

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIÁ  
Profesor Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Castilla-La Mancha

TRIBUNALES NACIONALES,  
ARBITRAJE INTERNACIONAL  
Y PROTECCIÓN DE  
INVERSIONES EXTRANJERAS

Marcial Pons  
MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES  
2008

# ÍNDICE

Pág.

<b>CAPÍTULO I. LA COMPLEJA ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS .....</b>	<b>9</b>
I. El arbitraje internacional en inversiones extranjeras como garantía de protección frente al riesgo político.....	9
II. Consentimiento estatal al arbitraje otorgado en los tratados de promoción y protección de inversiones.....	18
III. La posible existencia de una duplicidad de procedimientos de solución de controversias.....	31
<b>CAPÍTULO II. ARBITRAJE INTERNACIONAL <i>VERSUS</i> TRIBUNALES NACIONALES (I): LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL INTERNACIONAL PARA CONOCER DE LAS ACCIONES CONVENCIONALES Y/O DE LAS ACCIONES CONTRACTUALES .....</b>	<b>39</b>
I. La elección del foro competente y la diferenciación entre acciones contractuales y acciones convencionales .....	40
II. El reconocimiento de la extensión de la competencia de los tribunales arbitrales para conocer de las meras acciones contractuales en las cláusulas de resolución de controversias de los TPPI.....	52
III. La existencia de una «umbrella clause» en los tratados de promoción y protección de inversiones.....	62
<b>CAPÍTULO III. ARBITRAJE INTERNACIONAL <i>VERSUS</i> TRIBUNALES NACIONALES (II): LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES QUE TRATAN DE EVITAR LA DUPLICIDAD DE PROCEDIMIENTOS .....</b>	<b>77</b>
I. Agotamiento de los recursos internos y relación con el arbitraje internacional en los TPPI.....	77

	<u>Pág.</u>
II. La cláusula «fork in the road» .....	84
III. La cláusula de «renuncia» a la jurisdicción estatal .....	88
IV. La exclusividad del procedimiento arbitral CIADI .....	95
A. El principio de renuncia a cualquier otro recurso diferente al procedimiento arbitral CIADI .....	96
B. El principio de no interferencia .....	100
<b>CAPÍTULO IV. EL DESARROLLO DE ARBITRAJES INTERNA- CIONALES PARALELOS Y MÚLTIPLES</b> .....	107
I. Introducción .....	107
II. Los instrumentos clásicos del derecho procesal internacional y sus limitaciones en este ámbito: las excepciones de cosa juzgada y litis- pendencia internacional .....	109
III. Las previsiones convencionales: la acumulación de procedimientos arbitrales .....	114
A. Un primer ejemplo: el art. 1126 del TLCAN .....	114
B. La reciente práctica de los tribunales arbitrales .....	118
C. La nueva generación de convenios internacionales .....	124
<b>CONCLUSIONES</b> .....	129
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	135
<b>ANEXOS. CLÁUSULAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ESTADO-INVERSOR EN TRATADOS INTERNACIONALES...</b>	147
<b>ANEXO I. TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN): SECCIÓN B DEL CAPÍTULO XI</b> .....	149
<b>ANEXO II. TRATADO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA: ART. 26</b> ...	159
<b>ANEXO III. ACUERDO PARA LA PROMOCIÓN Y PROTEC- CIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES ENTRE EL GOBIER- NO DE ESTADOS UNIDOS Y EL GOBIERNO DE... (TPPI MODELO ESTADOS UNIDOS 2004): SECCIÓN B</b> .....	163
<b>ANEXO IV. ACUERDO PARA LA PROMOCIÓN Y PROTEC- CIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, HE- CHO EN MÉXICO EL 10 DE OCTUBRE DE 2006: SECCIÓN PRIMERA DEL CAPÍTULO III</b> .....	175

# CAPÍTULO I

## LA COMPLEJA ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS

### I. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN INVERSIONES EXTRANJERAS COMO GARANTÍA DE PROTECCIÓN FRENTE AL RIESGO POLÍTICO

