

## ***El incierto futuro del arbitraje de inversiones en Latinoamérica***

Enrique FERNÁNDEZ MASÍA

Profesor Titular de Derecho internacional privado  
Universidad de Castilla–La Mancha

*Sumario:* I. La tradicional hostilidad hacia el arbitraje y el cambio experimentado. II. Las posiciones actuales enfrentadas respecto al arbitraje de inversiones. III. El bloque a favor: la aceptación clara del arbitraje en los recientes Tratados internacionales. IV. Un incierto futuro en un bloque emergente de Estados. 1. Bolivia. 2. Ecuador. 3. Venezuela. 4. Argentina. V. Valoración final.

### **I. La tradicional hostilidad hacia el arbitraje y el cambio experimentado**

1. El Derecho internacional siempre ha contado con una serie de instrumentos tradicionales para solventar las controversias suscitadas en materia de inversiones extranjeras, en particular la posibilidad de ejercitar la protección diplomática por parte del Estado del que es nacional el inversor<sup>1</sup>. Sin embargo, desde hace ya algunos años y con

---

<sup>1</sup> Lejos quedan ya los tiempos de la denominada “diplomacia de las cañoneras”. La cuestión planteada respondería a grandes rasgos al siguiente esquema: en caso de conflicto, el inversor ha de 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. Como puede fácilmente deducirse, 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. *Vid.* sobre el concepto y las condiciones de ejercicio de la protección diplomática, H. Torroja Mateu, *El derecho de Estado a ejercer la protección diplomática*, Barcelona, Bosch, 2007. Sobre la insuficiencia de la protección diplomática en este ámbito, son ilustrativas las palabras de 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”.

el objetivo de intentar evitar toda politización de la controversia, se viene aceptando la posibilidad de someter las diferencias a arbitraje internacional en donde el inversor se coloca en un plano de igualdad respecto al Estado parte en la controversia<sup>2</sup>.

2. Un ejemplo claro de este cambio de actitud fue lo ocurrido con 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. Carlos Calvo fue un jurista y diplomático argentino, que defendió el derecho de los Estados recientemente independizados a no someterse a la injerencia de potencias extranjeras y promovió la denominada doctrina Calvo, que consistiría básicamente en el sometimiento exclusivo de sus conflictos a las leyes y tribunales del Estado receptor de la inversión y a la obligación de renuncia por parte del inversor del ejercicio de la protección diplomática por su propio Estado<sup>3</sup>. Los principios de esta doctrina se incorporaron en las Constituciones de estos países y fueron reafirmados en diversos instrumentos multilaterales como la famosa decisión n° 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena de 1970<sup>4</sup>, el dictamen

---

to...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 aun, 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>2</sup> Sobre las razones fundamentales para su amplia utilización hoy en día como método de solución de controversias inversor-Estado, *Vid.* M. Dimsey, *The Resolution of International Investment Disputes*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2008, pp. 5–16; C.F. Dugan, D. Wallace, N.D. Rubins y B. Sabahi, *Investor-State Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 45–77; E. Fernández Masía, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 9–17.

<sup>3</sup> A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby y C. Partasides, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4ª ed., Aranzadi, 2006, p. 645.

<sup>4</sup> Aprobada el 31 de diciembre de 1970 y en vigor desde el 30 de junio de 1971. Su art. 51 señalaba que “en ningún instrumento relacionado con inversiones o transferencias de tecnología se admitirán cláusulas que sustraigan los posibles conflictos o controversias de la jurisdicción y competencia nacionales del país receptor o que permitan la subrogación por los Estados de los derechos y acciones de sus nacionales inversionistas”. Esta decisión fue sustituida por la decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena de 11 de mayo

sobre las empresas transnacionales del Comité jurídico interamericano de 1976<sup>5</sup> o incluso en la Carta de las Naciones Unidas sobre los derechos y deberes económicos de los Estados de 1974, en donde tuvo un destacado papel en su redacción la representación mexicana<sup>6</sup>.

Pero quizá donde mayor importancia cobró esta postura hostil hacia el arbitraje internacional de inversiones fue en el momento de la elaboración del Convenio de Washington, de 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados por el que se crea el Centro de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones en adelante, CIADI<sup>7</sup>. Los países

---

de 1987 en donde se deja libertad a los Estados para establecer los mecanismos de solución de controversias que consideren más adecuados, *vid.* tal decisión en *ICSID Review-FILJ*, vol.2, 1987, p. 519.

<sup>5</sup> “Las empresas transnacionales y las sociedades componentes de las mismas no son personas de Derecho internacional y carecen de *ius standi* ante los tribunales internacionales. Los Estados americanos deberían abstenerse de adherir a convenciones que de algún modo concedan a dichas empresas o a las sociedades componentes de las mismas acceso directo a tribunales internacionales, inclusive a tribunales de arbitraje, pues injustificadamente se colocaría a las empresas transnacionales en ventaja respecto de las empresas nacionales. Las cuestiones que suscitan las empresas transnacionales podrían eventualmente llegar a conocimiento de los tribunales internacionales por medio de los acuerdos que suscriban los Estados para la solución de sus controversias. Los tribunales internacionales derivan su competencia del consentimiento expreso de los Estados”, *Recomendaciones e Informes del Comité Jurídico Interamericano, Documentos Oficiales*, vol. XI, 1974–1977, Secretaría General de la OEA, 1981.

<sup>6</sup> El art. 2.2º de la Carta señala que “Todo Estado tiene el derecho de nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación adecuada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de la controversia, ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios”, Resolución 3281 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 29 periodo de sesiones, Supl.nº 31–A/9631, 1974, p. 55.

