidentzialtasuna ezin eutsizkoa da⁶⁶. Estatuak eta beste erakunde publikoek interes publiko garrantzitsuak dituzten prozedura arbitraletan parte hartzen duten neurrian, konfidentzialtasun eta pribatutasun ezaugarriek amore ematen dute publikitate eta erantzukizun ezaugarrien aurrean⁶⁷.

58. DEPALMA, A. “Nafta's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far, Critics Say”. In: *New York Times*, 2001eko martxoaren 11.

59. WALLACE, D. “Case Study under NAFTA: Lessons for the Wise?”. In: *Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects* (N. Horn ed.). Haga: Kluwer Law International, 2004; 257 or. eta hurr.

60. LEMAIRE, A, apud. BEN HAMIDA, W. “L'arbitrage...”, loc. cit.; 421 or.

61. GOLDHABER, M.-D. apud. *Ibid.*; 421 or.

62. FRANCK, S.D. “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”. In: *Fordham Law Review*, 73. liburukia, 2005; 1544–1545 orr.; UNCTAD. *Investor-state disputes arising from investment treaties: a review*. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, Naciones Unidas, 2005; 22 or., eskuragarri: <http://www.unctad.org/>.

63. SHAPREN, A.J. “NAFTA Chapter 11...”, loc. cit.; 347–348 orr.

64. FRANCK, S.D. “The Nature and Enforcement...”, loc. cit.; 77 or.

65. Cf. BLACKABY, N. “Public Interest and Investment...”, loc. cit.; 2 or.

66. PRUJINER, A. “L'arbitrage unilatéral: un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel”. In: *Rev. arb.*, 1 zbk., 2005; 98 or.

67. MISTELIS, L. “Confidentiality and Third Party Participation: *UPS v Canada* and *Methanex Corp v USA*”. In: *International Investment Law and Arbitration; Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler ed.). Britainia Handia: Cameron May, 2005; 170 or.

Gardentasun handiagoak lagun diezaioke gizarte zibilak, GKE eta beste hirugarren interesatuen bitartez, auzitegi arbitralen gainean burutu dezakeen kontrolari. Ez hori bakarrik, gardentasunak gobernu ona bultzatzen du, demokrazian erabakitzen duten herritarren zaintzapean jarriz nazioarteko obligazioen kontra doan Estatuaren jarduera oro⁶⁸. Hala ere, kontutan hartu beharrekoa da, prozedura arbitralak publikoari zabaltzeak neurri batean gatazken politizazioa ekar dezakeela, eta honek zaildu egiten duela arbitroen egitekoa, baldintzaturiko gatazkei aurre egin beharrean aurkituko diren heinean⁶⁹.

Dagoeneko zenbait aurrerapen ikus daitezke gatazkak konpontzeko sistema garden eta koherenteago baten bidean⁷⁰. Batetik, Estatuaren praktika konbentzional berriak interesa agertu du inbertsioen arbitrajearen berezitasuna dela-eta gardentasunaren eskakizunetara egokitzeko. NAFTAren baitan konfidentzialtasuna ezartzen duten arauak leundu egin dira; EEBB eta Kanadako IBHen modelo berriek gardentasuna eta koherentzia hobetzeko helburua duten xedapenak barneratu dituzte. ICSIDen arbitrajeko arauen eta Mekanismo Osagarriaren arbitrajeko arauen 2006ko erreformak ere gardentasun handiagoa lortzea izan dute helburuetako bat.

Bestetik, auzitegi arbitralek inbertsioen arbitrajearen espezialitatea eta gatazka hauetan presente izan ohi den interes publikoaren garrantzia azpimarratu dute; hori dela eta, zenbait erabaki onartu dituzte Estatu eta inbertsiogileen arteko prozeduretan hirugarren pertsonen parte hartzea bultzatuz⁷¹.

Gatazkak konpontzeko sistema gardenago bat lortu asmoz zenbait urrats ematen ari dira. Laudoen eta interesa duten beste dokumentuen argitalpen gero eta ohikoagoak erraztu egiten dio iritzi publikoari prozedura arbitralen inguruko informazioa heltzea⁷². Zenbait baldintza betez gero prozedura arbitraletan alderdi ez diren hirugarren pertsonen parte hartzea onartzen da. Parte hartze hau bidera daiteke: batetik, *amicus curiae* gisa dokumentuak edo alegazioak

aurkezteko aukera zabalduz eta, bestetik, publikoari irekitako audientzien bitartez.

