

CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

PRIMERA PARTE

Importancia del tema, generalidades de la CNMF e hipótesis

El arbitraje internacional de inversiones es un gran cosmos. Uno de los temas más candentes es el relativo a la atracción de los derechos adjetivos contenidos en una cláusula de solución de controversias a través de la aplicación de la CNMF.

La importancia del tema no es menor, pues tiene que ver con el acceso de los inversores extranjeros a la jurisdicción arbitral internacional. Además, existe inseguridad jurídica debido a la falta de claridad de criterios de las decisiones arbitrales existentes.

El TNMF tiene sus orígenes en el derecho comercial. A través de este trato un Estado se obliga a otorgar a otro Estado o a sus beneficiarios, el mismo trato que este otorga a un tercer Estado o a sus beneficiarios. El TNMF es un principio de no discriminación y en palabras de la CIJ su finalidad es “establecer en todo momento igualdad fundamental sin discriminación entre todos los otros países involucrados”.

En el derecho de las inversiones no existe uniformidad alguna entre las miles de cláusulas de la nación más favorecida contempladas en los acuerdos internacionales de inversión, sino únicamente similitudes, de tal modo que cualquier cuestión relativa a su interpretación y ámbito de aplicación debe ser resuelta *in casu*.

Queremos subrayar que todo lo relativo a la interpretación respecto del ámbito de aplicación y alcance de la CNMF debe realizarse a la luz de la Regla de Interpretación contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, así como de los medios de interpretación complementarios contenidos en el artículo 32, como estándar interpretativo que forma parte del derecho internacional consuetudinario.

En el derecho de las inversiones hasta el 2000 todos los casos relativos a la aplicación e interpretación de la CNMF tuvieron el objeto de atraer derechos sustantivos, pero, ¿es posible que puedan atraerse derechos adjetivos contenidos en la cláusula de solución de controversias a través de la CNMF?

La presente obra demostró que únicamente en circunstancias excepcionales es posible atraer derechos adjetivos a través del uso de la CNMF del tratado referencia al tratado base. La hipótesis antes citada es aplicable a cualquier controversia arbitral inversor-Estado.

SEGUNDA PARTE

Las corrientes Maffezini y Plama

El caso *Maffezini vs. España* en el 2000 dio el parte aguas para considerar dicha posibilidad. A partir de ese momento existe una gran discusión en la *praxis* y la doctrina para dilucidar acerca de dicha cuestión. El tribunal *Maffezini* decidió la permisión de la abolición del periodo de espera de dieciocho meses en combinación con el sometimiento de la controversia ante tribunales nacionales previo al sometimiento de la controversia al arbitraje internacional a través de la atracción al tratado base, que fue el APPRI Chile-España, de la cláusula de solución de controversias más benéfica contenida en el APPRI referencia, que fue el APPRI España-Argentina.

Contraria a la corriente *Maffezini* es la originada a partir del caso *Plama vs. Bulgaria* surgida en febrero del 2005. En el caso *Plama* la demandante intentó atraer un derecho adjetivo distinto al del caso *Maffezini*, en *Plama* pretendió atraerse el consentimiento de Bulgaria al CIADI así como de todo el sistema de solución de controversias del Convenio de Washington para someter la controversia a la jurisdicción del centro. El APPRI base aplicable al caso fue el Chipre-Bulgaria, que contenía una cláusula de solución de controversias muy limitada, y el APPRI referencia fue el APPRI Bulgaria-Finlandia, que preveía al CIADI como uno de los foros para dirimirlos.

Es curioso observar cómo la doctrina y la *praxis* comenzaron a adherirse a una u otra corriente. Nosotros pensamos de manera distinta.

En realidad, concluimos que no se trata de dos corrientes distintas, sino complementarias. Dichas corrientes no son tan distantes una de la otra, a pesar de que los tribunales que se subordinaron a una u otra llegaron a decisiones opuestas. En el fondo, ambas corrientes pugnan por el alcance, más bien limitado de la CNMF respecto a los derechos adjetivos.

El propio tribunal *Maffezini* estableció ciertas limitantes relativas a la atracción de derechos adjetivos contenidos en las cláusulas de solución de controversias de un AII. Así, no pueden atraerse cuestiones permeadas por el orden público tales como:

- a. El agotamiento de recursos internos;
- b. La cláusula de bifurcación;

- c. Un mecanismo determinado de solución de controversias, como el del CIADI, o
- d. El sometimiento a un sistema arbitral altamente especializado como el contenido en el TLCAN o el CAFTA (*central america free trade agreement*), entre otros.