1. La mundialización económica y social actual encuentra un ejemplo paradigmático en el cada vez mayor incremento de los flujos de inversión directa extranjera, que hoy se dirigen no sólo a los países menos desarrollados sino incluso, podemos decir, hasta a cualquier punto del planeta<sup>1</sup>. La razón fundamental para ello se debe a las ventajas que se derivan para las partes implicadas: por una parte, los inversores extranjeros que intentan lograr los mayores beneficios económicos al traspasar sus fronteras nacionales y, por otro lado, los Estados receptores de dichas inversiones que ven en las mismas un medio para conseguir un mayor desarrollo de su economía nacional<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> S. D. FRANCK, «Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration», *North Carolina L.Rev.*, vol. 86, núm. 1, 2007, pp. 7-8; R. D. BISHOP, J. CRAWFORD y W. M. REISMAN, *Foreign Investment Disputes, Cases, Materials and Commentary*, The Hague, Kluwer, 2005, pp. 2-9; T. WÄLDE, *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*; Pedone, Paris, 2004, pp. 12-19.

<sup>2</sup> N. RUBINS y N. S. KINSELLA, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution*, New York, Oceana, 2005, p. XXVIII: «Foreign direct investment (FDI) as a mode

Sin embargo, al poner en marcha su inversión, los inversores extranjeros han de ser conscientes de que cuando invierten más allá de las fronteras de su propio país no sólo existen posibilidades de lograr mayores beneficios económicos sino que al mismo tiempo, se pueden ver enfrentados a una serie de riesgos que pueden poner en peligro el éxito de su inversión<sup>3</sup>. En principio, son dos tipos de riesgos de muy distinta naturaleza los que deben de soportar. En primer lugar, se puede hablar de los típicos «riesgos económicos», pues todo proyecto inversor, y éste no es una excepción, está sometido a los vaivenes y circunstancias del propio mercado que pueden provocar pérdidas económicas en la inversión. En segundo lugar, junto a las causas puramente económicas o empresariales de todo negocio, el valor de una inversión puede disminuir por los denominados «riesgos políticos», entendiéndose por éstos, aquellos que tienen su causa en la actuación o en la inacción de las autoridades del Estado receptor de la inversión. Dentro de este concepto amplio de «riesgo político» hemos de incluir el denominado «riesgo regulatorio» que supone una alteración por parte de los poderes públicos del régimen jurídico aplicable a una inversión, provocando un perjuicio al inversor que verá como disminuye el valor de aquella como consecuencia de dicho cambio, pero igualmente caben la expropiación o nacionalización de los bienes hasta los casos de terrorismo o sabotaje de las instalaciones<sup>4</sup>.

2. En buena lógica, toda inversión extranjera se inicia con una idea de mantener una relación estable, duradera y amistosa con las autoridades públicas del Estado receptor de la inversión. Sin embargo, también hemos de ser conscientes que las actuaciones de las dos partes implicadas no se guían por los mismos parámetros. En especial, mientras que la actuación empresarial va encaminada a maximizar

---

*of economic activity offers impressive benefits for both investors and host states that cannot be gleaned from portfolio investment. From the private party's standpoint, FDI provides a platform for implementing improvements, seizing on potential efficiency and synergy gains, and otherwise gaining advantage from the investor's own initiative, innovation, and vision. From the government's perspective, FDI is a potential engine for development, as the foreigner employs and trains local personnel, indirectly encourages secondary service providers and producers of goods, pays taxes and—in some case—leaves behind valuable know-how».*

<sup>3</sup> A. BERLIN, «Managing Political Risk in the Oil and Gas Industries», *TDM*, vol. I, núm. 1, 2004, pp. 1-5.

<sup>4</sup> Vid. N. RUBINS y N. S. KINSELLA, *International Investment...*, *op. cit.*, pp. 1-24, identificando los distintos tipos de riesgos políticos en los que se puede ver inmersa una inversión extranjera.

zar sus beneficios, la actuación gubernamental se ve influenciada por factores no sólo económicos, sino también políticos y sociales<sup>5</sup>. Ello implica que la aparición de «riesgos políticos» para las inversiones extranjeras sea siempre un peligro latente. Y ello conduce necesariamente a la existencia de una serie de coberturas para salvaguardar los intereses económicos de los inversores ante una circunstancia de este tipo.