Aipatu berri ditugun joera eta praktika hauek gero eta leku gehiago dute sinatzen diren nazioarteko Hitzarmen berrietan eta auzitegi arbitralen jardueran. Hala ere, gardentasunarentzat mesedegarri diren neurri hauek badituzte beren desabantailak ere, prozesu arbitralen eraginkortasunean izan dezaketen eraginari erreparatzen bazaio. Nolanahi, gatazka hauetan presente dauden interes guztiak kontutan hartuz eta zentzuz aplikatzen badira, badirudi gehiago direla dakartzaten onurak desabantailak baino.

5.2. Erabaki kontrajarrien arazoa

Hainbeste dira gaur egun indarrean dauden IBHak eta hain dira zabalak darabiltzaten inbertsio eta inbertsiogileen kontzeptuak, ezen biderkatu egiten baita gatazkak eta prozedura arbitralak emateko arriskua, gerta daitekeelarik prozedura paraleloak sortzea ere. Egintza berdinak egon daitezke prozedura arbitral bat baino gehiagoren oinarrian, inbertsiogile ezberdinek abian jarritakoak, auzitegi arbitral ezberdinetan, emaitzak ere ezberdinak izan daitezkeelarik⁷³.

Egintza berdinak auzitegi arbitral ezberdinetan epaitzeak erabaki kontrajarrien arriskua dakar. Erabaki kontrajarriek, bestalde, emaitzen inkoherentzia eta segurtasun eza bultzatzen dute, gerta daitekeelarik sistemaren legitimitatea bera ere zalantzan jartzea⁷⁴.

Hau guztia, Hitzarmenek darabilten inbertsio kontzeptu zabalari zor zaio neurri handi batean. Izan ere, kontzeptu honen barruan sartzen dira, bai inbertsiogile atzerritarrek kontrolaturiko inbertsio lokalak, bai inbertsioaren gaineko kontrolik ematen ez duten akzio jabetzak. Hau dela-eta, Estatu baten egintza batzuen aurrean akziodun minoritarioak adina legitimatu egon daitezke prozedura arbitral bat abian jartzeko, eta akziodun minoritarioen nazionalitateak adina

68. BLACKABY, N. "Public Interest and Investment...", loc. cit.; 4 or.

69. BEN HAMIDA, W. "L'arbitrage...", loc. cit.; 431 or.

70. Ikuspegi orokor bat egiteko vid., OCDE (YANNACA-SMALL), "Transparency and third...", loc. cit., pp. 4-11. UNCTAD, Investor-State Disputes..., op. cit.; 22-24 orr.; PRUJINER, A. "L'arbitrage unilateral: un coucou...", loc. cit.; 83-85 orr.; KINNEAR, M. "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement". In: Symposium on Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda, Paris, 2005eko abenduaren 12a, eskuragarri: <http://www.oecd.org/dataoecd/6/25/36979626.pdf>.

71. Aipagarriak dira *amicus curiae* bezala parte hartzeko eskaerei buruzko erabakiak hurrengo kasuetan: Methanex v. EEBB, United Parcel Service (UPS) v. Kanada, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. eta Vivendi Universal, S.A. v. Argentina eta Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. eta InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina. Vid. BEN HAMIDA, W. "L'arbitrage...", loc. cit.; 431 or.

72. Vid. MISTELIS, L. "Confidentiality and Third...", loc. cit.; 179-182 orr.

73. UNCTAD, Investor-State Disputes..., op. cit.; 17 or.

74. Honi buruz vid. FRANCK, S.D. "The Legitimacy Crisis...", loc. cit.; 1521-1625 orr.; en la p. 1568; id. "The Nature and Enforcement...", loc. cit.; 47-99 orr., eta bereziki 63-64 orr.; KAUFMANN-KOHLER, G. "Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences?". In: Annulment of ICSID Awards (E. Gaillard y Y. Banifatemi eds.). New York: Juris Publishing, 2004; 219 or.

Hitzarmenetan bila daiteke egintza hauen aurrean babesa⁷⁵.