<sup>7</sup> El CIADI es la institución arbitral más importante en este ámbito. *Vid.* sobre este procedimiento arbitral, A. Broches, “Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Explanatory Notes and Survey of its Application”, *Yearbook Comm. Arb'n*, vol.18, 1993, pp. 627 ss; E. Fernández Masiá, *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; M. Hirsch, *The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993; S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États. Trente années d'activité du CIRDI*, Dijon, Litec, 2004; C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; J.A. Vives Chillida, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, McGrawHill, 1998; L. Reed, J. Paulsson y N. Blackaby, *Guide To ICSID Arbitration*, La

latinoamericanos, desde un principio, mostraron su rechazo a la elaboración del texto convencional, rechazo que tuvo su expreso reflejo en el denominado “no de Tokio”, en donde estos países votaron en contra de la resolución n° 214 de la Junta de Gobernadores que permitía al Directorio Ejecutivo proseguir sus trabajos de formulación del texto convencional<sup>8</sup>.

3. Sin embargo, esta actitud de rechazo fue flexibilizándose con el transcurrir de los años finales de los años 80 y principios de los 90 del siglo pasado, al compás de una mayor apertura al exterior y la adopción por parte de estos Estados de Tratados bilaterales sobre promoción y protección de inversiones en adelante TPPI. Ello también tuvo como reflejo que estos países se fuesen adhiriendo a la Convención CIADI rompiendo con los viejos prejuicios hacia esa institución. La idea de todo este conjunto de acciones era lograr atraer una mayor inversión extranjera hacia su territorio<sup>9</sup>. En este contexto, sin embargo, hemos de señalar que el único Estado que sigue hasta la fecha sin haber ratificado ningún acuerdo internacional en este ámbito aunque ha firmado catorce de ellos y que tampoco ha pasado a formar parte del sistema CIADI es Brasil, y ello no ha impedido, por otra parte, que

---

Haya, Kluwer, 2004; S. Rodríguez Jiménez, *El sistema arbitral del CIADI*, Mexico, Porrúa, 2006.

<sup>8</sup> Los votos en contra fueron de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. *Vid.* el comunicado de prensa realizado en nombre de todos estos países por el Gobernador Chileno argumentando su rechazo, en *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention*, Washington, ICSID, 1968, vol.II-1, p. 606.

<sup>9</sup> *Vid.* M.H. Mourra, “The Conflicts and Controversies in Latin American Treaty-Based Disputes”, en *Latin American Investment Treaty Arbitration. The Controversies and Conflicts* (M.H. Mourra, ed.), La Haya, Kluwer, 2008, pp. 5-17. Sobre si la adopción de TPPI es un factor determinante para una mayor recepción de inversión extranjera existen fuertes discusiones, aunque si que parece existir cierto consenso en que estos Acuerdos por si solos nunca pueden ser un instrumento suficiente de política para atraer inversiones. De hecho, los factores determinantes de la inversión extranjera en un país suelen ser los siguientes: a) el marco normativo general de la inversión extranjera (donde debería incluirse la existencia o no de un Tratado internacional), b) importantes factores económicos como serían el tamaño del mercado y la posibilidad de acceder a recursos naturales y c) los instrumentos que faciliten la actividad empresarial, como pueden ser la presencia de incentivos y una buena infraestructura logística. *Vid.* sobre esta cuestión, especialmente referido a Latinoamérica, K.P. Gallagher y M.B.L. Birch, “Do Investment Agreements Attract Investment? Evidence from Latin America”, *The Effects of Treaties on Foreign Direct Investment* (K.P. Sauvant y L.E.Sachs, eds.) Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 295-310.

sea el Estado en esta zona geográfica que recibe mayores flujos de inversión directa extranjera.

4. Hoy en día, la razón fundamental de la amplia utilización del arbitraje internacional en este ámbito a nivel universal se encuentra en el cada vez mayor entramado de Tratados de promoción y protección de inversiones. Estos Tratados 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<sup>10</sup>. 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 el Estado y el inversor. Dentro de éstas, la presencia del arbitraje internacional como método de solución preferido y el consentimiento otorgado por los Estados parte a someterse al mismo es casi una constante<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Desde 1959, año en que se realiza el primer Tratado entre Pakistán y Alemania, hasta la actualidad, se ha producido una auténtica eclosión en la negociación de estos textos internacionales, con un crecimiento exponencial en estos últimos años. Si bien tradicionalmente en estos Acuerdos únicamente se incluían disposiciones sobre promoción y protección de inversiones –de ahí la terminología utilizada–, en tiempos muy recientes esta materia se incluye como una más dentro de una negociación más amplia de Acuerdos de Libre comercio y Acuerdos de integración económica, donde se contemplan normas relativas al libre movimiento de mercancías, servicios, capital y personas. *Vid.* sobre esta cuestión, Unctad, *Regulación internacional de la inversión: balance, retos y camino a seguir*, 2008, pp. 7–34. Sobre el contenido de estos Tratados, R. Dolzer y M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Dordrecht, Kluwer, 1995; J.–P. Lavie, *Protection et promotion des investissements*, París, PUF, 1985; L. Migliorino, *Gli Accordi internazionali sugli investimenti*, Milán, Giuffrè, 1989; M.R. Mauro, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Turin, Giappichelli, 2003; A. Newcombe y L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, Kluwer, 2009. Sobre los TPPI celebrados por España, *vid.* I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, “Promoción y protección de las inversiones españolas en el extranjero: los APPRI”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. II, 2002, pp. 151–184; I. García Rodríguez, *La protección de las inversiones extranjeras. Los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

<sup>11</sup> La peculiaridad con que cuenta la iniciación de un arbitraje internacional basado en un TPPI consiste en la manera de otorgar el consentimiento por la parte estatal. Se puede decir que en las cláusulas contenidas en dichos TPPI lo que existe es una “oferta” de consentimiento o, dicho en otras palabras, un consentimiento avanzado por parte del Estado receptor de la inversión. *Vid.* sobre esta cuestión, B. Cremades, “Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment Protection Treaties”, *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21<sup>st</sup> Century. Liber Amicorum K–H. Böckstiegel*, Colonia, Carl Heymanns, 2001, pp. 149–164; J. Paulsson, “Arbitration without Privity”, *ICSID Review–FILJ*, vol. 10, n<sup>o</sup> 2, pp. 232 ss; A. Prujiner, “L’arbitrage unilatéral: un coucou dans le nid de l’arbitrage conventionnel?”, *Rev. arb.*, n<sup>o</sup> 1, 2005, pp. 63–99; W. Ben Hamida, *L’arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procé-*

5. Los inversores extranjeros en países latinoamericanos han manifestado tradicionalmente su consentimiento mediante la presentación de una solicitud de iniciación del procedimiento arbitral ante el Secretario General del CIADI. El arbitraje CIADI ha sido, hasta ahora, el más utilizado en el ámbito de las inversiones internacionales debido a sus características específicas en relación con el resto de arbitrajes internacionales, en especial, por sus caracteres de autonomía e independencia respecto de los tribunales nacionales y su régimen de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. Otras instituciones arbitrales son: la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. En todas ellas se han resuelto también, aunque en mucha menor medida, controversias en materia de inversiones extranjeras, actuando bien de acuerdo a sus propias reglas de arbitraje, bien bajo las directrices del Reglamento de Arbitraje Uncitral<sup>12</sup>.