3. La cobertura del «riesgo político» y la consiguiente protección de las inversiones extranjeras frente al mismo se logra, en la actualidad, a través de dos vías que no son excluyentes: la vía contractual y la vía jurídica<sup>6</sup>.

a) La vía contractual consiste en la posibilidad de que los inversores contraten un seguro de riesgo político con las instituciones que tienen como principal misión esta función aseguradora<sup>7</sup>. Estos seguros de riesgo políticos son ofrecidos por los organismos públicos tanto a nivel nacional como a nivel internacional. Estos sistemas nacionales de garantía de las inversiones en el extranjero están hoy perfectamente establecidos en la mayoría de los países más desarrollados. Suelen tener un marcado carácter público, ya que es el propio Estado o un organismo público dependiente de éste el que actúa como asegurador frente a posibles riesgos políticos, como la expropiación o una guerra civil, que puedan dar al traste con la inversión realizada por sus nacionales en otros países. Ejemplos de estos organismos son la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación —[www.cesce.es](http://www.cesce.es)— en España, la OPIC en Estados Unidos —[www.opic.gov](http://www.opic.gov)— o la IRG en Suiza —[www.swiss-irg.com](http://www.swiss-irg.com)—. A nivel inter-

---

<sup>5</sup> N. RUBINS y N. S. KINSELLA describen de forma clara esta cuestión al señalar que «*The societal pressure that can lead to unpredictable intervention in foreign-owned investment by host States is often intensified by domestic perceptions about the way the benefits of investment are distributed between the foreigner and the local population. Depending on the type of project, benefits in terms of poverty alleviation in developing countries can be diffuse and indirect. As a result, local populations may question the equity of favorable conditions offered to the foreign investor. This problem can be particularly acute in oil and gas exploitation, which greatly benefits direct participants, but sometimes has little effect on employment, services, and other activity in other sectors of the economy*». *International Investment...*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>6</sup> Sobre esta cuestión, T. H. MORAN, «Political and Regulatory Risk in Infrastructure Investment in Developing Countries: Introduction and Overview», *CEPMLP Journal*, vol. 5, 1999, part. 2, pp. 1-17.

<sup>7</sup> Vid. A. R. ZIEGLER, «Investment Guarantee: From a National to an International perspective», *TDM*, vol. 2, núm. 5, 2005, pp. 4-17; A. BERLIN, «Managing Political Risk...», *art. cit.*, pp. 5-14.

nacional, destaca la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones. La idea de una agencia multilateral fue ya planteada a mediados de los años sesenta del siglo pasado en el seno del Banco Mundial. Sin embargo, la misma no fue muy bien acogida, en gran medida, debido a los problemas tanto técnicos como políticos que podía engendrar, sobre todo, en materia de financiación y por la situación en que quedaba el organismo subrogado en la posición del asegurado frente al Estado parte en el conflicto y la obligatoriedad de sometimiento a arbitraje de la controversia. No fue hasta mediados de los años ochenta del siglo pasado cuando la idea de creación de un gran organismo internacional para garantizar las inversiones fue retomada en el seno del Banco Mundial y después de unas largas y delicadas negociaciones se adoptó la Convención de Seúl de 11 de octubre de 1985, que creaba esta nueva organización internacional dentro del grupo del Banco Mundial<sup>8</sup>.

b) La cobertura jurídica se plasma en la existencia de un conjunto de normas jurídicas y de procedimientos de solución de controversias que tienen como objetivo proteger al inversor extranjero frente a la aparición del «riesgo político»<sup>9</sup>. En principio, nada impide que esta cobertura jurídica se otorgue por el propio Estado receptor. La existencia de leyes nacionales sobre protección de inversiones extranjeras así lo demuestra<sup>10</sup>. Esta normativa y los órganos judiciales encargados de aplicarla, por tanto, sería un primer escalón de esta pro-

---

<sup>8</sup> El texto de este Convenio figura como apéndice a la Ley núm. 3/1988, de 4 de marzo, que autoriza la participación de España en este Organismo, *BOE* núm. 59, de 9 de marzo de 1988; Instrumento de ratificación de 25 de abril de 1988, *BOE* núm. 167, de 14 de julio de 1995. Sobre la AMGI puede consultarse, E. JOS, «L'agence multilaterale de garantie des investissements: une contribution positive, mais insuffisante, pour promouvoir les investissements utiles aux pays en développement», *RGDIP*, núm. 2, 1994, pp. 387-415; J. TOUSCOZ, «Les opérations de garantie de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI)», *Journ.dr.int.*, núm. 4, 1987, pp. 901-925; I. SHIHATA, «L'agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI)», *AFDI*, 1987, pp. 601-613; P. SCHAUFELBERGER, *La protection juridique des investissements internationaux dans les pays en voie de développement. Étude de la garantie contre les risques de l'investissement et en particulier de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI)*, Zurich, Schulthess, 1993.