Lauder eta *CME* kasuetan aurkitzen dugu emaitza ezberdinak dituzten prozesu paraleloen adibide garbia⁷⁶. Kasu hauetan gobernu txekiarrik ikus-entzunezkoen sektorean egindako inbertsio baten gainean burutu zuen interferentziaren ondorioz bi prozedura ezberdin martxan jarri ziren, bi inbertsiogile ezberdinen eskutik, bi Hitzarmen ezberdinen babesean eta emaitza ezberdinak izan zituztenak. Prozeduretako batean inbertsiogileetako batek kasua irabazten zuen bitartean, US\$300 milioiko kalte-ordaina eskuratuz, beste inbertsiogileak galdu egin zuen, inongo kalte-ordainik eskuratzera heldu gabe. Gainera, *Lauder* kasua *CME* kasuaren aurretik erabaki bazen ere, azken auzitegi honek baztertu egin zuen kasuan *res judicata* printzipioa aplikatzea⁷⁷. Gisa honetako erabaki kontrajarriek segurtasun eza sortzen dute, eta kaltetu egiten dituzte Estatu eta inbertsiogileen espektatiba legitimoak⁷⁸. Gainera, jokoan dauden interes bakarrak izaera pribatukoak diren egoerekin alderatuz, kopuruak hain handiak direnean eta interes publiko orokorrak hain garrantzitsuak, segurtasun eza are onartezin eta jasangaitzagoa begitantzen da.

Hala ere, prozedura paraleloek sor ditzaketen erabaki kontrajarrien arriskuak ongien islatzen dituen adibidea Argentinako krisi ekonomiko eta sozialaren ondorioz sorturiko gatazkei dagokiena da. Kasu honetan, larrialdi publikoko egoera bati aurre egiteko helburuarekin Argentinak onartutako neurri arautzaileetan oinarrituz 40 prozedura arbitral baino gehiago jarri ziren martxan. Inbertsiogile atzeritarrek jarri zituzten abian, euren erreklamazioak Argentinak sinaturiko IBH ezberdinen urraketan oinarrituz. Hau horrela izanik, auzitegi arbitral hauek guztiek Argentinak harturiko neurri berak baloratu behar dituzte oso antzekoak diren nazioarteko Hitzarmenen argitara.

Lehenengoetakoa izan zen kasu batean, *CMS v. Argentina* kasuan, gobernu argentinarrak bere ardura azaldu zuen ICSIDen eskumena

baieztatzeak ekar zitzakeen ondorioen inguruan. Kezka hauen artean, nazionalitate ezberdineko inbertsiogileek Hitzarmen ezberdinen markoan tartera zitzaketen nazioarteko helegiteen balizko ugaltzeari egiten zitzaion erreferentzia⁷⁹. Balizko ondorio honen inguruan, auzitegiak dio Zentroak posible diren ahalegin guztiak egin dituela auzitegi eta jurisdikzioen ugaritasuna ekiditeko, baina ez dela posible inbertsiogileek Hitzarmen ezberdinen argitara izan ditzaketen eskubide ezberdinen egikaritza galaraztea⁸⁰. Egia da egungo atzerriko inbertsioen Zuzenbidearen eta erabiltzen diren arbitraje sistemen arabera, berariazko irtenbide bat ematen duen xedapen konbentzional baten faltan, zaila dela irudikatzea egoera hauek ekidin ditzakeen irtenbide orokor bat, are gehiago alderdi guztien arteko akordio espresu bat ez dagoen kasuetan⁸¹.

Egun, praktika arbitralak argi eta garbi ezberdintzen ditu gatazka kontraktualak eta oinarri konbentzionala dutenak. Ezberdintze honek handitu egiten du erabaki kontrajarriak izateko arriskua eta eginahalen eta prozeduren bikoiztea. Egintza berberak izan daitezke, aldi berean, kontratuan aukeraturiko forora maneraturiko gatazken oinarrian daudenak eta, nazioarteko Hitzarmenen urraketaren ondorioz, Hitzarmenek eskaintzen dituzten foroetako batera meneratzen diren gatazken oinarrian daudenak.

