

Arbitrando la inversión

Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA

Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica del Perú .
Estudio Fernando de Trazegnies Granda, Abogados

Sumario: I. Aparición del arbitraje de inversión. II. Elementos propios del arbitraje de inversión. 1. Los sujetos: Estado e inversionista extranjero. 2. Las fuentes del nuevo Derecho de la inversión. 3. La noción de inversión. 4. El Derecho aplicable. 5. Una nueva forma de razonamiento jurídico. III. Los principios fundamentales: la buena fe como eje del sistema de principios del derecho internacional. IV Conclusiones.

I. Aparición del arbitraje de inversión

Me parece importante poner de relieve una nueva modalidad de arbitraje que ha adquirido personalidad propia y que resulta de la mayor importancia en nuestro mundo globalizado. Me refiero al arbitraje de inversión. No es una criatura que pudiéramos considerar como recién nacida. Diría más bien que ya es una categoría arbitral adolescente. Sin embargo, todavía es poco conocida y, como tiene una edad relativamente joven, queda mucho por hacer respecto de ella a fin de asegurarle un crecimiento adecuado. Por eso, considero que el tema es de la mayor relevancia y de toda oportunidad.

Las categorías clásicas del arbitraje han sido las de arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia. Los límites entre estos dos tipos de procesos son complicados: el procedimiento tiende a ser similar y los métodos de razonamiento cada vez se acercan más, particularmente cuando la materia de la controversia no es una materia estrictamente técnica sino que involucra una perspectiva jurídica. Pero, mal que bien, la distinción ha resistido el

paso de los años y, aun cuando no sabemos muy bien qué hacer con ella, está presente en todas las leyes de arbitraje.

Luego se creó una diferenciación adicional entre el arbitraje nacional y el arbitraje internacional (me estoy refiriendo al arbitraje comercial o de negocios y no al arbitraje político entre Estados por razones de fronteras u otras de Derecho Público que, obviamente, es bastante antiguo). Esta división se encuentra acorde con la extraordinaria evolución del comercio mundial de los últimos cien años.

Pero a fines del siglo XX aparece una nueva categoría – llamada arbitraje de inversión– que, manteniéndose dentro del campo del arbitraje internacional en materia de negocios, se separa del arbitraje puramente comercial y se constituye así como un tipo independiente.

En realidad, si bien los arbitrajes internacionales existen desde hace mucho tiempo –tanto en cuestiones de Derecho Público como en cuestiones de Derecho Privado– el arbitraje de inversión no se conocía en el siglo XIX, probablemente porque no era necesario. Durante esa época de apogeo imperialista, las potencias internacionales invertían particularmente en sus propias colonias; motivo por el cual los conflictos eran resueltos con el Derecho de la metrópoli. Además, esta relación de metrópoli y colonia no daba cabida al conflicto –que hoy llamamos propiamente de inversión– entre un inversionista extranjero y un Estado receptor, distinto del Estado al cual pertenece el inversionista. Cuando la inversión se producía excepcionalmente en un país independiente que no era colonia del país del inversionista o cuando se suscitaban problemas comerciales con las colonias de otro país, las potencias entre sí, en defensa de sus inversionistas, planteaban reclamaciones diplomáticas de Estado a Estado y, eventualmente, acudían a la acción militar.

Alguna vez se recurría excepcionalmente al arbitraje en las relaciones comerciales que afectaban a ciudadanos de dos Estados diferentes o en los actos de un Estado que lesionaban el derecho de un comerciante extranjero. Pero no se trataba de un arbitraje profesional sino político, ya que se buscaba como árbitros a des-

tacados Jefes de Estado de países ajenos a la controversia. En el Perú tenemos un caso de arbitraje en el siglo XIX, cuando el barco peruano “María Luz”, que transportaba coolies chinos desde la Macao al Callao, tuvo que acogerse al abrigo del puerto de Yokohama para reparar los graves daños en su velamen causados por un temporal en medio del Océano. En esas circunstancias, la nave fue retenida por el Gobierno de Japón aduciendo que el transporte de inmigrantes chinos a América en condiciones particularmente duras no podía ser aceptado por el Japón. Es así como los inmigrantes chinos fueron devueltos a su país, el Capitán peruano y su tripulación regresaron al Perú en una nave de pasajeros y el “María Luz” permaneció durante varios años en el puerto japonés sin que el Gobierno nipón diera señales de devolverlo. Finalmente, se logró pactar un arbitraje para resolver el problema. Japón y el Perú discutieron sobre los posibles árbitros, considerándose entre ellos a la Reina de Inglaterra, al Presidente de los Estados Unidos, al Emperador de Alemania, al Rey de Bélgica y otros similares. Uno y otro país objetaban cada propuesta aduciendo que se trataba de un Jefe de Estado con alianzas o cercanía política con la parte contraria. Finalmente se nombró como árbitro para dirimir esa controversia entre el Emperador del Sol Naciente y el Presidente del Perú nada menos que al Zar de todas las Rusias¹.

En el fondo, las controversias comerciales internacionales quedaban sometidas a las jurisdicciones acordadas por las grandes potencias, lo que hacía dudar de su imparcialidad irritando a los países emergentes. En este sentido, América Latina era particularmente sensible ya que, sin ser colonia de ningún otro país, estaba sometida a los dictados de las grandes potencias colonialistas.

Es por ello que el planteamiento más radical y valiente surge de América Latina. El jurista y diplomático argentino Carlos Calvo, planteó como doctrina la política de no aceptar tanto la reclamación diplomática respecto de asuntos privados como tampo-

¹ F. de Trazegnies, *En el país de las Colinas de Arena. Reflexiones sobre la inmigración china en el Perú del siglo XIX*, t. II, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, pp. 626-634.

co la jurisdicción extranjera en los contratos celebrados por el Estado. Es en esta forma que se incorporó en dichos contratos la llamada “cláusula Calvo” por la que las partes –básicamente, el inversionista extranjero– se comprometen a no recurrir a una reclamación diplomática y a someter toda controversia a la jurisdicción de los jueces locales. De esta manera, la única vía de solución de conflictos entre un inversionista y el Estado receptor, que quedaba posible, era la de los Tribunales nacionales del país que acogía la inversión. Sin embargo, esta doctrina, imbuida de una dignidad altiva, no funcionó cuando menos en el aspecto del sometimiento del inversionista extranjero a los tribunales nacionales; por el contrario, su aplicación trajo consecuencias funestas para la economía latinoamericana.