<sup>9</sup> Vid. G. SACERDOTI, «The Source and Evolution of International Legal Protection for Infrastructure Investments confronting Political and Regulatory Risks», *CEPMLP Journal*, vol. 5, 1999, pp. 3 y ss; T. WÄLDE, «International Treaties and Regulatory Risk: The Effectiveness of International Law Disciplines, Rules and Treaties in Reducing the Political and Regulatory Risk for Private Infrastructure Investment in Developing Countries», *CEPMLP Journal*, vol. 5, 1999, pp. 7 y ss.

<sup>10</sup> Vid. A. R. PARRA, «Principles Governing Foreign Investments as Reflected in National Investment Codes», *ICSID Review-FILJ*, vol. 7, 1992, pp. 446 y ss.

tección jurídica. Sin embargo, hemos de ser conscientes de que la confianza exclusiva en dichos medios jurídicos para lograr una efectiva protección no existe por parte de los inversores<sup>11</sup>. Ello tampoco debe extrañarnos, pues cuando surgen las situaciones de conflicto entre estos inversores extranjeros y los Estados receptores de la inversión, estos últimos se convierten en juez y parte en la aplicación de las citadas normas<sup>12</sup>. Por tanto, las necesidades de una protección efectiva de las inversiones extranjeras ha conducido a la existencia conjunta de una serie de normas jurídicas internacionales y de un método alternativo de solución de controversias como es el arbitraje internacional.

4. El citado incremento del flujo de inversiones exteriores ha llevado aparejado una mayor conflictividad y un aumento sin precedentes de los asuntos sometidos a los métodos de solución de controversias entre Estados e inversores extranjeros<sup>13</sup>. Ha de constatarse, en efecto, que el mundo de las inversiones extranjeras no está, ni mucho menos, exento de la existencia de controversias entre las partes implicadas —por una parte, un inversor privado extranjero y por otra, un Estado o una de sus subdivisiones políticas—. Hoy en día es bastante frecuente que los inversores demanden a los Estados de recepción de su inversión con el objetivo de lograr una reparación de los daños causados a sus inversiones, fundamentándose para ello en motivos tales como la existencia de un incumplimiento contractual, la falta de diligencia en la protección de sus inversiones, el otorgamiento de un trato discriminatorio, no haberles proporcionado un trato «justo y

---

<sup>11</sup> A. R. ZIEGLER, «Investment Guarantee...», art. cit., p. 4.

<sup>12</sup> Sobre esta cuestión son claros R. DOLZER y C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 214, al señalar que «[...] from the investor's perspective, this is not an attractive solution. Rightly or wrongly, the investor will fear a lack of impartiality from the courts of the state against whom it wishes to pursue its claim. In many countries an independent judiciary cannot be taken for granted and executive interventions in court proceedings or a sense of judicial loyalty to the forum state are likely to influence the outcome of proceedings. This is particularly so where large amounts of money are involved. In addition, domestic courts may be bound to apply the local law even if it is at odds with international legal rules protecting the rights of investors. In fact, in some countries the relevant treaties may be not even be part of the domestic legal order. Also, the ordinary courts may lack the expertise to deal with the sometimes highly technical questions of international investment law».

<sup>13</sup> UNCTAD; «International Investment Disputes on the Rise», 9 de noviembre de 2004, p. 1, disponible en <http://www.unctad.org>; B. CREMADES y D. CAIRNS, «El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores», *Rev. La Ley*, núm. 5538, martes 7 de mayo de 2002, pp. 2-3.

equitativo» o, por último, porque el Estado haya adoptado medidas que pudieran ser equivalentes a una expropiación.