Ikusi berri dugu faktore anitz direla erabaki kontrajarrien arriskuari bide ematen diotenak. Bestalde, erabaki kontrajarriak kaltegarriak gerta daitezke sistemaren koherentzia eta legitimitatearentzat. Hau guztia dela-eta, ahal den neurrian ekidin beharreko egoerak dira. Zenbait neurri hartu izan dira, bai praktika konbentzional berrian, bai auzitegi arbitralen erabakietan, erabaki kontrajarriak ekidin asmoz.

Emandako irtenbideetako bat zera izan da: prozedura ezberdinentzat auzitegi arbitral beraren izendapena⁸². Horrela egin zen, adibidez, ICSIDen Idazkaritzak aholkaturik, *Salini v. Maroko* eta *Consortium R.F.C.C. v. Maroko* kasuetan, non erreklamazioen oinarrian zegoen Hitzarmena bera zen –Maroko eta Italiaren artean sinaturiko

75. OCDE, "Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: an Overview". Working papers on international investment, 2006/1 zbk., 2006; 18–19 orr., eskuragarri: www.oecd.org/dataoecd/3/59/36052284.pdf. Vid. baita ere, SUAREZ ANZORENA, I. "Acumulación de arbitrajes bajo tratados bilaterales de inversión". In: Lima Arbitration, 1 zbk., 2006; 114 or.

76. UNCITRALen Arbitraje Arauen arabera garaturiko arbitrajeak dira biak biak: batetik, *Lauder v. Txekiar Errepublika* eta, bestetik, jurisdikzioari buruzko erabakia eta laudoa *CME Czech Republic B.V. v. Txekiar Errepublika* kasuan. Bi kasu hauei buruz, vid. FRANCK, S.D. "The Legitimacy Crisis...", loc. cit.; 1559–1568 orr.; CRIVELLARO, A. "Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes". In: Law and Practice of International Courts and Tribunals, 4 liburukia, 3 zbk., 2005; 411–413 orr.; BJORKLUND, A.K. "The Continuing Appeal of Annulment?: Lessons from Amco Asia and CME". In: International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law (T. Weiler ed.). Britainia Handia: Cameron May, 2005; 486–499 orr.; FERNÁNDEZ MASIÁ, E. "Presente y futuro de la acumulación de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras". In: REEI, 11 liburukia, 2006; 2–4 orr., eskuragarri: www.reei.org.

77. *CME Czech Republic, B.V. v. Txekiar Errepublika* (laudoa), 426–437 paragrafoak; bereziki 435 par.

78. FRANCK, S.D. "The Legitimacy Crisis...", loc. cit.; 1558 or. SUAREZ ANZORENA, I. "Acumulación de arbitrajes...", loc. cit.; 120 or.

79. *CMS v. Argentina* (jurisdikzioari buruzko erabakia); par. 83.

80. *Ibid.*; par. 86.

81. UNCTAD, *Investor-State Disputes...*, op. cit., 18 orr.

82. CRIVELLARO, A. "Consolidation of Arbitral...", loc. cit.; 386 or.; vid., baita ere, OCDE, "Improving the System...", loc. cit.; 23 or.

aldebiko IBHa- eta non auzi legalak eta egitateak berdintsuak ziren. Argentinako krisiaren testuinguruan ere behin baino gehiagotan eratu da auzitegi bera prozedura ezberdinentzat, *Sempra v. Argentina* eta *Camuzzi v. Argentina* kasuetan esaterako.

Planteatu eta zenbaitetan aurrera eraman den beste irtenbide bat prozeduren pilatzearena izan da⁸³. Ez Washingtongo Itunak, ez Mekanismo Osagarriaren arauak, ezta UNCITRALen arauak ere, ez dute prozeduren pilatzea onartzen duen xedapenik jasotzen. Hala ere, izan dira ICSIDen kasuak non alderdiak ados agertu diren Estatu baten kontrako erreklamazioak pilatzeko. Gaur egun, badirudi joera, Hitzarmenetan, prozeduren pilatzea aurreikustearen aldekoa dela.