Como era de esperar, los inversionistas foráneos no estaban dispuestos a arriesgar sus capitales en América Latina colocándolos en manos de la justicia local, de la cual pudiera temerse que fuera parcializada contra el extranjero. La cláusula Calvo era un sueño de rebeldía que satisfacía el ego latinoamericano pero producía gravísimos daños desde la perspectiva del desarrollo económico. Las inversiones se hicieron más cautelosas y no se realizaron en la magnitud deseada por los propios países en desarrollo. A falta de inversiones y dada la necesidad de capital, fue necesario recurrir a los préstamos internacionales. Algunos países latinoamericanos aceptaron excluir excepcionalmente estos préstamos de la mencionada cláusula y admitir un arbitraje en el extranjero. Pero este sistema basado en préstamos ahorcaba económicamente a los países en desarrollo, con los pagos del capital y de los intereses. Es así como se tuvo consciencia de la urgencia –aún más apremiante en un mundo en proceso galopante de globalización- de facilitar la inversión extranjera en sustitución del préstamo internacional, de manera que no hubieran armadas que pagar y que quienes traían su capital al país estuvieran sujetos a los riesgos normales de toda inversión. La inversión extranjera no debía ser considerada condenable como antaño sino que, por el contrario, debía apreciarse como condición esencial del desarrollo económico.

A partir de esta nueva manera de ver las cosas, se desarrollaron varias iniciativas para buscar un sistema arbitral independiente, técnico, que diera confianza al inversionista pero que permitiera a su vez una defensa válida del Estado receptor. Entre ellas, una de las más importantes fue la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (el CIADI o el ICSID, según sus siglas en inglés), que pone a disposición de países y de inversionistas la posibilidad de solucionar sus disputas ante árbitros internacionales expertos en la materia, bajo la supervisión de una institución también internacional de gran prestigio, como es el Banco Mundial. Y es de esta manera que, dentro del arbitraje internacional, asume personalidad propia el arbitraje de inversión, distinguiéndose del arbitraje comercial.

No hay duda ahora que –como señala Bernardo M. Cremades²– se ha abierto una nueva categoría de arbitrajes, que va desarrollando su propia jurisprudencia y sus propios principios. Y el Prof. Thomas Wälde hace la distinción conceptual con los arbitrajes internaciones comerciales de una manera muy clara: los arbitrajes comerciales, dice, “suponen partes más o menos iguales que llevan a cabo complicadas transacciones comerciales internacionales. El arbitraje en materia de inversiones difiere fundamentalmente del arbitraje comercial internacional: rige la situación de un inversionista extranjero expuesto a la soberanía y a las potestades gubernamentales de un Estado en materia reglamentaria, administrativa y de otro género”³.

² B.M^a Cremades, “Recent Developments in Investment Arbitrations: Claims under Investment Treaties for Conducts that also involves Contracts with Governments or Government-attributed Entities”, *Transnational Dispute Management*, vol. 1, n^o 3, Julio 2004

³ Prof. Thomas Wälde: Opinión independiente de 26 de Enero de 2006, en el arbitraje realizado conforme al Capítulo XI del TLCAN y a las Reglas de Arbitraje de la Cnudmi: *International Thunderbird Gaming v. Los Estados Unidos Mexicanos*, Párrafo 12.

II. Elementos propios del arbitraje de inversion

1. Los sujetos: Estado e inversionista extranjero

No cabe duda de que el origen remoto de este nuevo Derecho de la Inversión se encuentra en la *lex mercatoria* de la Edad Media como protección del extranjero en tanto que parte débil de la relación contractual con los naturales de un lugar.

Como se recordará, hacia el siglo XII se produce en Europa un auge del comercio a distancia con las caravanas de comerciantes que, corriendo múltiples riesgos, viajan hasta el Asia para traer especies, seda, perfumes y otros productos hasta entonces desconocidos en Occidente. Y luego visitan las ciudades europeas por unos días ofreciendo en ellas sus productos. Sin embargo, esos extranjeros itinerantes temían ser objeto de la envidia, de la codicia o simplemente de la trapacería local, tanto a manos de los lugareños como de la autoridad municipal. Se sentían débiles frente a la autoridad política local que podía exigirles obligaciones arbitrarias y luego aplicar severas multas por su infracción, quedándose con la mercadería que tanto esfuerzo había costado obtener a esos comerciantes viajeros. Desconfiaban también de la autoridad judicial del lugar –que en esa época se identificaba muchas veces con la autoridad política– para someter sus pleitos contra los lugareños en relación con las compraventas efectuadas, porque pensaban que esos jueces iban a tender a considerar con mejores ojos a los locales que a los extranjeros. Y es desde esta percepción de la desigualdad del extranjero que surgen las protecciones que constituyen la llamada *lex mercatoria*⁴.

En el mundo de hoy, ha surgido este nuevo Derecho de la Inversión Extranjera cuya principal característica es que regula las

⁴ Vid. F. de Trazegnies, “¿Lex mercatoria rediviva? Primera Parte: De la Edad Media a la Postmodernidad”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 3, 2006.

relaciones entre el inversionista extranjero y el Estado receptor, considerando –una vez más– la debilidad inherente del inversionista frente al Estado.

Lo que pretende este Derecho en formación es colocar en un pie de igualdad al inversionista privado extranjero y al Estado receptor, vinculando así de manera equitativa a una persona de derecho privado con una persona de derecho público que gobierna un país distinto al del origen de la inversión. Hasta entonces, no era posible para una empresa privada iniciar un procedimiento internacional de solución de conflictos contra un Estado. Hasta la creación de este nuevo Derecho, el Estado receptor no podía ser demandado por un particular ante un Tribunal internacional. Todo lo que podía hacer el inversionista era demandar a ese Estado ante el Poder Judicial local. En cambio, en el plano internacional sólo le quedaba la posibilidad de ejercer una presión de hecho, a través de su propio Gobierno; presión que podía ser una simple intervención diplomática, una ruptura de relaciones y, finalmente, si el caso lo justificaba, la acción armada. En cambio, a través del CIADI y otros mecanismos, se instituyó un procedimiento privado, en el plano netamente jurídico, para tratar de conciliar o de resolver por arbitraje el conflicto.