Tras el examen casuístico realizado en la presente obra concluimos que la abolición del periodo de espera en combinación con el sometimiento de la controversia ante tribunales locales por el mismo periodo previsto en una cláusula de solución de controversias específica, es la excepción a la regla. Esta afirmación es apoyada tras el análisis de los casos *Maffezini vs. España*, *Siemens vs. Argentina*, *Camuzzi vs. Argentina*, *Gas Natural vs. Argentina*, *Suez/AWG vs. Argentina*, *Hochtief vs. Argentina*. El caso *Wintershall vs. Argentina*, fue decidido en sentido contrario. Todos los casos antes citados tuvieron que ver con la abolición del periodo de espera de 18 meses en combinación con el sometimiento de la controversia ante los tribunales locales.

Recogemos el criterio adoptado por el último caso, es decir, por *Wintershall vs. Argentina* el cual consideró que la oferta plasmada en la cláusula de solución de controversias contenida en el tratado base en cuestión, que fue el APPRI Alemania-Argentina, es una unidad inseparable. Dicha unidad comprende las condiciones que deben cumplirse para que la controversia en cuestión pueda ser sometida ante la jurisdicción del CIADI. Según dicho tribunal arbitral, el consentimiento de Alemania y Argentina para someter una diferencia ante el CIADI está condicionado al cumplimiento de la cláusula de solución de controversias en su conjunto; esto es, al cumplimiento del sometimiento de la controversia ante los tribunales locales durante el periodo de espera determinado en el APPRI base como una condición previa e inseparable de la *invitatio ad offerendum* principal para poder someter la controversia al arbitraje internacional.

Otros casos clasificados bajo la corriente *Plama*, que pugnan por una interpretación más bien estricta de la CNMF frente a derechos adjetivos está encabezada por el caso *Plama vs. Bulgaria* al que le siguen los casos *Berschander vs. Rusia*, *Telenor vs. Hungría*, *Salini vs. Jordania* e *Impregilo vs. Pakistán*.

Todos los casos citados pretendieron atraer derechos adjetivos distintos a los casos de la corriente *Maffezini*. En el caso *Plama vs. Bulgaria* ya lo mencionamos y repetimos, se pretendió atraer el consentimiento al CIADI y atraer todo el sistema arbitral del Convenio de Washington.

Al caso *Plama* le siguieron *Berschander vs. Rusia* (2006, SCC, APPRI Belux-Rusia, solo expropiación) y *Telenor vs. Hungría* (2006, CIADI, APPRI Hungría-Noruega), casos que prevenían el arbitraje internacional solo para

determinar el monto de la expropiación y en los que se pretendió atraer una cláusula más amplia de solución de controversias. En los casos *Salini vs. Jordania* (noviembre de 2004, CIADI, APPRI Jordania-Italia) e *Impregilo vs. Pakistán*, se pretendió atraer pretensiones contractuales a través del uso de la CNMF. El tribunal *Salini* no encontró indicio alguno de la intención de las partes contratantes que sugiriera que la CNMF aplica a la cláusula de solución de diferencias. En el mismo tenor fue decidido *Impregilo vs. Pakistán* (abril de 2005, CIADI, APPRI Italia-Pakistán), el tribunal en este caso, a pesar de llegar al resultado correcto, no reconoció la imputación de la responsabilidad de una entidad de Estado pakistaní a Pakistán. En realidad la demandante intentó atraer una cláusula paraguas de un tratado referencia (APPRI Suiza-Pakistán) para que el tribunal arbitral conociera de las pretensiones contractuales y eso, por supuesto que no es posible, pues iría fuera del ámbito de aplicación del tratado base.

TERCERA PARTE

Críticas y resultados

Exponemos los siguientes razonamientos que sostienen nuestro rechazo a la atracción de derechos adjetivos inmersos en la cláusula de solución de controversias contenidos en un tratado referencia a través de la CNMF contenida en el tratado base:

1. Hemos demostrado que la CNMF prevé la forma en que debe tratarse a los inversores cuando estos ejercen los derechos que les han sido conferidos por el APPRI base, sin embargo, no pretende otorgarles ningún derecho adicional a los conferidos por el propio instrumento.