## II. Las posiciones actuales enfrentadas respecto al arbitraje de inversiones

6. En los primeros años de este nuevo siglo hemos asistido a un importante incremento de las controversias surgidas entre los Estados latinoamericanos con los inversores extranjeros por poner un ejemplo, a finales de 2008, en un 54% de los asuntos pendientes ante el CIADI son parte algún Estado latinoamericano. Sin olvidar a México que se ha visto involucrado en varios arbitrajes como consecuencia de las disposiciones contempladas sobre métodos de solución de controversias inversor-Estado en el TLCAN, el caso paradigmático lo encontramos con Argentina. Este país ha visto como una multitud de demandas se interponían contra él en el CIADI por parte de inversores extranjeros como consecuencia de las acciones legislativas tomadas por el gobierno de este país durante la crisis económica. Está claro que una gran mayoría de las mismas tienen su fundamento en los mismos hechos y circunstancias. De esta manera, en los últimos años más de cuarenta procedimientos se han iniciado contra Argentina en

---

*dure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Tesis doctoral, París II, 2003, pp. 24-161.

<sup>12</sup> De acuerdo con los últimos datos ofrecidos por la Unctad, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, IIA monitor, n° 1, 2009, p. 2, de un total de 317 casos conocidos hasta finales del año 2008, 201 fueron iniciados en el CIADI, 83 de acuerdo con el Regl. Uncitral, 17 en Estocolmo, 5 en París y 5 fueron totalmente *ad hoc*.

el CIADI como consecuencia de las medidas legislativas de urgencia adoptadas por el gobierno de dicha nación en la crisis económica de 2001, entre ellas, la devaluación del peso argentino y la eliminación de la paridad de dicha moneda con el dólar. La gran mayoría de estos casos se refieren a la pérdidas sufridas en las concesiones por parte de empresas extranjeras en los sectores de servicios públicos, energéticos y de telecomunicaciones y se han fundamentado en las cláusulas de resolución de controversias previstas en los TPPI celebrados por Argentina en la década de los 90 del siglo pasado<sup>13</sup>.

A una situación similar se están viendo enfrentados en la actualidad Estados como Venezuela, Bolivia o Ecuador con las decisiones de nacionalizar distintos sectores económicos como el petrolífero o el de telecomunicaciones, el nuevo reparto de los beneficios por excedentes extraordinarios o la idea de modificar los actuales contratos de participación en contratos de prestación de servicios en el ámbito de los hidrocarburos.

7. Las recientes condenas indemnizatorias que, en algunas ocasiones, suponen importantísimas sumas de dinero para las maltrechas arcas de estos Estados, en los laudos arbitrales hasta ahora dictados y a las que, hipotéticamente deben de responder en los asuntos todavía pendientes ante los tribunales arbitrales, han desencadenado una especie de resurgimiento de la doctrina Calvo en algunos de los Estados latinoamericanos. De esta manera, en los últimos tiempos, comienza a rechazarse el sistema de arbitraje internacional y de esta manera, se cuestiona la posibilidad de que las partes puedan remitir en el plano internacional la solución de sus diferencias a tribunales distintos a los nacionales, especialmente cuando se trata de cuestiones de interés público<sup>14</sup>.

Esta idea ha encontrado una acogida favorable en doce países latinoamericanos Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Uruguay, Surinam y Venezuela que han llegado al acuerdo para crear un nuevo organismo que resuelva los litigios con empresas extranjeras que operan en sus territorios. Dicho organismo estaría integrado dentro de la estructura de la Unión de

---

<sup>13</sup> Para una visión general sobre los primeros asuntos que han sido solventados y de los resultados contradictorios a los que han llegado los tribunales arbitrales, J.E. Alvarez y K. Khamisi, "The Argentine Crisis and Foreign Investors. A Glimse into the Heart of the Investment Regime", *Yearbook on International Investment Law and Policy*, 2008/09, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 379–478.

<sup>14</sup> B. Cremades; "Arbitraje internacional: del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones", *RCEA*, 2007, p. 19.

Naciones Suramericanas UNASUR adoptada en Brasilia en mayo de 2008. Con ello se pretende dejar de lado la posibilidad de acudir al CIADI y que este nuevo organismo sea el que resuelva en exclusiva los conflictos en esta materia<sup>15</sup>.

8. Frente a esta postura hostil al arbitraje internacional y, para ser más concreto, frente al arbitraje CIADI, otro grupo de Estados continúa por la senda emprendida de favorecer la adopción de TPPI e incluir dentro de los mismos en un lugar preeminente al arbitraje internacional como método de resolución de controversias inversor-Estado. Un ejemplo claro lo tenemos en la postura mantenida por México que, a partir de la adopción del Tratado de Libre Comercio de América del Norte TLCAN, ha negociado y celebrado numerosos TPPI que, en gran medida, toman como modelo el capítulo XI del citado Tratado capítulo dedicado a las inversiones conjuntamente con la jurisprudencia arbitral derivada de la aplicación del mismo<sup>16</sup>.