Este tipo de Derecho de la Inversión –y la consecuente modalidad de arbitraje– no se ocupa de los problemas del inversionista extranjero con sus proveedores locales ni con ningún otro elemento privado vinculado a su operación. El campo exclusivo al cual me estoy refiriendo como propio de esta nueva rama del arbitraje son las relaciones entre ese inversionista extranjero y el Estado receptor, en tanto que éste, a través de su *ius imperium*, puede perturbar la operación económica normal del inversionista. Cabe la posibilidad de que el Estado receptor, actuando como Estado, ponga dificultades anormales para dar la autorización a la actividad materia de la inversión o que discrimine entre los inversionistas nacionales y extranjeros o que afecte, directa o indirectamente, la propiedad, las ganancias y, en general, los derechos del inversionista sin un motivo legítimo.

La posibilidad de un arbitraje internacional independiente, a cargo de expertos y no de políticos ni de personas vinculadas a

la actividad económica ni del país inversionista ni del país que recibe la inversión, es sin duda un paso adelante para facilitar las inversiones más allá de las fronteras en todas partes del mundo. De esta forma, el Estado receptor se cuidará particularmente de no incurrir en acción alguna que afecte su imagen en el mercado de capitales, ya que le interesa ser elegido por los inversionistas a fin de promover su propio desarrollo económico; y, por otra parte, el inversionista sabe que no será juzgado con las leyes y por los tribunales de su país de origen pero tampoco con las leyes y por los tribunales del país con el que tiene conflicto. La resolución del conflicto estará a cargo de un tribunal independiente en el que participarán los mejores especialistas internacionales.

Como puede apreciarse, la razón de esta protección al inversionista se basa en una comprobación fáctica, similar a la efectuada por los comerciantes medievales respecto del riesgo jurídico que está implícito en toda operación en el extranjero. El Estado receptor juega un doble papel que crea una gran vulnerabilidad al inversionista extranjero: es contratante y además es autoridad con imperio. En otras palabras, el Estado receptor, de un lado, es la contraparte del inversionista extranjero; de otro lado, esa contraparte es la autoridad que rige las actividades del inversionista y, por ese motivo, puede imponerle reglas que afecten sus derechos.

Este rasgo protector del inversionista extranjero que domina el arbitraje de inversión lleva a una asimetría en la construcción del sistema: el inversionista puede demandar al Estado receptor, pero el Estado no puede demandar al inversionista. Pero esta asimetría se justifica en el hecho de que el Estado puede en cualquier momento aplicar el Derecho nacional al inversionista, sin consultar a nadie; por consiguiente, es al inversionista a quien hay que darle un medio de defensa a través de un juicio imparcial mediante árbitros. En ese sentido, como dice el Prof. Waelde, la aparente asimetría del arbitraje de inversión es una forma de equilibrar la asimetría constitutiva de la relación en la que el Estado tiene todos los poderes frente al inversionista. Así

esa aparente asimetría arbitral es el otro lado del espejo de la asimetría que existe en la realidad⁵.

2. Las fuentes del nuevo Derecho de la inversión

Otro elemento que distingue este Derecho sui generis del Derecho Internacional Comercial es el hecho de tener fuentes propias.

Indudablemente, una fuente fundacional es la Convención de Washington por la que se creó el CIADI en 1966 y a la cual se ha adherido el Perú. En ella se establece, dentro de la línea de la Doctrina Calvo, que ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en acogerse a dicha Convención⁶. Pero, en vez de exigir el sometimiento a la jurisdicción de los tribunales locales, la Convención crea una jurisdicción arbitral absolutamente internacional que se extiende a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante, siempre que las partes hayan consentido por escrito en someterlas al Centro⁷.

Una de las formas que fueron empleadas para someterse a la jurisdicción del CIADI fueron los Convenios de Estabilidad Jurídica, suscritos entre los inversionistas y el Estado receptor, bajo la forma de un contrato. Sin embargo, actualmente existe un nuevo medio legal bastante novedoso que son los Tratados Bilaterales de Inversión (o BITs, según sus siglas en inglés).

⁵ T.W. Waelde, *International Investment Law: An Overview of Key Concepts and Methodology. Report of the 2004 Research Seminar on International Investment Law*, La Haya, Academy of International Law. Octubre 2005, p. 14.

⁶ Convención de Washington, art. 27 (1).

⁷ Convención de Washington, art. 25.

Los BITs (Bilateral Investment Agreements) son Tratados entre países en virtud de los cuales se establecen recíprocamente garantías para la inversión privada en sus respectivos territorios. Estos instrumentos legales –tanto los Convenios de Estabilidad Jurídica como los BITs– presentan variaciones en su redacción. Pero todos ellos contienen garantías respecto de la no discriminación del inversionista extranjero, así como sobre expropiación, transferencias de capital y otros temas similares, estableciendo generalmente que las discrepancias a este respecto podrán ser conocidas sea por los tribunales del país en el que se realizó la inversión, sea por un arbitraje del CIADI o un arbitraje ad hoc de acuerdo a las reglas de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, a elección del inversionista.

Por el momento, hay suscritos ya más de 2.500 BITs. El Perú ha suscrito alrededor de 30 BITs, con países de todas partes del mundo. No hay duda de que estos acuerdos, en aquello que tienen de común –y es mucho– han ido formando una cierta consciencia de lo que la comunidad jurídica internacional piensa sobre las condiciones justas del tratamiento a la inversión extranjera. Cuando el Perú suscriba el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica, éste funcionará como un BIT.

Otra fuente jurídica importante en esta materia son algunos Tratados Multilaterales que establecen también sistemas de protección al inversionista. Quizá el más característico es el North American Free Trade Agreement (conocido como NAFTA), que agrupa a México, Estados Unidos y Canadá.

Sin embargo, una de las fuentes jurídicas más importantes en esta materia es la jurisprudencia que, si bien no es vinculante, va estableciendo las bases de una doctrina generalmente admitida y de un Derecho Consuetudinario Internacional. Como señala Tomas W. Waelde, si bien los tratados bilaterales, los multilaterales y los convenios de estabilidad jurídica proporcionan un importante soporte al Derecho de la Inversión, no cabe duda de que el impulso creativo de principios e interpretaciones en

esta materia está dado por los tribunales arbitrales que conocen casos de inversión⁸.

3. *La noción de inversión*

Un concepto particularmente crítico es el de inversión, porque estamos vinculando todo este nuevo sistema jurídico –y el arbitraje al que da lugar– a ese tipo de operación económica; por tanto, debemos tener particular cuidado en precisar aquello que se entiende por inversión.