Zentzu honetan, NAFTAren 1126. art. kontutan hartzekoa da. Bertan esaten denez, Auzitegiak, arbitrajera meneraturiko erreklamazioek egitatezko edo legezko kuestio komunetaz dihardutenean, eta gatazkan parte diren alderdiei entzun eta gero, agindu dezake prozeduren pilatzea, beti ere, erabaki justu eta eraginkor baten interesean. Gerora, antzeko xedapenak barneratu dira beste zenbait nazioarteko Hitzarmenetan, hala nola, NAFTAko hiru Estatu kideek sinatu dituzten Merkataritza Libreko Hitzarmenetan, edo EEBBetako eta Kanadako Inbertsioen Babeserako aldebiko Hitzarmen modelo berrietan. Azkenik, aipagarriak dira, NAFTAren argitan, auzitegi arbitralek, *Corn Products International, Inc. v. México* eta *Archar Daniel Midlands Company, Tate & Lyle Ingredients Americans, Inc. v. México*, kasuan batetik, eta *Canfor Corp. c. EE UU, Terminal Forest Products Ltd. c. EE UU* eta *Tembec Inc. y otros c. EE UU*, kasuan bestetik, prozeduren pilatzearen inguruan emandako erabakiak.

Oraindik hipotesi gisa bakarrik bada ere, planteatu izan da, sistemaren koherentzia hobetu asmoz eta erabaki kontrajarrien ondorio kaltegarriak gutxitzeko irtenbide gisa, inbertsioen arbitrajearen eremuan apelazio instantzia bat ezartzea⁸⁴. Iritzi kontrajarriak daude ekimen honen inguruan, baina lehen urratsak ematen hasi dira zentzu honetan zenbait eremutan. Argudio sendoak daude apelazio instantzia bat ezartzearen alde zein kontra⁸⁵. Ez da erraza

etorkizunean gerta daitekeena asmatzen. Baina interesgarria da gogoan hartzea ekimen honen existentzia inbertsioen arbitrajearen inguruko egungo eztabaidak hobeto ulertzeko.

5.3. Konstituzionaltasun arazoak?

Orain arte ikusiriko kritikez gainera, ezinbestean aztertu beharrekoa da inbertsioen arbitrajeak barne Zuzenbidearen ikuspegitik sor ditzakeen arazoak. Ordenamendu juridiko espainiarrean ez da oraindik inbertsioen arbitrajearen konstituzionaltasunaren gaineko eztabaida seriorik sortu. Bai ordea, zenbait herrialde latinamerikarretan; hala nola, Argentinan, Bolivian, Kolonbian eta Costa Rican. Adibide interesgarriak dira hauek guztiak; etorkizun batean beste herrialdeetara heda daitezkeen eztabaida baten lehen esperientziak.

Lehen begiratu batean, badirudi inbertsioen arbitrajearen konstituzionaltasunak ez duela inolako arazorik sortzen ordenamendu juridiko espainiarraren baitan. Nola ulertu bestela Espainiak Washingtongo Ituna sinatu izana? Nola Inbertsioen Babeserako aldebiko 60 hitzarmen baino gehiago adostu izana? Hala ere, dirudienaren kontra, sakon aztertu beharreko gaia da, izan ere, lehen begiratuan dirudien baino konplexuagoa baita.

Argi geratu da inbertsioen arbitrajearen epaitzen diren auziak interes publiko agerikoa duten gatazkei buruzkoak izan daitezkeela. Arbitroek Estatuak euren botere publikoaren egikaritzan harturiko neurriak baloratu eta epaitu ditzakete. Adibidez, Estatu batek inbertsiogile atzerritar bat desjabetzen duenean. Hemen sortzen den galdera nagusia hurrengo da: barne ordenamendu juridiko espainiarraren arabera arbitrajera eraman al daitezke Zuzenbide publikoko liskarrak?