9. Como una primera conclusión, por lo tanto, a la que podemos llegar respecto a la actual relación entre arbitraje internacional en materia de inversiones y Latinoamérica es la inexistencia de una posición común por parte de los distintos Estados que pertenecen a esta zona geográfica. Aunque sin una clara y rectilínea postura por parte de muchos de ellos, si que se puede diferenciar dos posiciones enfrentadas que tienen su fundamento en un claro componente político, pues mientras que un primer bloque sigue manteniendo un claro apoyo al arbitraje internacional contemplado en los Tratados internacionales de inversiones como manifestación de una apuesta por la economía libre de mercado México, Chile, Perú o Panamá son claros exponentes, un segundo bloque ha elegido o por lo menos amenaza en algunos casos por romper totalmente con el modelo económico establecido lo que conduce como una consecuencia inexorable al replan-

---

<sup>15</sup> Por ahora se viene realizando distintas reuniones de un grupo de trabajo denominado "mecanismo para la solución de controversias en materia de inversiones en el marco de UNASUR", en donde se discute, como un primer paso, la adopción de un marco jurídico para el establecimiento de un Centro de Asesoría Legal de UNASUR en materia de inversiones y la solución de diferencias. Este Centro de Asesoramiento, que cuenta ya con un precedente en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio, buscaría dar satisfacción a una de las mayores reivindicaciones de los países sudamericanos cuando estos se ven envueltos en un arbitraje internacional en este ámbito: la falta de preparación de muchos de sus funcionarios en estos temas supone el tener que buscar asesoramiento jurídico para la defensa de sus posiciones mediante la contratación de los servicios de firmas internacionales de abogados, lo que ha provocado que los costes derivados de los arbitrajes sean casi prohibitivos para las arcas de muchos de estos países.

<sup>16</sup> Sirvan como ejemplo los Acuerdos celebrados con España, India y China.



teamiento de la utilización del arbitraje internacional, o al menos del arbitraje CIADI, como método de solución de controversias en materia de inversiones Bolivia, Ecuador o Venezuela se incluyen en este segundo grupo. Con esa clara distinción, es momento de profundizar en el actual escenario planteado.

### **III. El bloque a favor: la aceptación del arbitraje en los recientes tratados internacionales**

10. Un primer bloque de Estados latinoamericanos sigue fiel al modelo implantado en los años 90 del siglo pasado de establecer un clima favorable para la inversión extranjera a través de, entre otros mecanismos, la celebración de Tratados internacionales sobre inversiones. En ellos, como norma habitual se incluyen disposiciones sobre métodos de solución de controversias inversor-Estado, presentándose como una vía siempre abierta al inversor extranjero la posibilidad de iniciar un arbitraje internacional. Dentro de esta tendencia hemos de incluir, entre otros, el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana de 2004 CAFTADR, el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Perú de 2006, o el Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre España y México de 2006. Los más recientes datos sobre la celebración de nuevos Acuerdos parecen mostrar una cierta disminución en su número, pero aún así, a mitad del año 2007, de un total cercano a los 2700 a nivel mundial, cerca de 500 correspondían a Acuerdos donde al menos una de las partes contratantes eran Estados latinoamericanos.

11. Centrándonos en las disposiciones contempladas en estos Acuerdos para solucionar las controversias inversor-Estado, hemos de señalar la variada tipología existente. Sin embargo, en los últimos años se viene observando ciertas modificaciones en los más recientes Acuerdos con el objetivo de incorporar las nuevas tendencias y retos a los que se enfrenta el arbitraje internacional en este ámbito<sup>17</sup>. Aún sin

---

<sup>17</sup> Sobre estas innovaciones referidas especialmente al Tratado de Libre Comercio entre Perú y EE UU, *vid.* F. Cantuarias Salaverry y F. Kundmüller Caminiti, "Solución de controversias inversionista-Estado", *TLC Perú-Estados Unidos: contenido y aplicación*, Lima, UPC, 2008, pp. 441-505. Para un examen de las disposiciones sobre la solución de controversias inversor-Estado en el US-CAFTA-DR, *Vid.* U.O. Onwuamaegbu, "Using Treaties to Define Rules of Procedure in Investor-State Arbitration: The CAFTA Example", *The Future of Investment Arbitration*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 69-88.

ánimo de ser totalmente exhaustivos, las características más novedosas se refieren a:

A) El amplio número de opciones que tiene el inversor extranjero de presentar su demanda ante distintas alternativas arbitrales, incluyendo el CIADI, un arbitraje *ad hoc* a desarrollar de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o incluso cualquier tipo de arbitraje que las partes hayan acordado en sus contratos de inversión.

B) El establecimiento de una cláusula de renuncia, con el objetivo de eliminar la posibilidad de una duplicidad de procedimientos.

C) La incorporación de una norma que permite la acumulación de procedimientos arbitrales, con la idea de evitar el riesgo de laudos contradictorios.

D) Evitar que el posible desarrollo de un procedimiento arbitral pueda ser utilizado por la parte inversora como un mecanismo de presión mediante la introducción de un procedimiento preliminar para evitar las demandas frívolas.

E) Eliminar la confidencialidad característica del arbitraje, mediante la introducción de normas que buscan una mayor transparencia del procedimiento y de los laudos arbitrales.

F) Contemplar la opción de que los terceros que están interesados en el procedimiento arbitral, dados los intereses públicos presentes casi siempre en los mismos, puedan intervenir de alguna manera mediante la presentación de escritos del tipo *amicus curiae*.

G) Generar una mayor coherencia en los laudos arbitrales mediante la incorporación de un mecanismo de alegaciones al proyecto de laudo arbitral y la opción abierta de la posible creación de un tribunal de apelación.

12. No cabe duda de que detrás de estas innovaciones que se vienen incorporando en los más recientes Acuerdos internacionales sobre inversiones se encuentran las críticas vertidas al sistema actual de solución de controversias en este ámbito<sup>18</sup>. Tales críticas, basadas en

---

<sup>18</sup> Tomando en consideración estas críticas, se ha abogado por romper con el sistema de solución de controversias establecido en este ámbito y sustituirlo por otro nuevo. Este nuevo sistema estaría basado en la creación de un tribunal internacional que sería el que debería resolver en exclusiva las controversias inversor-Estado. *Vid.* defendiendo esta

las alegaciones de una falta de imparcialidad, coherencia y transparencia en los procedimientos arbitrales, han conducido a una mejora saludable de las normas que regulan el arbitraje de inversiones, suponiendo también cambios en el propio CIADI donde se ha modificado el Reglamento de Arbitraje en el año 2006<sup>19</sup>. Estos cambios, sin embargo, parecen no ser suficientes para un cierto número de Estados latinoamericanos.