5. Para la resolución de las citadas controversias, el Derecho internacional ha contado con una serie de métodos tradicionales que, en última instancia, transforman el litigio en una confrontación interestatal —el Estado del que es nacional el inversor frente al Estado receptor de la inversión—. Así, en caso de conflicto, el inversor puede acudir a los tribunales internos del Estado receptor de la inversión que aplicará su derecho nacional para determinar los derechos y obligaciones derivadas del acuerdo de inversión, dando solución a la controversia suscitada. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones ante la falta de satisfacción por parte de estos tribunales de las alegaciones presentadas por la parte privada, el conflicto se politiza buscando el inversor la protección por su propio Estado. En tales casos, este último Estado tiene la posibilidad de ejercer la protección diplomática y acudir a una instancia internacional, pero ello no garantiza que el Estado receptor de la inversión se someta a la misma. El resultado de la politización de dicha controversia en nada favorece un clima favorable para lograr atraer los flujos de capital extranjero a los países en desarrollo<sup>14</sup>. Por ello, no es extraño que desde una primera actitud de

---

<sup>14</sup> Vid. Sobre la insuficiencia de la protección diplomática en este ámbito, CH. LEBEN, «Contrat d'Etat et droit international des investissements», *Rec. des C.*, T. 302, 2003, pp. 216-218; P. T. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 704-707. Tal y como declara J. L. BRIERLEY, *The Law of Nations*, 6.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, 1963, p. 227, esta situación no era para nada satisfactoria para el individuo demandante: «El individuo no tiene recursos propios y es posible que su estado de origen no desee ocuparse de su caso por razones que no guardan relación alguna con la cuestión de fondo; e incluso si el Estado está dispuesto a ocuparse de su causa, puede haber demoras interminables antes de que el Estado decida someter la controversia a arbitraje, si es que decide finalmente hacerlo. La demora, además de ser injusta para la demandante, dificulta la obtención de pruebas concluyentes y, a menudo, desvirtúa el reclamo original hasta el punto que éste se vuelve irreconocible. Se ha propuesto que una solución podría encontrarse en la posibilidad de que los individuos accedan por derecho propio a algún tribunal internacional, implementando salvaguardas a fin de evitar la presentación de reclamos frívolos o insultantes; esta propuesta de reforma debería ser considerada. Sin embargo, por el momento, no hay muchas probabilidades de que los Estados acepten dicha controversia», recogido por A. REDFERN, M. HUNTER, N. BLACKABY y C. PARTASIDES, *Teoría y práctica del Arbitraje comercial internacional*, 4.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, 2006, pp. 644-645. Es también muy clarificadora la cita de G. GUYOMAR, «L'arbitrage concernant les rapports entre États et particuliers», *Ann.fr.dr.int.*, 1959, pp. 335-345, en el trabajo de W. BEN HAMIDA, «L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural: la concurrence des procédures et les conflits de juridictions», *Ann.fr.dr.int.*, 2005, p. 564: «L'arbitrage international entre États et particuliers était, selon les règles traditionnellement admises, "impossible" [...] La seule voie procédurale ouverte pour régler les litiges transnationaux était le recours à la protection

recelo y rechazo por parte de los Estados receptores de inversiones hacia todos aquellos métodos de resolución de controversias que no fueran el acudir a sus propios tribunales, se haya pasado con cierta naturalidad a una cada vez mayor aceptación de la posibilidad de sometimiento al arbitraje de las posibles controversias surgidas. Un ejemplo claro de este cambio de actitud fue lo ocurrido en los Estados latinoamericanos. Estos habían manifestado, tradicionalmente, una cierta hostilidad hacia el arbitraje internacional, defendiendo únicamente la posibilidad de someter las posibles controversias a sus tribunales nacionales —doctrina Calvo—<sup>15</sup>. Sin embargo, esta actitud de rechazo se había ido flexibilizándose en los últimos años, al compás de una mayor apertura al exterior y la adopción por parte de estos Estados de Tratados bilaterales sobre protección y promoción de inversiones<sup>16</sup>. Hoy en día, sin embargo, la «doctrina Calvo» parece resurgir con inusitada fuerza en algunos de estos países —especialmente Ecuador, Venezuela y Bolivia— que rechazan frontalmente al

