

**PROBLEMAS ACTUALES
DEL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
DE INVERSIONES**

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ
Director de publicaciones

PROBLEMAS ACTUALES DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

Tomás J. Aliste Santos
Beatriz Sáenz de Jubera Higuero
(Coordinadores y editores)

Prólogo

Excmo. Sr. D. Bernardo M. Cremades
Académico Numerario de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación de España

 **Atelier**
LIBROS JURÍDICOS

Colección: Derecho Global

Director:

Tomás J. Aliste Santos

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2019 Los autores

© 2019 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-17466-83-1

Depósito legal: B-27725-2019

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

ÍNDICE

PRÓLOGO	11
<i>Bernardo M. Cremades</i>	

A. CONTROVERSIAS GENERALES EN TORNO AL DERECHO DE INVERSIONES Y LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS DE INVERSIONES INTERNACIONALES

¿PUEDEN LAS INVERSIONES EXTRANJERAS MEJORAR LOS DERECHOS HUMANOS?	17
<i>Dr. Armando Alvares Garcia Júnior</i>	
1. Introducción y marco teórico	17
2. Capital extranjero productivo y especulativo. Panorama general y relaciones con los Derechos Humanos	18
3. Entrada de capital extranjero en el mercado nacional y Derechos Humanos.	20
4. ¿Las inversiones mejoran el bienestar de la población y el goce de sus derechos humanos?.	24
5. Deudas soberanas y derechos humanos	28
6. Derecho internacional de las inversiones: el individual prevalece sobre el colectivo y el económico sobre el social.	31
7. Los derechos humanos como argumento de defensa del Estado.	35
8. La cuestión de las transacciones financieras en el derecho internacional: bienes inejecutables	39
9. Inversión extranjera directa y derechos humanos: derechos de los inversionistas.	42
10. Conclusiones	48

CLÁUSULAS ISDS: LA CAJA DE PANDORA DEL DERECHO PROCESAL 49
Dr. Tomás J. Aliste Santos

- 1. Huida de la jurisdicción y cláusulas ISDS. 49
- 2. La tendencia a la despublicación y privatización del Derecho procesal actual 54
- 3. Los problemas de las cláusulas ISDS desde el Derecho procesal 61
- 4. La curiosidad de pandora y la crisis del Sistema Procesal de Justicia Civil estatal y extraestatal a propósito de la expansión del modelo actual de cláusulas ISDS. 64

EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE DESDE EL ARBITRAJE EN EL DERECHO ROMANO AL ARBITRAJE DE INVERSIONES 67
Dra. María Luisa López Huguet

- 1. Introducción 67
- 2. Tipos de arbitraje en Roma 69
 - 1.1. Arbitrajes de Derecho privado 69
 - 2.2. Arbitrajes de naturaleza pública 72
- 3. *Fides* y *bona fides* 74
 - 3.1. La *fides* como principio ético-moral en Roma 74
 - 3.2. De la *fides* a la *bona fides* 76
 - 3.3. La *bona fides* y la *aequitas* en el arbitraje romano. 80
- 4. El papel de la buena fe en el Derecho positivo español y en el Derecho Europeo 81
- 5. La buena fe en el derecho internacional y en el arbitraje de inversiones. 87

**B. EL ARBITRAJE DE INVERSIONES
Y SU SITUACIÓN ACTUAL EN LA UNIÓN EUROPEA**

POSICIÓN ACTUAL DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE EL ARBITRAJE DE INVERSIONES . 97
Dra. Beatriz Sáenz de Jubera Higuero

- 1. Introducción 97
- 2. La Unión Europea y las inversiones internacionales: competencia y evolución de las posturas y propuestas comunitarias 100
- 3. Resolución de controversias y protección de las inversiones en la Unión Europea: del tradicional arbitraje de inversiones al sistema de tribunales; y de un tribunal permanente bilateral a un tribunal multilateral 104
 - 3.1. La STJUE de 6 de marzo de 2018, asunto *Achmea* 108
 - 3.2. La propuesta de un Tribunal Multilateral de Inversiones 112
- 4. Conclusiones 114

EL OCASO DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA: EL PAPEL PREPONDERANTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA	115
<i>Dr. Jesús Conde Fuentes</i>	