Zuzenbide administratiboko adituen artean Zuzenbide publikoko arbitrajearen konstituzionaltasuna oso eztabaidatua da. Gatazka administratiboaren arbitragarritasunari eragiten dieten Konstituzio espainiarreko (KE)

83. Prozeduren pilatzeari buruz, ikus CRIVELLARO, A. "Consolidation of Arbitral...", loc. cit.; 371-420 orr.; FERNÁNDEZ MASÍA, E. "Presente y futuro de la acumulación...", loc. cit.; GONZÁLEZ GARCÍA, L.A. "Is Consolidation of Claims a Step to Improvement? The HFCS case". In: Symposium on Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda, Paris, 2005eko abenduaren 12a, eskuragarri dago hurrengo helbide elektronikoan: <http://www.oecd.org/dataoecd/5/55/36055400.pdf>; OCDE, "Improving the System...", loc. cit.; 17-25 orr.; SUAREZ ANZORENA, I. "Acumulación de arbitrajes...", loc. cit.; 113-120 orr.; FRANCK, S.D. "The Nature and Enforcement...", loc. cit.; 95 or. eta hurr.; CRÉPET, C. "La concurrence des procédures de règlement des différends". In: Gazette du Palais: Les cahiers de l'arbitrage, 2003/2 zbk., bigarren zatia; 15-17 orr.

84. Vid. BEN HAMIDA, W. "L'arbitrage...", loc. cit.; 434-435 orr. OCDE, "Improving the System...", loc. cit.; 8-14 orr.; UNCTAD, Investor-State Disputes..., op. cit., 57 or.; GANTZ, D.A. "An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor - State Disputes: Prospects and Challenges". In: Bepress Legal Series, paper 703, 2005, eskuragarri; <http://law.bepress.com/expresso/eps/703>. Vid. baita ere, FRANCK, S.D. "The Legitimacy Crisis...", loc. cit.; 1606-1610 eta 1617-1625 orr.

85. Vid. SOUTH CENTRE, "Developments on Discussion for the Improvements of the Framework for ICSID Arbitration and the Participation of Developing Countries". Analytical Note, SC/TADP/AN/INV/1; 15 orr. eta hurr., eskuragarri: <http://southcentre.org>,

artikuluak 24.1, 103.1, 106.1 eta 117.3 dira. Arazo gehien sortzen dituen artikulua KE 106.1 art. da. Honen arabera,

Auzitegiek kontrolatzen dute, alde batetik, erregelamendu-ahala eta administrazio-jardueraren legezkotasuna, eta, bestetik, justifikatzen duten helburuen mende egotea jarduera hori.

Beraz, Administrazio publikoaren jarduera organo judizialek kontrolatzen dute. 106 art.ak Zuzenbide publikoko arbitrajeari lekurik uzten dion edo ez eztabaidagarria da⁸⁶. Hala ere, doktrinaren zati handi batek ulertzen du zenbait kasutan posible dela, jurisdikzioaren ordezko gisa, arbitrajeak Zuzenbide administratiboan bere lekua izatea. Hau horrela, hemen sortzen den arazoa beste bat da; zehaztea, bere kasuan, zein diren arbitrajera eraman daitezkeen Zuzenbide publikoko materiak.

Zuzenbide administratiboko gatazkak delikatuak dira. Gatazka hauek interes, ondasun eta diru publikoei eragin ohi dien heinean ez datoz bat arbitrajearen izaera pribatuarekin⁸⁷. Hala ere, praktika arbitralak erakusten du gero eta gehiago direla arbitrajera menara daitezkeen materiak⁸⁸ eta, gaur egun, Zuzenbide administratibo eta Zuzenbide pribatuaren arteko bereizketak ez du balio arbitragarriak diren materiak identifikatzeko⁸⁹.

Doktrinaren gehiengoak uste du, arbitrajera menara daitezkeen gatazka administratiboak materia xedagarriei buruzkoak izan behar dutela; hau da, soilik menara daitezke Administrazioak xeda ditzakeen materiak⁹⁰. Bestalde, inongo

kasutan ezingo dira arbitrajera meneratu jarduera administratiboaren legaltasunari buruzkoak diren gatazkak.

Zein dira, ordea, inbertsioen arbitrajeak ezagutzen dituen materiak? Adibide gisa, IBHen markoan, inbertsio atzerritarren desjabetze kasuak hartuz gero, ikusten da arbitroek, eman beharreko konpentsazioaren kuestioaz gain, desjabetze egintzaren legaltasunaz ere erabakitzen dutela. Estatuaren egintza subiranoak epaitu daitezkeen edo ez, ICSIDen praktikan arazorik sortu ez duen gaia izan da⁹¹. Horrela, desjabetzeen legaltasuna ICSIDeko auzitegiek aztertu izan dute normaltasun osoz⁹².