#### IV. Un incierto futuro en un bloque emergente de Estados

13. Tal y como ya hemos señalado, un cierto número de países latinoamericanos rechazan la posibilidad de acudir al arbitraje internacional, y más en concreto al CIADI, para resolver sus controversias con los inversores extranjeros. Esta posición se fundamenta en la idea de que los tribunales de esta institución arbitral han ido demasiado lejos al interpretar las disposiciones sustantivas contempladas en los TPPI suponiendo una carga excesiva de obligaciones para el Estado que ve reducido al mínimo su poder regulatorio y que de esta manera han favorecido de manera casi unánime a los inversores frente al Estado demandado. En una palabra les acusan de ser claramente parciales<sup>20</sup>.

Sin embargo, los datos empíricos no parecen apoyar las conclusiones tan radicales apuntadas. Así, existe una gran diferencia entre lo que a primera vista se suele proclamar en relación con la parcialidad del procedimiento arbitral a favor de los inversores demandantes y las

---

postura, G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007. Frente a estas soluciones rupturistas, se aboga por soluciones más continuistas pero con la introducción de mecanismos que traten de paliar las críticas recibidas, en especial, aumentando la transparencia y la intervención de los terceros interesados, *Vid.* en este sentido, C.N. Brower y S.W. Schill, "Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?", *Chi. J. Int'l. L.*, vol.9, 2008–2009, pp. 471–498.

<sup>19</sup> Junto con estas nuevas Reglas de Arbitraje, se modificó igualmente el Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI así como las Reglas de Arbitraje que regulan el Mecanismo Complementario. Las nuevas reglas pueden consultarse en la dirección electrónica <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc.htm>. Para un comentario a las mismas, A. McDougall y A. Santens, "ICSID Amends its Arbitration Rules", *Int'l. Arb. L. Rev.*, n° 4, 2006, pp. 119–122; M. Kantor, "ICSID Amends its Arbitration Rules", *Transnational Disputes Management (TDM)*, vol.3, n° 5, 2006; J. Levine, "Amendments to ICSID Arbitration Rules and Regulations", *TDM*, vol.3, n° 5, 2006.

<sup>20</sup> En este sentido, pueden consultarse las seis razones esgrimidas por el gobierno de Bolivia para la denuncia de la Convención CIADI que fueron expuestas en conferencia de prensa el 8 de mayo de 2007 y que son recogidas en la noticia "Bolivia withdraws from ICSID and plans to revise BITS", que puede consultarse en la dirección electrónica [http://www.boliviasoberana.org/blog/JuiciosCIADI/\\_archives/2007/5/9/2936982.html](http://www.boliviasoberana.org/blog/JuiciosCIADI/_archives/2007/5/9/2936982.html).

cifras reales de laudos condenatorios por las conductas de los Estados receptores de la inversión. En concreto, sólo un 38% de las decisiones arbitrales fueron favorables a la parte inversora, mientras un 57'7 % no otorgaron ningún tipo de compensación<sup>21</sup>. Estos datos, por tanto, no indican que los inversores triunfen en sus pretensiones en la gran mayoría de los asuntos, al contrario, indican que son los Estados parte en la diferencia los que, más a menudo, suelen hacer valer sus tesis. Profundizando más en esta cuestión, y atendiendo a las observaciones realizadas sobre las grandes cantidades de dinero a las que son condenados los Estados en los laudos arbitrales, podemos señalar que existe una gran diferencia entre lo que inicialmente se solicita por los inversores en su demanda y lo que finalmente se otorga en las decisiones arbitrales. Así, de los inicialmente reclamados de media por caso 343'4 millones de dólares, únicamente se condenó por una cuantía de 10'4 millones de dólares de media, existiendo únicamente 4 laudos en los que la cantidad fue superior a los 10 millones de dólares<sup>22</sup>.

14. Esta postura encuentra su embrión en la V cumbre de los Estados de la Alternativa Bolivariana para los pueblos de nuestra América ALBA, que tuvo lugar en abril de 2007, siendo recogido su testigo con posterioridad por parte de los países miembros del UNASUR, tal y como ya hemos señalado. Veamos en que se han plasmado hasta ahora las amenazas lanzadas contra el actual sistema de solución de controversias.

### *1. Bolivia*

15. Aunque todos los miembros del ALBA en abril de 2007 en abril del 2009 son Estados integrantes de esta organización: Cuba, Nicaragua, Bolivia, Venezuela, Dominica, Guatemala y Honduras, manifestaron su intención de abandonar el CIADI, por ahora el primer y único país que ha convertido en real la amenaza de salirse del sistema CIADI ha sido Bolivia. Así, el 2 de mayo de 2007, Bolivia denunció la Convención de Washington por la que se crea el CIADI.

De acuerdo con el art. 71 de este texto convencional, esta denuncia desplegará sus efectos seis meses después de dicha notificación, esto es, la denuncia ha llegado a ser efectiva a partir del 3 de noviembre de 2007. Con la misma este país deja de ser Estado contratante del texto

---

<sup>21</sup> S.D. Franck, "Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration", *North Carolina L. Rev.*, vol.86, 2007, p. 49.

<sup>22</sup> *Ibid.*, pp. 58-59.

convencional. Sin embargo, hemos de señalar que la misma no afecta al consentimiento otorgado con anterioridad por este Estado y por ello, las posibilidades de acudir a este arbitraje internacional siguen abiertas respecto de los derechos y obligaciones relativas a una inversión realizada antes de dicha fecha (téngase en cuenta el art. 72 Convención CIADI que señala que “las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los arts. 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario”).