*diplomatique lorsque l'État dont la personne privée était ressortissante acceptait d'endosser sa réclamation. La procédure de règlement des différends transnationaux était consensuelle et purement étatique. Les États se comportaient comme maîtres du litige tout au long de la procédure. Le particulier était souvent effacé et son intervention directe pour choisir les juges ou pour plaider sa cause devant les juridictions internationales était non seulement exceptionnelle, mais était encore perçue comme une "anomalie"»; J. DIEZ-HOCHLEITNER, «Protección diplomática v. arbitraje de inversiones», en *Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, Universidad Complutense, 2005, pp. 469-470: «La inversión de un particular en el extranjero ha contado históricamente con la protección diplomática del Estado de su nacionalidad respecto de todo hecho imputable al Estado de inversión que pudiera reputarse como internacionalmente ilícito, [...] sin embargo, la institución de la protección diplomática no proporciona al inversor extranjero suficientes garantías jurídicas frente al ejercicio del poder público por el Estado de inversión, especialmente cuando se trata de Estados con escasa estabilidad política y jurídica. La exigencia de agotamiento de los recursos internos o el carácter discrecional del ejercicio de la protección diplomática (tanto desde el punto de vista del Derecho internacional como de la mayor parte de los ordenamientos estatales, incluido el español) explican en parte las insuficiencias de la institución desde la perspectiva del inversor. Más aún, al inversor extranjero interesa situar sus relaciones con el Estado huésped de la inversión en un marco normativo distinto del ordenamiento de este último —o que al menos, le asegure una cierta inmunidad frente a los cambios legislativos que puedan producirse en él— y someter las controversias que pudieran surgir a una jurisdicción neutral».*

<sup>15</sup> A. REDFERN, M. HUNTER, N. BLACKABY y C. PARTASIDES; *Teoría y práctica...*, op. cit., p. 643: «Carlos Calvo, jurista y diplomático argentino, defendió el derecho de los Estados recientemente independizados a no someterse a la injerencia de potencias extranjeras y promovió la denominada doctrina Calvo, según la cual, los inversores extranjeros no deben gozar de una situación más favorable que los inversores locales y sus derechos y obligaciones deben ser determinados bajo la jurisdicción exclusiva de los tribunales de ese Estado».

<sup>16</sup> Vid. Sobre este cambio, R. LAYTON, «Changing Attitudes toward Dispute Resolution in Latin America», *J. Int'l Arb.*, vol. 10, 1993, pp. 123 y ss., H. A. GRIGERA NAON, «Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility», *Arb. Int'l.*, 1988, pp. 137 y ss.

arbitraje internacional como método futuro para resolver sus controversias<sup>17</sup>. Estas ideas parecen haber encontrado una acogida favorable en otros países sudamericanos tras la noticia reciente del acuerdo adoptado por doce de ellos para crear un nuevo organismo que resuelva los litigios con empresas extranjeras que operan en sus territorios<sup>18</sup>. Con ello se pretende dejar de lado la posibilidad de acudir al CIADI y que este nuevo organismo en el que participarán «jueces suramericanos con tribunales suramericanos», en palabras del ministro ecuatoriano G. Chiriboga, sea el que resuelva en exclusiva los conflictos en esta materia<sup>19</sup>.

6. Con estos «nuevos vientos», y a la espera de los acontecimientos que los mismos nos puedan deparar —si éste es un fenómeno localizado o se propaga inexorablemente a otros ámbitos geográficos—<sup>20</sup>, hemos de señalar que, hasta la actualidad, el arbitraje internacional se ha erigido en la solución preferida por los inversores cuando tienen que buscar una solución a su diferencia con el Estado receptor de su inversión<sup>21</sup>, por lo que una primera conclusión puede

<sup>17</sup> E. GAILLARD, «The Denunciation of the ICSID Convention», *New York L.J.*, 26 de junio de 2007, pp. 6-8.

<sup>18</sup> Estos países son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Uruguay, Surinam y Venezuela.

<sup>19</sup> La noticia ha sido publicada en el periódico *El Economista*, el 17 de mayo de 2008, p. 10. Dicho organismo estará integrado dentro de la estructura de la Unión de Naciones Suramericanas —UNASUR— recientemente adoptada en la cumbre celebrada en Brasilia el 22 de mayo de 2008.

<sup>20</sup> Es muy ilustrativa en este sentido la reflexión realizada por B. CREMADES, «Arbitraje internacional: del Arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones», *RCEA*, 2007, p. 19: «Parecía que la doctrina Calvo había sido enterrada por los tratados para la protección de inversiones. Sin embargo, en los últimos tiempos se alzan voces que, en base a la soberanía de los Estados, cuestionan el sistema del arbitraje internacional. Se habla de que en la América Latina, especialmente, resurge la llamada nueva doctrina Calvo. Pero ahora no es el producto intelectual de un catedrático de derecho internacional, diplomático y residente en la sociedad parisina, sino el resultado de fuertes enfrentamientos políticos entre ciertos gobernantes de la América Latina. Parece como si se quisiera volver a cuestionar la posibilidad de que las partes remitan en el plano internacional la solución de sus diferencias a tribunales distintos de los domésticos, especialmente cuando se trate de los llamados temas de interés público. Nadie puede prever a dónde nos llevan estos planteamientos, más bien de origen político que de orden jurídico».