1. Consideraciones introductorias	115
2. El desarrollo del arbitraje de inversiones en el ámbito de la Unión Europea	120
3. El papel del Tribunal de Justicia y su incidencia en el arbitraje de inversión en España.	127

**C) CUESTIONES EN TORNO A LA IMPORTANCIA DEL CIADI
EN EL DESARROLLO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL
DE INVERSIONES**

EL CONSENTIMIENTO EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES ANTE EL CIADI	139
<i>Dra. Susana Pérez Escalona</i>	

1. Introducción	139
2. Características y alcance del consentimiento por las partes	142
2.1. Consideraciones generales	142
2.2. El consentimiento de la sociedad o grupo de sociedades inversoras . .	145
3. Los efectos del consentimiento y su irrevocabilidad	148
4. Tendencias sobre la reforma del arbitraje internacional de inversiones. .	149

IMPORTANCIA PARA LAS EMPRESAS DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES. CASOS PLANTEADOS ANTE EL CIADI REFERENTES AL SECTOR ECONÓMICO DEL TURISMO. PROPUESTAS	155
<i>Dra. Rosa Pérez Martell</i>	

1. Introducción	155
2. Reflexiones y alcance	158
3. Metodología	159
4. Marco normativo	161
5. Desarrollo	162
6. Casos planteados ante CIADI referentes al sector económico del turismo. .	164
7. Propuestas.	170

PRÓLOGO

Bernardo M. Cremades

Académico Numerario

Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

El trabajo que ahora se presenta coordinado por los profesores Aliste y Sáenz de Jubera aborda los problemas de máxima actualidad en el arbitraje internacional de protección de inversiones. En España la opinión pública se está interesando recientemente sobre este método de solución de litigios internacionales. Numerosas empresas, grandes y medianas, españolas han invertido en el extranjero, la economía se ha globalizado; en consecuencia, también sus posibles litigios. Especialmente, en Iberoamérica y en África demandantes españoles se han visto obligados a formular sus reclamaciones frente a los estados receptores de su inversión. El Reino de España aparece hoy como demandado en numerosos arbitrajes por reclamaciones derivadas de inversiones extranjeras en materia energética como consecuencia de la política oscilante de diferentes gobiernos. Hace tiempo ya que España fue condenada por el incumplimiento del tratado de protección de inversiones entre España y Argentina como consecuencia de una inversión en Galicia en la que un tribunal de arbitraje entendió que SODIGA había violado el tratado y como consecuencia debía atribuirse las responsabilidades indemnizatorias al Estado español. Recientemente, la adquisición forzosa del Banco Popular por el Santander ha dado lugar a la iniciación de un arbitraje internacional por inversores mejicanos entendiendo que la actuación de entidades públicas españolas pudiera generar responsabilidad del tratado de protección de inversiones entre España y Méjico.

España tiene en la actualidad suscritos 77 tratados de protección internacional de las inversiones con los respectivos países. En dichos tratados los Estados firmantes se comprometen a proteger las inversiones efectuadas por empresarios del otro país contratante. La protección se realiza utilizando conceptos jurídicos indeterminados, como por ejemplo la protección total de la inversión, la prohibición de trato discriminatorio, el compromiso de trato justo y equita-

tivo, la cláusula de nación más favorecida o de la obligación de pronto pago de la correspondiente indemnización en caso de expropiación. Lo interesante de estos tratados es el compromiso que sus signatarios realizan de someterse al arbitraje internacional con los inversores extranjeros que pudieran entender que el estado receptor de la inversión hubiera violado alguno de esos compromisos de la protección inversora. El estado se compromete a someterse al arbitraje internacional, renunciando a ejercitar excepciones de inmunidad de jurisdicción. La oferta pública es aceptada por el inversor a la hora de formular su demanda de arbitraje, consolidando así el convenio de arbitraje.

Como resultado de la actividad de tantos tribunales de arbitraje que hoy están actuando a lo largo y a lo ancho de la geografía mundial se está generando un moderno derecho internacional económico. Las personas físicas o jurídicas adquieren legitimación internacional para reclamar al estado receptor de su inversión, abandonando así la situación anterior en la que estaba obligado a recurrir a la protección diplomática de su estado de procedencia.