Más en concreto, la condición de Estado contratante no perfecciona el consentimiento necesario para acudir a un arbitraje CIADI. Es preciso siempre que las dos partes, inversor y Estado, hayan otorgado su consentimiento a dicho arbitraje. Por lo tanto, las “ofertas” de consentimiento otorgadas por Bolivia en los TPPI que le vinculan seguirían estando vivas y podrían ser aceptadas por los inversores hasta la fecha en que se hizo efectiva la denuncia de la Convención CIADI. Esta problemática relativa a la aceptación posterior a la fecha de la denuncia por parte del inversor extranjero y sus efectos encuentra un excelente ejemplo en el asunto *ETI Euro Telecom International N.V. c. Bolivia*, donde el Secretario General del CIADI registró la solicitud de iniciación de arbitraje el 31 de octubre de 2007, esto es, justo unos pocos días antes de que la denuncia de la Convención CIADI por parte de Bolivia se hiciese efectiva. En la actualidad, y de acuerdo con los datos que manejamos, este procedimiento arbitral se encuentra suspendido a la espera de una decisión del tribunal arbitral sobre su competencia para poder decidir sobre la controversia planteada pues Bolivia la ha impugnado por falta de consentimiento estatal.

Sin embargo, mayores dudas se plantean para el supuesto de que la aceptación por parte del inversor fuese realizada con posterioridad a la fecha del 3 de noviembre de 2007 fecha en que se hizo efectiva la denuncia del texto convencional. En este caso, para E. Gaillard, el tenor literal del art. 72 del Convenio, permitiría que, dado que se hace referencia únicamente al consentimiento estatal y no al consentimiento de ambas partes, las “ofertas” estatales otorgadas por Bolivia en sus TPPI pudieran ser aprovechadas por parte de los inversores extranjeros para iniciar un arbitraje CIADI<sup>23</sup>. Sin embargo, en nuestra opi-

---

<sup>23</sup> E. Gaillard, “The Denunciation of the ICSID Convention”, *New York L. J.*, n° 122, 26 June 2007.

nión, dado que la “oferta” de consentimiento otorgado por Bolivia en sus TPPI para poder iniciar un arbitraje CIADI se extingue en sus efectos una vez que la denuncia de la Convención ha llegado a ser efectiva por así decirlo, existe una retirada del consentimiento avanzado con anterioridad, la solución contraria debería ser la preferible, y por tanto, no cabrían nuevos procedimientos arbitrales frente a Bolivia en el CIADI a partir del 3 de noviembre de 2007<sup>24</sup>.

Esta última solución, sin embargo, no debería hacernos llegar a la conclusión de que la vía del arbitraje internacional ha quedado cerrada a los inversores extranjeros. En efecto, de forma general, en los TPPI celebrados por Bolivia, el CIADI es sólo una alternativa, otorgándose, entre otras posibilidades, la opción de poder acudir a un procedimiento arbitral internacional regulado de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje Uncitral<sup>25</sup>. Como conclusión en relación a esta cuestión, por lo tanto, la retirada del CIADI por parte de Bolivia no significa un rechazo rotundo al arbitraje internacional como método de solución de controversias, sino más bien, una manera de mostrar una profunda rebeldía frente a una institución que no olvidemos depende del Banco Mundial.

16. A la primera medida descrita le ha acompañado otra de importante calado: la reforma constitucional aprobada por referéndum popular el 25 de enero de 2009 en la que, por una parte, el Estado asume el control y gestión de los recursos naturales art. 351 y por otra parte, prohíbe la posibilidad de acudir al arbitraje internacional en el

---

<sup>24</sup> En un sentido similar al texto, *vid.* S. Manciaux, “Bolivia’s Withdrawal from ICSID”, *TDM*, vol.4, n° 5, 2007.

<sup>25</sup> Como ejemplo puede aquí citarse el artículo 11.2 del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre España y Bolivia, hecho en Madrid el 29 de octubre de 2001 (*BOE*, 15-X-02) en donde se señala que:

“Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el apartado 1, la controversia podrá someterse, a elección del inversor:

A los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o a un tribunal de arbitraje *ad hoc* establecido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional; o al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el “Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo se haya adherido a aquél. En caso de que una de las Partes Contratantes no fuera Estado Contratante del citado Convenio, la controversia se podrá resolver conforme al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría del CIADI”.

caso de diferencias con inversores extranjeros relativas al sector de hidrocarburos art. 366.

## 2. Ecuador

17. La primera medida tomada por Ecuador en su intención de modificar su posición en relación con la posibilidad de arbitrar sus disputas con inversores extranjeros fue entregar una notificación al CIADI el 4 de diciembre de 2007. En dicha notificación, que se realizó de acuerdo al artículo 25.4 del Convenio de Washington que crea dicho Centro, se señala que Ecuador

“... no consentirá en someter a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) las diferencias que surjan en materias relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros. Todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresada por la República del Ecuador en someter esta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa la fecha de presentación de esta notificación, es retirado por la República del Ecuador, con eficacia inmediata a partir de esta fecha”.

Esta notificación, sin embargo, no puede entenderse nunca como una vía de retirada del consentimiento prestado con anterioridad, sino únicamente como un medio para informar al Centro sobre la clase o clases de disputas que un Estado acepta someter o no a su jurisdicción, pero siempre con vistas al futuro<sup>26</sup>.

18. A esta primera acción, igualmente le ha acompañado la intención de Ecuador de denunciar una serie de TPPI que, de acuerdo con lo manifestado por el gobierno de este país, no han supuesto ningún beneficio para su desarrollo económico<sup>27</sup>. Los nueve Acuerdos serían aquellos que le vinculan con El Salvador, Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, la República Dominicana, Paraguay, Uruguay y Rumania. En relación a los mismos, sin embargo, la mayoría de ellos contienen cláusulas que prescriben la continuidad de la protección otorgada respecto a las inversiones preexistentes durante un periodo de tiempo después de la denuncia de cualquiera de las partes contratantes.

---

<sup>26</sup> Vid. sobre esta cuestión, E. Fernández Masiá, *Arbitraje en inversiones...*, op. cit., pp. 120–122 y 149–150.