La definición de la inversión es muy controvertida en sus límites.

En los años 1970 y bajo la influencia del Fondo Monetario Internacional se designaba inversión extranjera a la asignación duradera de capital y, por ese motivo, se asimilaba esta expresión al derecho de propiedad. En cambio, actualmente los BITS incluyen generalmente las deudas dentro del término de inversión, a condición de que estén vinculadas al desarrollo nacional, es decir, que no se trate de los préstamos bancarios a corto plazo⁹. En cambio no parecen asimilables al concepto de inversión las reclamaciones pecuniarias que se deriven de operaciones simplemente de compra de bienes o servicios o del otorgamiento de créditos comerciales.

En materia de deudas, hay incluso cuando menos dos casos en los que la reclamación fue planteada sobre la base de los respectivos BITS –uno contra Venezuela y otro contra la República Eslovena– donde el Tribunal Arbitral resolvió que el arbitraje de inversión era competente para conocer reclamaciones sobre deudas. Thomas W. Waelde se pregunta por qué, entonces, estos casos no son más frecuentes. Y responde que ello obedece no a que el BIT no sea aplicable sino a que en las relaciones financieras se pacta generalmente que los conflictos que resulten de

⁸ T.W. Waelde, *op. cit.*, p. 4.

⁹ Thomas W. Waelde: *The Serbian Loans Case – A Precedent for Investment Treaty Protection of Foreign Debt?*. Diciembre de 2004, pp. 15 y 16.

ellas serán resueltas por los Tribunales de Nueva York o de Londres, lo que hace inoperativo el BIT en este campo¹⁰. Por otra parte, los principios y remedios desarrollados por el arbitraje de inversión a los que me referiré más adelante, tales como el tratamiento correcto y equitativo, la no discriminación, la condena a la expropiación indirecta y otros, no han sido pensados en función de obligaciones financieras y, por tanto, no se ajustan adecuadamente a este tipo de reclamaciones¹¹. Sin embargo, el Prof. Waelde considera que, pese a ello, el arbitraje de inversión puede adaptarse perfectamente y con ventaja a los préstamos vinculados con el desarrollo económico.

4. El Derecho aplicable

Un elemento peculiar del Derecho de la Inversión Extranjera es también la ley aplicable para la resolución de conflictos.

A este respecto, la Convención de Washington establece que el Derecho aplicable en el arbitraje será el acordado por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables¹².

Sin embargo –y esto es de la mayor importancia– reiterada jurisprudencia de los Tribunales CIADI ha establecido que en todos los casos debe aplicarse el Derecho Internacional como fuente paralela y de alguna manera controladora de los Derechos nacionales que pudieran ser aplicables por acuerdo entre las partes o de oficio, debido a que el Derecho Internacional proporciona un standard mínimo de garantías que no pueden ser soslayadas mediante la aplicación de ningún Derecho nacional. De esta manera ha sido consagrada la aplicación tutelar del Derecho Internacional, en razón de la debilidad de una de las partes, aquellos en los que las partes han expresamente conve-

¹⁰ *Ibid.*, p. 13.

¹¹ *Ibid.*, p. 14.

¹² Convención de Washington, art. 42 (1).

nido en someterse a un sistema jurídico nacional determinado, sin mencionar a las reglas de Derecho Internacional¹³.

Es verdad que, en relación con el art. 42 del Reglamento del CIADI, se ha pretendido sostener que el Derecho Internacional se aplica sólo para llenar los vacíos de la ley nacional escogida o, a falta de una elección, los vacíos de la ley nacional del país donde se hace la inversión.

Sin embargo, este tema fue expresamente discutido en la Comisión que preparó el proyecto de Reglamento y, por abrumadora mayoría, ganó la tesis de que el Derecho Internacional rige plenamente en todos los casos; y el Presidente de la Comisión, Aron Broches, aclaró expresamente que un acto válido según la ley nacional daría de todas maneras lugar a responsabilidad internacional si era inconsistente con el Derecho Internacional. Esta preeminencia del Derecho Internacional se justifica en la necesidad de un control independiente de la conducta de las partes, ya no desde la perspectiva de la ley de una u otra parte sino de los standards mínimos del Derecho internacional que aspiran al desarrollo económico global, la libre circulación de los capitales y las facilidades para la inversión entre los países, todos ellos objetivos de la Convención de Washington.

Un caso en el que se afirmó este criterio fue el de *SPP v. Egipto*, donde se discutía si se aplicaba la ley nacional egipcia por presunción o si, conforme a la alternativa del art. 42, se aplicaba ésta y además el Derecho Internacional. Y el Tribunal declaró que este desacuerdo no tenía ningún sentido, por cuando la ley internacional es aplicable siempre, afirmando que, aun cuando fuera cierto que existía un acuerdo tácito para la aplicación de la ley egipcia, este acuerdo no podía excluir totalmente la directa aplicación de la ley internacional en ciertas situaciones¹⁴.

Y el jurista Guido Santiago Tawil agrega que la exclusión total del Derecho Internacional como consecuencia de una elección de ley aplicable por las partes que contiene sólo Derecho doméstico, llevaría a consecuencias indeseables. Esto significaría que

¹³ Guido Santiago Tawil, *op. cit.*, p. 9.

¹⁴ Cit. p. Guido Santiago Tawil, *op. cit.*, pp. 9-10.

un inversionista extranjero, al consentir en una opción de ley aplicable, estaría renunciando al standard mínimo de protección al extranjero y a sus propiedades, desarrollado por el Derecho Internacional Consuetudinario. Esta solución sería, dice siempre Tawil, contraria al estímulo inversor que se busca a través de la creación de un clima favorable para la inversión¹⁵.

“Por consiguiente”, agrega Tawil, “deben preservarse ciertos standards internacionales mínimos, aun en ausencia de una referencia al Derecho Internacional en una cláusula de opción de ley aplicable. Las normas mandatorias del Derecho Internacional que proveen un standard internacional mínimo de protección al extranjero, existen independientemente de cualquier elección de ley. Su naturaleza obligatoria no está abierta a la voluntad de las partes. El contrato o convenio permanece sujeto al sistema jurídico doméstico escogido por las partes. Sin embargo, esta elección es verificada por un cierto número de reglas internacionales mandatorias, tales como la prohibición de la denegación de justicia, la vulneración discriminada de sus derechos y propiedades o el repudio arbitrario de los compromisos contractuales”¹⁶.