Hau horrela izanik, ez da harrizkekoa, une honetan, arbitrajearen konstituzionaltasunaren gaineko zalantzak sortzea. Izan ere, arbitrajera meneratzen baitira KE 106.1 art.ak auzitegi estatalen ezagutzara erreserbatzen dituen materiak.

Esandakoarekin, ez da erraza inbertsioen arbitrajearen konstituzionaltasunari buruz dudarik gabeko erantzuna ematea. Izan ere, ezer baino lehen errealista izan behar da. Horrela, kontutan hartu behar da, inbertsioen arbitrajeak eraginkortasun osoa duela printzipioz ezaltzagarriak izan daitezkeen materia hauetan; Estatuak sinatu dituen nazioarteko Hitzarmen ugariak argi islatzen dute Estatuak onartu egiten duela materia hauen arbitragarritasuna; eta, azkenik, ez da ahantzi behar inbertsioen arbitrajea eta Zuzenbide publikoko barne gatazka arruntetan ematen den arbitrajea justifikatzen dituzten arrazoiak erabat ezberdinak direla⁹³.

86. Vid. BUSTILLO BOLADO, R.O. Convenios y contratos administrativos: Transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento. 2ª ed., Iruña: Aranzadi, 2004; 360 or. Zuzenbide publikoko arbitrajearen bideragarritasunaren kontra, CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M. "Las alternativas a la Jurisdicción y la Reserva Judicial del control de la legalidad". In: Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho público. VI Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, (C. Carretero Espinosa de los Monteros coord.), Sevilla: Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003; 20–21 orr. Kontrako zentzuan, CANAL MUÑOZ, J. eta P. IBÁÑEZ BUÍL. "El arbitraje en el Derecho administrativo". In: Actual. Adm., 13 zbk., 2000; 475 or., arbitraje administratiboaren alde azaltzen da. Baita ere alde, FERRET JACAS, J. "Límites del arbitraje administrativo". In: Rev. Andaluza de Administración Pública, 35 zbk., 1999; 16 or.; GALÁN VIOQUE, R. "El arbitraje de las obras públicas". In: Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho público. VI Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, (C. Carretero Espinosa de los Monteros coord.), Sevilla: Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003; 293 or.; eta PÉREZ MORENO, A. "El arbitraje en el Derecho Administrativo". In: Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho público. VI Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía (C. Carretero Espinosa de los Monteros coord.), Sevilla: Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003; 249 or.
87. FERNÁNDEZ MONTALVO, R., TESO GAMELLA, P., eta A. AROZAMENA LASO. El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004; 19–20 orr.
88. BOUZA VIDAL, N. "La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral". In: RED, LII liburukia, 2000–2; 371–394 orr.
89. REYMOND, C. "Souveraineté de l'État et participation a l'arbitrage". In: Rev. arb., 4 zbk., 1985; 537–540 orr.
90. PÉREZ MORENO, A. "El arbitraje...", loc. cit.; 254 or.; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Tratado del arbitraje comercial..., op. cit., 937 or.; FERNÁNDEZ MONTALVO, R. et al. El arbitraje: ensayo de alternativa limitada..., op. cit., 94–110 orr.
91. AMERASINGHE, C.F. "The Jurisdiction ...", loc. cit.; 176 or.
92. SCHREUER, C.H. The ICSID Convention..., op. cit., 111 or.. Vid. zentzu honeta iritzia, DELAUME, G. "Le Centre International pour le Reglement...", loc. cit.; 799 or.
93. BUSTILLO BOLADO, R.O. Convenios y..., op. cit., 350 or. TORNOS MÁ, J. "El arbitraje en el Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura jurídica". In: I. Jornada sobre el Arbitraje en el Derecho administrativo, Tribunal Arbitral de Barcelona, boletín nº 6, 1995; 11–18 or.; id., "Medios complementarios...", loc. cit.; 149–152 orr. CANAL MUÑOZ, J. eta P. IBÁÑEZ BUÍL. "El arbitraje...", loc. cit.; 471–472 orr.; TRAYTER, J.M. "El arbitraje de Derecho administrativo". In: Revista de Administración Pública, 143 zbk., 1997; 75–77 orr.; HUERGO LORA, A. La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo. La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos. Bolonia: Real Colegio de España, 2000; 19 or. eta hurr. eta 26 or. eta hurr.