<sup>27</sup> L.E. Peterson, “Ecuador will denounce at least nine bilateral investment treaties”, *Investment Treaty News*, 5 de febrero de 2008, disponible en [http://www.iisd.org/pdf/2008/itn\\_feb5\\_2008.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2008/itn_feb5_2008.pdf).

19. Pero además, estas acciones han venido acompañadas por la aprobación de un nuevo texto constitucional que fue votado de forma favorable por el pueblo ecuatoriano el 28 de septiembre de 2008. En este texto constitucional se incluye el art. 422 que señala

“No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia”.

20. Por último, las amenazas vertidas durante los últimos años de retirarse del CIADI se han hecho realidad muy recientemente. Así, tras la solicitud del presidente Correa, la Asamblea Nacional el 12 de junio de 2009, ha aprobado la denuncia del Convenio CIADI, con lo que únicamente resta proceder posteriormente a notificar dicha decisión al Centro por parte de la Cancillería.

A pesar de esta retirada, Ecuador tiene pendientes varios procedimientos arbitrales en la actualidad y, aunque el presidente Correa ha declarado que se respetarán las decisiones adoptadas por los tribunales arbitrales, no parece que los hechos corroboren dichas manifestaciones a juzgar por lo ocurrido recientemente en el asunto *Perenco c. Ecuador* (caso CIADI n° ARB/08/6). En este caso, el tribunal arbitral emitió una decisión sobre medidas cautelares el 8 de mayo de 2009 en la que se recomendaba a Ecuador que se abstuviera de tomar cualquier medida en contra de la petrolera francesa<sup>28</sup>. Tal decisión no impidió que unos pocos días después, el 15 de mayo de 2009, Petroecuador, la petrolera estatal ecuatoriana, subastase 1,4 millones de barriles de crudo incautados a la compañía francesa Perenco como consecuencia de la deuda que Ecuador reclama a esta empresa por la falta de cumplimiento de la Ley sobre beneficios sobre ganancias extraordinarias Ley que obliga a pagar al Estado el 99% de las ganancias extraordinarias obtenidas por los inesperados altos precios del crudo y que no estaban contempladas en los contratos originales. Finalmente, la subasta se declaró desierta por falta de postores<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Decisión sobre medidas cautelares, de 8 de mayo de 2009, disponible en la página web del CIADI, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>.

<sup>29</sup> D. Vis-Dunbar, “Ecuador Defies Provisional Measures in Dispute with French Oil Company”, *Investment Treaty News*, June 2009, p. 2, disponible en <http://www.investmenttreatynews.org/documents/p/158.aspx>.



### 3. Venezuela

21. En relación a la postura de este país, la Asamblea Nacional de Venezuela solicitó al gobierno de su país la retirada de Venezuela del CIADI el 12 de febrero de 2008<sup>30</sup>. Sin embargo, posteriormente no se ha dado ningún otro paso formal para hacer realidad tal petición. Además, el gobierno venezolano ha denunciado con fecha de 21 de abril de 2008 el TPPI que le vinculaba con Holanda y que había sido utilizado en algunas ocasiones como vía indirecta por parte de empresas de terceros países para lograr una cobertura jurídica de sus inversiones en dicho país mediante la creación de sociedades intermedias constituidas en Holanda<sup>31</sup>. Esta acción impide que las nuevas inversiones se puedan valer de la protección otorgada por dicho Acuerdo una vez que la denuncia despliegue sus efectos 1 de noviembre de 2008, pero no impide que las inversiones preexistentes puedan seguir gozando de la protección tanto material como procesal, incluyendo a los métodos de solución de controversias inversor-Estado, durante un periodo de quince años, plazo de pervivencia de sus efectos contemplado en dicho Tratado.

22. Por último, es importante resaltar la decisión adoptada por el Tribunal Supremo de este país de 17 de octubre de 2008 en relación con la interpretación que ha de concederse al consentimiento otorgado por el Estado venezolano al recurso al arbitraje internacional en el art. 22 de la Ley de promoción y protección de inversiones de 1999<sup>32</sup>. En esta sentencia, este Tribunal ha negado que dicha expresión de voluntad pueda considerarse una verdadera “oferta” de consentimiento estatal que permitiría entender que una posterior aceptación por parte del inversor extranjero, satisface el requisito de la necesidad de un consentimiento muto de las partes para poder iniciarse un procedimiento arbitral válidamente. Por el contrario, se entiende que para que pueda existir consentimiento es preciso un posterior acuerdo específico entre el Estado y el inversor. Si dicha interpretación será o no aceptada por los tribunales arbitrales con posterioridad, es una cues-

---

<sup>30</sup> Esta petición figura en el Acuerdo de la Asamblea Nacional sobre la Campaña de la Transnacional Exxon Mobil contra Petróleos de Venezuela S.A., *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, n° 38869, de 13 de febrero de 2008.

<sup>31</sup> L.E. Peterson, “Venezuela surprises the Netherlands with termination notice for BIT”, *Investment Arbitration Reporter*, vol.1, n° 1, 16 de mayo de 2008, disponible en <http://www.iareporter.com/Archive/IAR-05-16-08.pdf>.

<sup>32</sup> La sentencia se puede consultar en la dirección electrónica <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1541-171008-08-0763.htm>.

ción abierta de suma importancia, a juzgar por los asuntos que se están iniciando en el CIADI fundamentando la competencia de los tribunales precisamente en dicha “oferta” de consentimiento estatal *Brandes Investment c. Venezuela* es un buen ejemplo.