<sup>21</sup> *Vid.* N. HORN, «Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and Means», en N. HORN (ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, The Hague, Kluwer, 2004, pp. 3-32; J. DIEZ-HOCHLEITNER, «El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRIS», *Actualidad Jurídica Uría & Menendez*, núm. 11, agosto de 2005; C. SCHREUER, «The Dynamic Evolution of the ICSID System», ponencia presentada a la Conferencia «The International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Taking Stock after 40 Years», Frankfurt, 26-28 de abril de 2006, pp. 2-3: «*International Arbitration provides an attractive alternative to the settlement of investment*

extraerse hasta ahora: el arbitraje en inversiones extranjeras ha sido hasta hoy en día un fenómeno en franca expansión<sup>22</sup>. La razón fundamental de este despertar, como ahora veremos, se encuentra en el cada vez mayor entramado de Tratados de promoción y protección de inversiones —en adelante TPPI—. Estos TPPI constituyen, en la actualidad, y a falta de un gran instrumento multilateral, los instrumentos básicos de regulación de la protección jurídica de las inversiones extranjeras. En los mismos y configurándose como una garantía más de protección de las inversiones, se incluyen las disposiciones que contemplan los métodos de resolución de controversias entre Estado-inversor<sup>23</sup>.

---

*disputes by national courts or through diplomatic protection. Arbitration is usually less costly and more efficient than litigation through regular courts. It offers the parties the opportunity to select arbitrators who enjoy their confidence and who have the necessary expertise in the field. Moreover, the private nature of arbitration, assuring the confidentiality of proceedings, is often valued by parties to major economic projects».* En este punto es clara la afirmación realizada por el tribunal arbitral en la Decisión sobre jurisdicción de 25 de enero de 2000, asunto *Maffezini c. Reino de España*, cdo. 55: «El arbitraje internacional y otros mecanismos de solución de controversias han reemplazado esas prácticas más antiguas y frecuentemente abusivas del pasado. Sin embargo, estos modernos mecanismos son también esenciales para proteger los derechos previstos por los tratados pertinentes y también están estrechamente vinculados a los aspectos sustantivos del tratamiento acordado. Los comerciantes e inversionistas, al igual que sus Estados de nacionalidad, han considerado tradicionalmente que sus derechos e intereses se protegen mejor recurriendo al arbitraje internacional que sometiendo las controversias a los tribunales nacionales, mientras que los gobiernos receptores han considerado tradicionalmente que ha de preferirse la protección de los tribunales nacionales», disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>.

<sup>22</sup> Vid. recientemente, UNCTAD, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, Geneva, 2005, disponible en <http://www.unctad.org>. Ya en mayo de 2003, en la reunión celebrada en Madrid por el Instituto de Derecho Comercial Internacional de la Cámara de Comercio Internacional se mostró un gran interés por el incremento constante de los casos de arbitraje para resolver los pleitos surgidos en materia de inversiones extranjeras, organizándose un coloquio sobre dicho tema, cuyo informe titulado «Arbitraje internacional y protección de las inversiones» fue publicado por la Secretaría del Comité español de la CCI en el *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 4, 2003, pp. 267-273. En este informe ya se apuntaba que «estamos ante una notoria evolución que vislumbra una tercera vía entre el arbitraje comercial puro y el arbitraje entre Estados del derecho internacional público, un “animal” nuevo que deberá concretarse en el futuro con los casos que surjan de ahora en adelante», cit., p. 273.

<sup>23</sup> R. DAÑINO, antiguo Secretario General del CIADI, en su discurso inaugural del Symposium «Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda», organizado conjuntamente por la UNCTAD, el CIADI y la OCDE, París, 12 de diciembre de 2005, pone de manifiesto la interrelación existente en el cada vez mayor número de TPPI bilaterales y multilaterales existentes y el incremento de la litigiosidad, mediante la puesta en práctica de los mecanismos de solución de controversias previstos en dichos convenios, en especial, mediante el arbitraje internacional. En general sobre esta cuestión, vid. W. BEN HAMIDA, «L'arbitrage Etat-investisseur étranger: regards sur les traités et projets récents»,