6. Ondorioak

Inbertsioen arbitrajeak oztopoz betetako garapen historikoa izan du. Hala ere, garapen bideko herrialdeen jarrera aldaketa eta IBHen ugaritze izugarriaren ondorioz, gaur egun, kanpo inbertsioen materialian Estatu eta inbertsiogileen arteko liskarrak konpontzeko metodo nagusia bilakatu da.

Bere jatorria nazioarteko arbitraje komertzialaren ereduan badago ere, denborarekin bere ezaugarri propioak garatu ditu, aldendu egin da hasierako eredu hartatik, eta gaur egun, posible da arbitraje mota berezi batez hitz egitea. Berezitasun honetan sakontzen lagundu duten faktoreen artean aipagarriak dira. Lehenik, berezkoa duen izaera mistoa, erakunde publikoak eta inbertsiogile pribatuen artekoa den arbitrajea da. Bigarrenik, arbitrajeko adostasunaren berezitasuna. Dagoeneko arruntena Estatuaren eta inbertsiogilearen adostasuna momentu eta tresna juridiko ezberdinetan jasotzea da. Garai bateko praktika eta izaera kontraktualetik aldentzen da adostasun ematea; gaur egun inbertsiogilearen esku egon ohi da arbitrajera jo edo ez jotzeko erabakia. Hirugarrenik, arbitrajera meneratzen diren gatazkak ez dira interes pribatu soilei buruzkoak. Interes publiko oso garrantzitsuak egon ohi dira presente gatazka hauetan, eta ondorioz, prozedura arbitral hauen erabakiek botere publiko horren menara dauden hiritarrei eragiten diete zuzenean.

Ikusi ahal izan den bezala, inbertsioen arbitrajea tresna egokia da garai bateko bi mailatako egiturak planteatzen zituen eragozpenei aurre egiteko. Inbertsioen arbitrajearen bitartez, barne auzitegietan eta babes diplomatikoaren egikaritzaren bidez konpon zitezkeen gatazka nazional eta internazionaleri erantzun dakieke.

Prozedura bakarrean bil daitezke bi mailetako erreklamazioak. Hala ere, inbertsioen arbitrajeak ez du guztiz ordezkutzen babes diplomatikoaren instituzioa eta, beraz, oraindik eskema klasikoak bizirik dirau, nahiz eta bere protagonismoa asko murriztu den.

Hala ere, nazioarteko arbitraje komertzialarengandiko urruntze honen ondorioz, inbertsioen arbitrajea kritika zorrotzen jomuga izan da. Izan ere, gatazka kontraktualetarako pentsaturik zegoen eredu ez da guztiz egokia interes publiko garrantzitsuak presente dauden gatazketarako. Hau dela eta, inbertsioen arbitrajeak eraberritu egin behar du. Prozedurek eta hauen emaitzek publikoari irekiagoak egon behar dute. Zentzu honetan publikotasun handiago baten alde urratsak eman badira ere, oraindik egiteko bidea dago. Bestalde, bigarren kritika nagusi bezala, aipatzen da ez dela onargarria inbertsioen materialian erabaki kontrajarriak izatea, are gutxiago jokoan dauden interesak hiritargo osoari eragiten dietenak direnean. Zenbait neurri hartzen ari dira prozedura paralelo eta erabaki kontrajarriak ekiditeko, horrela, inbertsioen arbitrajearen legitimitatea salbatu asmoz.

Inbertsioen arbitrajeak, beraz, egokitu beharra dauka egoera eta gatazka mota berri hauetara. Egokitu behar honen isla garbia da zenbait herrialde latinamerikarretan, gairidua zirudien iraganean bezala, ICSID arbitrajeak sortzen duen egonezina. Are gehiago, aipatu ditugun kritikek gero eta leku handiagoa dute Estatu industrializatuetan ere. Izan ere, gero eta arruntagoa da hauek Estatu demandatu gisa prozeduretan parte hartu behar izatea. Ondorioz, Inbertsioen arbitrajea tresna baliagarria izan daiteke, Estatuak berau ez badute ikusten beren subiranotasuna kolokan jar dezakeen instituzio baten modura.