#### 4. Argentina

23. El caso argentino es especial debido a las múltiples demandas a las que se ha visto enfrentado este Estado como consecuencia de las acciones legislativas tomadas por el gobierno durante la crisis económica de los años 2001–02. En un primer momento y pensando sobre todo en las posibles condenas que significarían un gran lastre financiero para su maltrecha economía, la actitud de este país fue de claro rechazo al sistema de solución de controversias inversor–Estado implantado en los TPPI celebrados por este Estado. Ello se tradujo en la idea de tomar medidas legislativas que conllevaran la posibilidad de revisar los laudos arbitrales por parte de los tribunales argentinos y la obligación de que los inversores acudiesen para resolver sus diferencias únicamente a aquellos. Sin embargo, esta postura ha cambiado en los últimos tiempos, como consecuencia de la salida del gobierno del anterior ministro de Justicia Horacio Rossatti y su sustitución por Guglielmino. La idea se ha centrado hasta ahora en agotar los cauces previstos en el sistema CIADI, a través del recurso de anulación, y al mismo tiempo, intentar en ese periodo, una renegociación de los contratos de concesión para lograr un acuerdo amistoso con los inversores extranjeros, a fin de terminar con los procedimientos arbitrales pendientes<sup>33</sup>.

24. Sin embargo, los próximos meses se nos antojan decisivos para conocer si Argentina desea seguir manteniéndose dentro del sistema del CIADI. En efecto, el tiempo se echa encima y las primeras decisiones sobre anulación de los laudos en los que había sido condenado el Estado argentino a pagar, en algunas ocasiones, millones de dólares caso CMS, por ejemplo ya están sobre la mesa y, tras la terminación de la suspensión de la ejecución de dichos laudos otorgada por los Comités de anulación, es hora de hacer frente a las obligaciones pecuniarias derivadas de las mismas. Y por ahora parece que el pago no se va a producir. Esta falta de pago se debe a la postura mantenida en la actualidad por Argentina en relación con la interpretación que debe

---

<sup>33</sup> Vid. sobre esta cuestión, A. Rodríguez Saa, “Argentina Latest Policy Evolution with respect to ICSID Cases”, *TDM*, vol. 2, n° 5, 2005.

otorgarse a los arts. 53 y 54 de la Convención CIADI<sup>34</sup>. Mientras que el art. 53 se refiere al carácter obligatorio de los laudos arbitrales, el art. 54 establece el régimen específico de reconocimiento y ejecución. Para Argentina estos preceptos conducen a que el inversor, para poder cobrar la condena pecuniaria, ha de acudir obligatoriamente a los tribunales argentinos y allí solicitar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. Una interpretación, que tal y como ya hemos manifestado en otro lugar, nos parece totalmente errónea<sup>35</sup>.

## V. Valoración final

25. Una mirada a la actual situación del arbitraje de inversiones extranjeras en Latinoamérica nos invita a valorarla con prudencia. Si bien los días de vino y rosas parecen haber encontrado su fin, tampoco hemos de ser totalmente catastrofistas. Es verdad que los hechos nos dicen que el arbitraje CIADI va a retroceder, pero ello no conlleva que el arbitraje de inversiones desaparecerá en este ámbito geográfico. El arbitraje *ad hoc* sigue siendo una posibilidad totalmente abierta, y en un futuro, el proyectado nuevo organismo latinoamericano de solución de diferencias de inversiones podría convertirse en un nuevo referente del arbitraje internacional en este sector. El tiempo lo dirá.

*RESUMEN:* La actitud de algunos países de Latinoamérica hacia el arbitraje en inversiones extranjeras ha cambiado en estos últimos años, y en especial en relación con el arbitraje CIADI. Los ejemplos más críticos de esta reciente hostilidad los encontramos en los casos de Bolivia, Ecuador y Venezuela. Estas tendencias contrarias al arbitraje se han plasmado en una serie de medidas que van desde reformas constitucionales, pasando por la denuncia de la Convención CIADI hasta la terminación de algunos Tratados bilaterales de protección de inversiones. Sin embargo, frente a esta posición, otros países latinoamericanos muestran otra postura mucho más favorable hacia el arbitraje de inversiones, postura que se ve apoyada por la adopción de nuevos Tratados internacionales donde se incluye al arbitraje internacional, incluido el arbi-

<sup>34</sup> Esta argumentación se expone con claridad en la decisión de 7 de octubre de 2008, del Comité *ad hoc*, en el caso *Enron c. Argentina*, cdo.15, donde se declara que "...Argentina no se encuentra en incumplimiento del laudo CMS ya que: i) El artículo 53 del convenio del CIADI no le impone la obligación de efectuar el pago voluntariamente, ii) conforme al art. 54 del Convenio del CIADI, los acreedores de laudos deben cumplir los requisitos formales que cualquier persona debe seguir en Argentina para obtener el cumplimiento de una sentencia firme de un tribunal local..."

<sup>35</sup> E. Fernández Masía, "La estrategia de Argentina de dilatar el pago de las condenas comienza a encontrar obstáculos en el CIADI", en este número de la Revista, *infra*, pp. 791-796.

traje CIADI, como el método para resolver las diferencias que puedan surgir entre los inversores extranjeros y el Estado receptor de la inversión. En este contexto, se ha planteado la idea de crear un nuevo foro de arbitraje a nivel regional que se ocuparía de resolver este tipo de disputas cuando el Estado implicado fuese latinoamericano. Si dicha idea ve finalmente la luz, está claro que el arbitraje internacional en inversiones extranjeras en este ámbito geográfico adoptaría una nueva fisonomía.

**PALABRAS CLAVE:** ARBITRAJE – INVERSIONES – LATINOAMÉRICA – CIADI.

*ABSTRACT: The attitude in some Latin America countries towards investor–State arbitration has changed in these last years, especially towards ICSID arbitration. The most critical examples of this recent hostility are found in the cases of Bolivia, Ecuador and Venezuela. These anti–arbitration trends have been implemented with a spectrum of measures, ranging from constitutional reforms, denunciation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (The ICSID Convention) to terminate bilateral investment protection treaties. But in front of this position, some other countries have a different approach. This position has as examples the adoption of new international instruments which contemplate international arbitration, included ICSID, as a mean of resolving investor–State disputes. In this context, the idea of creating of a new forum to resolve investor–State disputes at the regional level is a new way to show that the international arbitration has not a problem of viability in Latin America, but perhaps its face changes in the future.*

**KEY WORDS:** ARBITRATION – INVESTMENTS – LATIN AMERICA – ICSID.