Y concluye Tawil diciendo que “Aun si las partes no incluyen el Derecho Internacional en su acuerdo sobre ley aplicable, el Tribunal preservará la aplicación de un minimum of standards internacionales”¹⁷.

Schreuer, por su parte, advierte que si el pacto de ley municipal aplicable excluyera la aplicación del Derecho Internacional,

“Esto significaría que un inversionista extranjero, simplemente por el hecho de pactar una ley aplicable, estaría renunciando a los mínimos standards de protección a los extranjeros y a sus propiedades desarrollados en el Derecho Internacional Consuetudinario. Esta solución difícilmente podría decirse que está de acuerdo con uno de los objetivos de la Convención: ‘promover una atmósfera de mutua confianza y así estimular un importante flujo de capital internacional en aquellos países que quieran atraerlo’”¹⁸.

¹⁵ Guido Santiago Tawil, *op. cit.*, p. 10.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Loc. cit.*

¹⁸ Christoph Schreuer: *Op. cit.* Par. 67, p. 588.

Y Schreuer afirma en tono concluyente que

“...la práctica de los Tribunales de ICSID, el abrumador peso de los tratadistas e importantes consideraciones de política [policy], todo ello indica que hay cuando menos un lugar para el Derecho Internacional incluso frente a los acuerdos sobre ley aplicable que no lo han incorporado expresamente”¹⁹.

Y, en otro pasaje del texto citado, dice que

“El peso de los argumentos reseñados más arriba, milita fuertemente a favor de la preservación de standards mínimos internacionales, aun en el caso de ausencia de una referencia al Derecho Internacional en la cláusula que recoge el acuerdo sobre la ley aplicable”²⁰.

En un caso relativamente reciente, un tribunal arbitral ha determinado que el art. 42(1) del Convenio del CIADI exige que el Tribunal aplique “la legislación del Estado que sea parte en la diferencia (incluyendo sus normas de Derecho internacional privado), y aquellas normas de Derecho internacional que pudieren ser aplicables. Asimismo, aun si se sostuviera que corresponde aplicar la legislación del Perú a la interpretación del CEJ con DEI Bermuda, este Tribunal tiene la facultad y el deber de someter la legislación del Perú al control del derecho internacional”²¹.²²

5. Una nueva forma de razonamiento jurídico

Pero quizá la característica más interesante de este Derecho de la Inversión Extranjera es la preponderancia de los principios tanto sobre el incipiente Derecho positivo internacional como también sobre las legislaciones nacionales.

¹⁹ C. Schreuer, *op. cit.*, Par. 63, p. 586.

²⁰ *Ibid.*, Par. 70, p. 591.

²¹ Caso No. ARB (AF)/97/2 del CIADI, Laudo del 1 de noviembre 1999, párrafo. 86. DOCSMTL: 1776784\6

²² Caso No. ARB /03/28 del CIADI, *Duke Energy International Perú Investments No. 1, LTD v. La República del Perú*, Decisión sobre competencia, 1º Febrero 2006, párr. 162.

En esta nueva área del Derecho internacional nos sacudimos del positivismo para ingresar al mundo de los principios que están en permanente creación y desarrollo. Como decía Ulpiano respecto del Derecho romano; *Non ex regular summatur, sed ex iure quod est regula fiat*; esto es, el Derecho no se forma con la suma de las normas positivas sino con los principios que son los que dan origen a las normas positivas. Por consiguiente, no son los BITS que dan origen a los principios sino los principios que dan origen a los BITS. El BIT da cuenta de este nacimiento y se convierte en la partida registral del nuevo principio internacional.

¿Y de dónde salen estos principios? Pues de la misma fuente que inspiró el Derecho romano y todas las grandes construcciones jurídicas: nacen de un análisis racional y equilibrado de las situaciones. Los romanos comparaban casos y de esta manera iban extrayendo ciertos principios; las normas positivas no eran sino la coagulación de estos principios, que podía darse como no darse. De la misma forma, el actual Derecho Internacional surge del análisis teórico de la forma como se van resolviendo los casos por distintos tribunales y de ellos infiere ciertos principios. A su vez, estos principios servirán de base para la redacción de los BITS. Pero no son los BITS que están antes que los principios sino que son los principios que están antes y que dan forma a los BITS.

Como lo decía ya Ignacio Joseph de Ortega en el siglo XVIII, en su obra sobre la interpretación de los Tratados, “Las palabras deben servir a la intención; no la intención a las palabras”²³. Y Alberico Gentil sostenía que “en los contratos de los Príncipes”, hay que interpretar “mirando la verdad, a quien venera el derecho de Gentes, y con la que procede la buena fe”. Agrega que a veces la mala fe puede estar en la intención y ésta se esconde con palabras en el texto “cubriendo la malicia con la literal expresión de las palabras”, de manera de burlar “la inteligencia, que regule el contrato con justicia y equidad”. Y advierte que “con razón exclama Marco Tulio y Erasmo, diciendo que cuando supersticiosamente se estriba en las palabras, es cuando principalmente se

²³ I.J. de Ortega, *Questiones de Derecho Público en interpretación de Tratados de Paces. En la Oficina de Antonio Marín*, Madrid, 1747, p. 1.

intenta apartar de la equidad”²⁴. Y frente a algunos que pretenderían afirmar que la mejor manera de evitar la mala fe es eliminando toda interpretación y tomando las palabras en su sentido literal, Ortega disiente afirmando que “de los pactos se debe separar toda interpretación dolosa, cavilosa y circunscrita”²⁵; y que una de las reglas fundamentales de la interpretación de los Tratados y contratos es que “el pacto se debe regular e interpretar según la naturaleza del acto, sobre que recaer; y así todas las limitaciones, condiciones y restricciones que por su naturaleza, en justicia, equidad o legítima costumbre padezca el acto prometido, deberán sufrirse en el cumplimiento del pacto”²⁶; de manera que “un contrato se entiende que abraza todas las circunstancias y cualidades de él, sujetándose a todas las condiciones que sean naturales del contrato, aunque no se expresen”²⁷

III. Los principios fundamentales: la buena fe como eje del sistema de principios del derecho internacional

No es posible todavía establecer con claridad el orden y jerarquía de los principios que ha venido desarrollando la doctrina y la jurisprudencia internacional. Estamos ante un proceso muy activo y, como en toda superficie efervescente, es difícil decir qué burbuja se encuentra subordinada a cuál otra.