2. Rechazamos tajantemente el argumento de “promoción y protección de las inversiones”, contenido en el preámbulo de la mayoría de los AII, como base argumentativa para permitir la atracción de derechos adjetivos. Este argumento es demasiado vago y general. Además, resulta poco preciso para resolver sobre un problema en particular.

3. El consentimiento para atraer derechos adjetivos a través de la CNMF debe ser claro e inequívoco. Esta es la única opción probable para poder atraer la cláusula de solución de controversias. Sin embargo, bajo este supuesto, tendría que atraerse la cláusula de solución de controversias del tratado referencia en su conjunto. Como ejemplo, existe la CNMF contenida en el artículo 3o. (3) del APPRI Reino Unido-Albania.

4. No puede suponerse ni presumirse la intención de las partes contratantes para generar derechos enteramente nuevos a través de la aplicación

de la CNMF, cuando estos no estén previstos en el tratado base. La CNMF determina un estándar y trato, y lo define en función del trato que ha de darse a terceros Estados y a sus beneficiarios. Debe tomarse como referencia el estándar de trato otorgado a terceros, no el alcance de los derechos conferidos a estos últimos.

5. A través de la CNMF tampoco puede pretenderse sea atraído el consentimiento del Estado demandado a un foro determinado o incluso atraer el foro en su totalidad.

6. Tampoco puede ser atraída la cláusula de bifurcación ni la abolición de la obligación del agotamiento de los recursos jurídicos internos, si este estuviese previsto como condición previa al consentimiento de los Estados contratantes para someter su controversia al arbitraje internacional.

7. La CNMF no constituye un *renvoi* a una gama de fuentes y sistemas de derechos y obligaciones totalmente diferentes a los contenidos en el tratado base, sino un principio aplicable al ejercicio de derechos y obligaciones efectivamente garantizado por el tratado base que contenga la CNMF. Afirmar lo contrario equivaldría a la aceptación del *treaty shopping* como una práctica viable.

8. Para prevenir el *treaty shopping*, la CNMF no permite seleccionar los componentes de cada uno de los conjuntos de condiciones para fabricar un conjunto artificial de condiciones a las que ningún inversor ni tampoco ningún nacional del Estado anfitrión tendría derecho. No puede crearse un “super tratado” atrayendo los elementos que se consideren más apropiados para la demandante, sino que este debe basarse en la totalidad del régimen de solución de controversias, tal como lo establece el tratado de referencia. Sin embargo, esta premisa funcionará únicamente si los límites jurisdiccionales del propio tribunal arbitral previstos en el tratado base son respetados.

9. Finalmente, subrayamos que los Estados, como entes soberanos, ostentan la predeterminación de la jurisdicción. A través de la celebración de tratados los Estados ceden parte de dicha jurisdicción, es decir, restringen su inmunidad jurisdiccional. Las cláusulas de solución de controversias contenidas en los AII representan un ejercicio soberano para ceder parte de la mencionada jurisdicción, bajo supuestos y condiciones establecidas en el propio tratado en cuestión. Así, no puede pretenderse que a través de la CNMF se presuma que los Estados contratantes pretendieron modificar dicho acuerdo establecido entre entes soberanos.

En definitiva, no pueden atraerse con ayuda de la CNMF derechos adjetivos contenidos en una cláusula de solución de controversias del tratado referencia al tratado base porque se afecta el régimen de solución de dife-

rencias acordado entre entes soberanos que refleja un ejercicio de su inmunidad jurisdiccional.

10. La abolición del periodo de espera de 18 meses en combinación con el sometimiento de la controversia ante los tribunales locales es una excepción a la regla, tolerable únicamente porque su resultado no altera el régimen de solución de controversias en su conjunto.

11. Otra excepción a la regla es la presencia de una intención clara e inequívoca de las partes contratantes para que así sea. Debemos subrayar que en este supuesto, se atraerá el régimen de solución de controversias en su conjunto. Sin embargo, esta premisa únicamente funcionará si los límites jurisdiccionales del propio tribunal arbitral previstos en el tratado base son respetados.

Estamos ansiosos por observar la tendencia con la que decidirán los tribunales arbitrales del CIADI en el futuro respecto a la aplicación y alcance de la CNMF. Somos optimistas y esperamos que en los próximos años se realice poco a poco una armonización en las decisiones. El fallo *Hochtief vs. Argentina* alienta nuestra perspectiva.