El trabajo colectivo que hoy se presenta tiene el acierto de comenzar con un capítulo dedicado a los derechos humanos en materia de protección de inversiones. Aunque parezcan dos mundos distanciados, suelen ser frecuentes los arbitrajes en los que se discute problemas de medio ambiente, de la calidad del agua objeto de una concesión, expropiaciones exigidas por la protección de las especies marinas o terrestres, impacto de los trabajos conexos con una concesión para la extracción de los recursos naturales, tratamientos de los recursos humanos en una actividad empresarial, ... En todos estos y otros muchos casos el árbitro debe tener muy en cuenta el condicionamiento de la inversión por la protección de los derechos humanos. Creo que el futuro del arbitraje de protección de inversiones pasa por una mayor regulación en los tratados de los temas relativos a las exigencias de los derechos humanos.

El principio de la buena fe, tan propio de nuestros derechos continentales, se encuentra en la base misma del arbitraje de protección de inversiones. Como hemos dicho, el estado realiza una oferta pública de sometimiento a arbitraje que ha de ser aceptada de buena fe por el inversor que solicita la tutela arbitral. Por eso, no es viable la solicitud de arbitraje cuando haya mediado corrupción o fraude en el momento de la inversión. Los tratados resaltan que la inversión ha de ser realizada con arreglo al ordenamiento jurídico del estado receptor de la inversión. Por eso, no puede entenderse realizado el convenio arbitral si el reclamante actuó de mala fe en su proceso de inversión.

Muy interesante resultan los capítulos relativos al arbitraje de protección de inversiones en el marco de la Unión Europea. La Comisión se encuentra desde hace algunos años en una lucha en varios frentes contra el sistema actual de arbitraje de protección de inversiones. Entiende en primer lugar, que no pueden existir tratados intracomunitarios de protección de inversiones, ya que dicha protección debe efectuarse por los cauces establecidos en el marco comunitario. Frente a condenas a estados miembros de la Unión la Comisión ha manifestado que el pago de la condena de daños y perjuicios en arbitrajes sobre tratados intracomunitarios serán considerados como ayudas ilegales y en

consecuencia sometidas a la correspondiente sanción. La famosa sentencia ACHMEA ha abierto la polémica por entender el tribunal de la Unión Europea que la fórmula del arbitraje de protección de inversiones viola la unidad del derecho comunitario cuya tutela se encomienda al tribunal de la Unión Europea. El problema se agrava cuando el tratado de protección de inversiones es un tratado multilateral como es el caso del tratado de la carta de la energía, ratificado por la propia Unión Europea. La Comisión ha comparecido sin mucho éxito como *amicus curiae* en defensa de los estados de la unión demandados; incluso ha solicitado que dichos estados demandados manifiesten al tribunal de arbitraje que el derecho comunitario está por encima del derecho internacional sobre el que se sustenta el tratado de protección de inversiones, generando así una polémica sobre la prioridad de uno u otro orden jurídico internacional. Lo cierto es que las condenas que se están produciendo contra estados de la Unión están siendo sometidas a procesos de anulación en las instituciones administradoras del arbitraje y de ejecución en tribunales y juzgados radicados principalmente fuera de los territorios de la Unión Europea.

El arbitraje de protección de inversiones ha adquirido una gran importancia, especialmente en España. En esa cincuentena de arbitrajes, que al final tienen la garantía de pago del Reino de España, se han entrenado toda una generación de juristas y de ahí el interés que despierta el arbitraje en todo tipo de foros académicos o profesionales. El acceso a la justicia arbitral internacional se ha garantizado por la importante presencia entre nosotros de fondos dedicados a la financiación de arbitrajes y litigios. El llamado en terminología anglosajona «third-party-funding» ha permitido esta gran actividad arbitral a la que asistimos en España. En la idea, además, que se ha creado un verdadero mercado secundario. Los laudos e incluso las propias reclamaciones todavía sin laudar se compran y se venden. El litigio se ha constituido en un verdadero activo financiero.

La lectura de este trabajo colectivo es amena y además sugerente. Nos habla de una reciente forma de solución de litigios internacionales, consolidada en muy pocos años, y generadora de un nuevo y verdadero derecho internacional económico.