Sin embargo, parecería que el elemento fundamental, la piedra angular sobre la cual se levanta toda la construcción del Derecho de la Inversión Extranjera es –como en todos los campos del Derecho– el concepto de buena fe.

Es muy importante conceptualmente el hecho de que la doctrina y la jurisprudencia internacional modernas hayan también ratificado de manera categórica que el principio de la buena fe

²⁴ Cit. por I.J. de Ortega, *op. cit.*, p. 4.

²⁵ Ortega, p. 8.

²⁶ Ortega, p. 10.

²⁷ *Loc. cit.*

es central en el Derecho internacional²⁸. Y es así como en el Derecho Internacional de la Inversión se ha sostenido que “La buena fe es un principio supremo, que rige las relaciones jurídicas en todos sus aspectos y contenidos” y cuyo contenido es básicamente “espíritu de lealtad, respeto por la ley y fidelidad. En otras palabras, ausencia de disimulación o fraude en la relación entre dos o más partes dentro de un acto jurídico”. Y, más precisamente con relación al contrato, la buena fe significa ausencia de trampa, de engaño, o de artificio durante la negociación y ejecución de instrumentos que dan lugar a una inversión, así como la lealtad, verdad e intención de mantener la ejecución recíproca de las partes²⁹.

De la buena fe parece derivarse el principio unánimemente aceptado del tratamiento correcto y equitativo (*fair and equitable treatment*) que se menciona frecuentemente, tanto en los BITs como en la jurisprudencia y en la doctrina. A su vez, podríamos decir que del tratamiento correcto y equitativo se deriva el principio de las expectativas legítimas, que juega un papel tan importante en los laudos del CIADI.

Como señala uno de esos laudos,

“El standard de tratamiento correcto y equitativo está, por tanto, estrechamente ligado con la noción de expectativas legítimas, que es el elemento dominante del standard”, en virtud del cual los Estados asumen “la obligación de tratar a los inversionistas extranjeros de manera de evitar que se frustren las legítimas y razonables expectativas de los inversionistas”³⁰.

²⁸ Caso CIADI No. ARB (AF)/002/, *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. Los Estados Unidos Mexicanos*, Laudo de 29 de Mayo de 2003, 154; y *Eureka B.V. v. Poland*. Arbitraje *ad hoc*. Laudo de 19 de Agosto de 2005, 235.

²⁹ *Inceysa Vallisoletana / El Salvador*, Laudo de 2 de Agosto de 2006, ¶ 230-231.

³⁰ Caso Corte Permanente de Arbitraje (Uncitral): *Saluka Investments B.V. v. República Checa*. Laudo parcial sobre el fondo del asunto. 17 de Marzo de 2006. ¶ 302.

Ahora bien, la jurisprudencia arbitral ha sostenido que “Parte de estas expectativas consisten en que el inversionista extranjero asume que el Estado que recibe la inversión actuará de manera consistente, sin ambigüedades y transparentemente”, así como libre de contradicciones³¹. De esta manera, aparece un nuevo principio derivado que es el de la transparencia.

Su importancia es resaltada en los laudos a afirmar que: “La falta de transparencia (...) es incompatible con el (...) compromiso de asegurarle al inversionista un trato correcto y equitativo”³². En ese sentido, se ha establecido jurisprudencialmente que constituyen faltas de transparencia las respuestas que dé el Estado a las preguntas que le formula el inversionista a fin de decidir su inversión, si éstas son insatisfactorias y totalmente vagas³³.

Otro principio derivado de las legítimas expectativas y a su vez del tratamiento correcto y equitativo y, por último, de la buena fe, es el de la estabilidad.

Este concepto implica que la situación legal de la inversión no debe ser cambiada, sin un propósito acorde con la buena fe; y, particularmente, el cambio no debe obedecer a una intención de sabotear el negocio de los inversionistas extranjeros, en favor de los inversionistas domésticos. Esto es frecuente que suceda cuando hay cambios de gobiernos que aportan políticas distintas respecto de la inversión extranjera. Pero uno de los laudos señala de manera muy gráfica que no se puede “eviscerar los acuerdos en los que un inversionista extranjero basó su inversión” debido a cambios de gobiernos y de políticas³⁴.

Es interesante destacar que la jurisprudencia ha establecido que esta estabilidad que forma parte del principio que obliga a

³¹ Caso CIADI No. ARB (AF)/002/. *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. Los Estados Unidos Mexicanos*. Laudo de 29 de Mayo de 2003, ¶ 154.

³² *Vid.* Caso CIADI No. ARB /97/7: *Emilio Agustín Maffezini v. El Reino de España*. Laudo de 13 de Noviembre de 2000, ¶ 83.

³³ LCIA (Case No. Uncitral 3467): *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*. Laudo de 1 de Julio de 2004. ¶ 184.

³⁴ LCIA (Case No. Uncitral): *Central European Media Enterprises (CME) v. República Checa*, Laudo parcial de 12 de Septiembre de 2001, 133 y 611.

respetar las expectativas legítimas, no puede ser modificada aduciendo un cambio en las circunstancias. Como es conocido, Argentina, hace unos años, modificó las tarifas que podían cobrar las empresas inversionistas a los usuarios locales por la prestación de ciertos servicios públicos, a pesar de que esas tarifas habían sido garantizadas como condición de la inversión. Sin embargo, no cabía duda de que se había producido un cambio importante en las circunstancias dada la profunda crisis económica de entonces. Pese a ello, un Tribunal Arbitral de CIADI estableció que un cambio en las circunstancias no justificaba un incumplimiento del contrato, excluyendo así la aplicación del principio *rebus sic stantibus*, a fin de proporcionar la seguridad y estabilidad que requiere la inversión³⁵.

Otro de los principios derivados de los antes mencionados es la consistencia en la aplicación de la ley nacional por el Estado receptor.

En el fondo, nos encontramos aquí con la versión internacional de la teoría de los actos propios, también llamada estoppel en el mundo anglosajón. En pocas palabras, esta teoría se resume como que el Estado no puede beneficiarse con su propia inconsistencia: en todo momento, se supone que el Estado está actuando de acuerdo con la ley nacional; y, por consiguiente, aquello que diga el Estado receptor debe ser entendido como una representación válida del ordenamiento vigente en el país de la inversión, de manera que el inversionista puede confiar en las afirmaciones de los funcionarios³⁶. Claro está que puede suceder que tal representación en el inversionista resulte del hecho de que alguna dependencia estatal actúa en forma no concordante con las leyes. En este caso, es evidente que esa conducta de la dependencia administrativa no puede modificar la ley. Pero en la medida de que esta representación fue razonablemente considerada como verdadera por el inversionista extranjero, el Estado está obligado a pagar los daños y perjuicios

³⁵ Caso ICSID No. ARB/01/8: *CMS Gas Transmission Company v. La República Argentina*. Laudo de 12 de Mayo de 2005. ¶ 317.

³⁶ *Vid.* Caso ICSID No. ARB (AF)/97/8: *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*. Laudo de 30 de Agosto de 2000. ¶ 89.

al inversionista que resulten de esta falsa representación producida por la conducta del Estado a través de las múltiples formas como el Estado actúa.

La jurisprudencia ha consagrado también este principio al establecer que constituye una falta contra el tratamiento justo y equitativo el hecho de que el Estado receptor incumpla las representaciones que hizo al inversionista y en las que éste confió razonablemente. Este principio ha sido ratificado sucesivamente en el sentido de que el tratamiento de la inversión por el Estado receptor no puede afectar las expectativas básicas que fueron tomadas en cuenta por el inversionista extranjero para decidir la inversión³⁷.

Y el principio es tan amplio que la doctrina y la jurisprudencia consideran que las legítimas expectativas que deben ser respetadas se establecen “no sólo sobre la base de representaciones y seguridades específicas e individuales, dadas por las autoridades competentes, sino más bien en la forma como el inversionista razonablemente vio las condiciones de inversión disponibles en el Estado receptor”³⁸.

Por otra parte, esta obligación de consistencia del Estado receptor no depende de la diligencia del inversionista para investigar todo lo que pudiera posteriormente afectarle sino que el Estado receptor “tiene la obligación de actuar coherentemente y de aplicar sus políticas de manera consistente, con independencia de cuán diligente es el inversor”³⁹. En consecuencia, aun en el caso de que un inversionista extremadamente cuidadoso quizá hubiera podido percibir la ambigüedad de la representación de la situación efectuada por el Estado receptor, éste no deja de ser responsable por sus faltas al deber de transparencia y consistencia por cuanto, como afirma el Prof. Waelde, estos deberes

³⁷ Caso CIADI No. ARB (AF)/002/: *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. Los Estados Unidos Mexicanos*. Laudo de 29 de Mayo de 2003, ¶ 154.

³⁸ Prof. Thomas W. Waelde, en comunicación personal, comentando *Eureka B.V. v. Poland*. Arbitraje *ad hoc*. Laudo de 19 de Agosto de 2005.

³⁹ Caso CIADI No. ARB/01/7: *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. v. Chile*. Laudo de 25 de Mayo de 2004. ¶ 165.

no son meramente pasivos sino que tienen un carácter pro-activo⁴⁰.

Un elemento más que es de la mayor importancia dentro del Derecho de Inversión es la protección contra la arbitrariedad manifiesta, dentro de la que se incluyen los actos claramente inequitativos, los basados en una idea política y otros similares.

En el siglo XVIII, decía Ortega que un acto es arbitrario cuando no puede ser fundamentado de una manera razonable. Esto significa que toda fundamentación debe derivar de la aplicación de la buena fe, evitándose –como ya lo decía también Gentil en el mismo siglo– “las escrupulosas interpretaciones y disputas que estriban en los ápices y sutilezas del Derecho”⁴¹.

Obviamente, dentro de este esquema juega un papel muy importante el respeto a los derechos privados.

Este principio consiste fundamentalmente en que los derechos del inversionista sean respetados no sólo frente a intervenciones directas y arbitrarias del Estado que pretendan afectarlos sino también frente a ataques indirectos.

El Derecho es, en el fondo, un sistema de titularizaciones sobre bienes y sobre obligaciones. Quizá la más importante de ellas es la propiedad, pero no es la única. El Derecho Internacional se rige por el principio del respeto pleno de estos títulos privados, de manera que no puedan ser desconocidos. Obviamente, cabe la expropiación como una excepción; pero ésta, para ser admisible, requiere una fundamentación en el interés público, un procedimiento objetivo y un pago previo del valor del bien. En cambio, constituye una infracción a ese principio no solamente la confiscación pura y directa sino también lo que se conoce como “expropiación insidiosa o rastrera” (*creeping expropriation*), esto es, aquella que no se presenta abiertamente como una expropiación ni como una confiscación sino que está constituida por una serie de medidas que, acercándose de manera indirecta y encubierta al título del derecho, le quitan todo

⁴⁰ T.W. Waelde: Comunicación personal.

⁴¹ Cit. por I.J. de Ortega, *op. cit.*, p. 4.

su contenido sin desconocer el título mismo. De esta manera, no ha habido formalmente expropiación y, sin embargo, el título no tiene ya significación material porque se le ha hecho perder toda su substancia: se ha procedido a eviscerarlo hasta dejarlo como un cascarón vacío.

Esto puede suceder en el caso de una inversión minera a la que se le restringe la capacidad de extracción que había estado en la base del cálculo de la inversión; o de una inversión en servicios públicos a los que más tarde se le recorta la tarifa que puede cobrar a los usuarios; o una inversión en la compra de una empresa pública, a la que se le realiza posteriormente una monstruosa acotación tributaria sobre la base de hechos que sucedieron cuando esa empresa era todavía del Estado y que no le fueron revelados al venderla. El número de ejemplos puede ser infinito en la misma medida que es infinita la capacidad del ser humano para torcer las situaciones y es también infinita la capacidad y el refinamiento para encontrar razones que justifiquen actos reprimidos por la ética, la buena fe y el derecho.

IV. Conclusiones

Frente a este panorama tan rico, novedoso y complejo, podemos concluir que estamos ante un nuevo tipo de arbitraje con características propias.

Estas características no están todavía perfectamente definidas y posiblemente nunca lo estén, porque el Derecho es cambio y adaptación permanente a los problemas sociales. Pero sin duda, se está estableciendo ya un cuerpo de doctrina, sobre la base de los trabajos de los juristas y también de la jurisprudencia de los Tribunales arbitrales, que marcan la pauta en este terreno.

Cabe esperar que, después de un número tan grande de BITs, se esté en camino de encontrar un equilibrio entre los intereses de los países inversionistas y los de los países receptores. En todo caso, experiencias como las del NAFTA que convierten a países tradicionalmente inversionistas en países receptores, son

particularmente interesantes porque obligan a los países desarrollados a ponerse en el lugar que antes correspondía sólo a los países en desarrollo y comprender así sus puntos de vista.

La creación de un standard mínimo internacional aplicable a todas las inversiones extranjeras en cualquier país del mundo, supone la restricción de los nacionalismos respecto de ciertas medidas económicas con apoyo popular a nivel nacional pero discutibles a nivel internacional. Este es un efecto controvertido que, desde el punto de vista local, puede ser visto como nocivo y violatorio de la soberanía nacional. Sin embargo, debemos ser realistas: la adaptación de ese standard internacional mínimo parece ser la única forma de competir en la captación de capitales de inversión, tan importantes para el desarrollo de las economías emergentes.

Es posible que sea necesario refinar ciertos principios y ciertos mecanismos. Por ejemplo, aun cuando la clausula rebus sic stantibus no puede ser una regla general y ni aún tampoco una excepción fácil, no cabe duda de que en los contratos a largo plazo es preciso considerar que las circunstancias pueden cambiar de manera tan dramática que el cumplimiento de la obligación pactada resulte repulsivo. Por ello es preciso diseñar soluciones razonables para este tipo de problemas. Es probable que buena parte de la solución corresponda no al árbitro frente al hecho consumado sino a los abogados que redactan los contratos, de manera de incluir preventivamente ciertos mecanismos de adaptación⁴².

Para algunos, a pesar de los tratados de no intervención diplomática, las empresas transnacionales demuestran a veces un poder tan grande o mayor que el del Estado receptor, que les permite usar medios no jurídicos de presión sobre el Gobierno del país en el cual han hecho la inversión. Esto llevaría a pensar que la debilidad del inversionista extranjero es ilusoria. Por otra parte, algunas ONGs han atacado duramente los Tratados Bila-

⁴² C. Frederick R. Fucci, "Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts. Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance", *Transnational Dispute Management*, January 2007.

terales de Inversión, arguyendo que son instrumentos de dominación empleados por los países desarrollados contra los países subdesarrollados⁴³. Es posible encontrar en la Web textos que califican estos nuevos procedimientos arbitrales como la privatización de la justicia comercial, entendiendo por “privatización” algo horrendo y nefasto⁴⁴. Sin embargo, si creemos que el mejor camino para solucionar los conflictos es el jurídico, no parece haber mejor método que un arbitraje verdaderamente internacional. Nadie puede negar que, en este plano, el inversionista extranjero estaría en desventaja si tiene que acudir a la justicia local.

Paradójicamente, en un país eminentemente inversionista como es los EE UU ha surgido recientemente una oposición fuerte contra el arbitraje de inversión, desde que se constituyó NAFTA; porque, a partir de entonces, el Gobierno norteamericano pudo ser demandado a su vez por los inversionistas extranjeros en territorio norteamericano que son miembros del NAFTA, es decir, por México y Canadá. Y, si bien no se han presentado casos de inversionistas mexicanos en EE UU, sí los hay de inversionistas norteamericanos en Canadá y de canadienses en los EE UU. Cuando estos dos Estados han comenzado a recibir demandas de particulares –esto es, de los inversionistas de uno y otro país- han comenzado a producirse quejas y reflexiones críticas sobre el sistema, Al punto que los grupos ambientalistas, las organizaciones de consumidores, la prensa y el Congreso plantearon en los EE UU que el arbitraje de inversión socava las medidas regulatorias del Gobierno, recorta la capacidad legislativa del Congreso y entrega temas muy delicados de la economía a manos de árbitros individuales que ignoran las razones profundas de ciertas medidas gubernativas que el inversionista extranjero considera lesivas a sus derechos⁴⁵.

⁴³ Oxfam Briefing Paper: Signing Away the Future. How trade and investments agreements between rich and poor countries undermine development. http://www.oxfam.org/en/files/bp101_regional_trade_agreements_0703/download

⁴⁴ <http://zmagsite.zmag.org/Dec2003/choudry1203.html>

⁴⁵ G. Aguilar Alvarez y W.W. Park, “The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11”, *Lima Arbitration*, n° 1, 2006, p. 21.

Sin embargo, apesar de todas las críticas, dada la falta de confianza recíproca entre países inversores y países receptores respecto de la imparcialidad de sus jueces y la inherente debilidad del inversionista en la relación “inversionista extranjero-Estado receptor”, parece que el arbitraje de inversión sigue siendo la mejor opción para atraer los capitales que necesita nuestro país.

RESUMEN: Después de un número tan grande de BITs, estamos en camino de encontrar un equilibrio entre los intereses de los países inversionistas y los de los países receptores. Experiencias como las del NAFTA, que convierten a países tradicionalmente inversionistas en países receptores, son particularmente interesantes porque obligan a los países desarrollados a ponerse en el lugar que antes correspondía sólo a los países en desarrollo y comprender así sus puntos de vista. A pesar de todas las críticas, dada la falta de confianza recíproca entre países inversores y países receptores respecto de la imparcialidad de sus jueces y la inherente debilidad del inversionista en la relación “inversionista extranjero-Estado receptor”, parece que el arbitraje de inversión sigue siendo la mejor opción para atraer los capitales.

PALABRAS CLAVE: INVERSIONES EXTRANJERAS - ARBITRAJE DE INVERSIONES - APPRIS - SISTEMA DEL CIADI.

ABSTRAC: After a big number of BITs, we are on the way to find a balance between the interests of the investing countries and those of the receiving countries. Experiences like those of NAFTA, that transform traditionally investing countries also into receiving countries, are particularly interesting because they force to highly developed to be in some cases in the place that before only corresponded to the developing countries and hence may contribute to better understand the points of view of the receiving countries. In spite of all the critics, given the reciprocal lack of confidence between investing countries and receiving countries with respect to the impartiality of their respective judges and the investor's inherent weakness in the relationship "foreign investor-receiving State" it seems that investment arbitration continues to be the best option to attract capitals.

KEY WORDS: FOREIGN INVESTMENTS - ARBITRATION OF INVESTMENTS - BITS - ICSID SYSTEM.