

## CAPÍTULO CUARTO

### ATRACCIÓN DE DISPOSICIONES RELATIVAS A LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS A TRAVÉS DE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA (CNMF O MFNC)

#### I. ANÁLISIS CASUÍSTICO DE LAUDOS ARBITRALES

Una vez expuestos los casos decididos por la CIJ nos adentraremos en el análisis casuístico que ha dado origen a la discusión motivo de nuestra investigación. Todos los casos que analizaremos se enfrentaron de una u otra forma con la cuestión sobre si pueden atraerse derechos adjetivos, en concreto, los contenidos en la cláusula de solución de controversias inversor-Estado, provenientes de una cláusula más benéfica contenida en un tratado referencia que otorgue un mejor trato al inversor extranjero o a sus inversiones, a través de uso de la CNMF contenida en el tratado base.

Es imprescindible observar la formulación de cada cláusula de la nación más favorecida y analizar a detalle cada uno de los casos, así como los argumentos expuestos en estos para poder responder el cuestionamiento que nos aqueja.

#### 1. *Uso de la CNMF para evitar el periodo de espera* (waiting period)

##### A. *Periodo de espera de seis meses para arreglo amistoso*

Un gran número de cláusulas de solución de controversias, contenidas en tratados internacionales de inversiones, prevén un periodo de espera, esto significa que el inversor debe dejar transcurrir un determinado periodo de tiempo (*waiting period*, *cooling off* o *Wartezeit*) inmediatamente después del suceso o acontecimiento que originó la controversia antes de tener acceso a los medios de solución de controversias contemplados en la cláusula de arbitraje en cuestión.<sup>845</sup> La finalidad del periodo de espera es dar a las partes

<sup>845</sup> Véase Schreuer, “Travelling the BIT Route-Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *cit.*, p. 232.

involucradas la posibilidad de arreglar sus diferencias de manera amistosa y extrajudicial. Ejemplos de este tipo de cláusulas arbitrales son: el artículo 1120 (1) del TLCAN, el artículo 26 (1) y (2) del ECT, el artículo 11 del modelo de APPRI alemán, el artículo 10 del APPRI México-Alemania, el artículo 24 del modelo de APPRI USA, artículo X (1) del APPRI Argentina-España, entre otros.<sup>846</sup>

Un análisis de la práctica y la doctrina muestra que en algunos casos y bajo determinadas circunstancias el periodo de espera fue suprimido como requisito procesal, especialmente cuando no podía esperarse un arreglo amistoso y extrajudicial alguno.<sup>847</sup> En otros casos similares se resolvió en sentido contrario.

Hasta el momento no se ha presentado ningún caso relativo al periodo de espera que involucre la utilización de la CNMF contenida en el tratado base para atraer una cláusula más benéfica contenida en algún tratado referencia. No obstante, mencionaremos el caso *Occidental Petroleum vs. Ecuador* en el que el periodo de espera, en efecto, fue materia de análisis de un tribunal arbitral del CIADI.

El caso *Occidental Petroleum vs. Ecuador*<sup>848</sup> es una controversia basada en la aplicación del APPRI Ecuador-USA<sup>849</sup> en torno a un contrato de participación de los yacimientos unificados de Edén-Yuturi y Limoncocha en Ecuador para el derecho exclusivo de realizar actividades de exploración y explotación en el territorio llamado “Bloque 15” de la Amazonia Ecuatoriana.

El APPRI Ecuador-USA en su artículo VI (2) contiene lo relativo al periodo de espera el cual prevé que “cuando surja una diferencia en ma-

<sup>846</sup> Ejemplares son los aludidos pasajes relevantes de las citadas disposiciones del NAFTA y del ECT: artículo 1120 (1) del TLCAN, “Salvo lo dispuesto en el... y siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje...”; artículo 26 (1) del ECT “Disputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former, which concern an alleged breach of an obligation of the former under Part III shall, if possible, be settled amicably”; *Abs.* (2) “If such disputes cannot be settled according to the provisions of paragraph (1) within a period of three months from the date on which either party to the dispute requested amicable settlement, the Investor party to the dispute may choose to submit it for resolution...”.

<sup>847</sup> *Bayindir vs. Pakistán*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 99 y 100; *Ethyl Corporation vs. Canada*, *cit.*, decision on jurisdiction, párrs. 58, 84 y 85; Schreuer, “Travelling the BIT Route-Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *cit.*, p. 232.

<sup>848</sup> *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company vs. República de Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, decision on jurisdiction, 9 de septiembre de 2008. También citado como caso *Occidental Petroleum vs. Ecuador*, decisión a la jurisdicción.

<sup>849</sup> APPRI Ecuador-USA.

teria de inversión” y artículo VI (3) (a) “siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia... y hayan transcurrido *seis meses* desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio: i) del CIADI”.<sup>850</sup>

En el caso que nos ocupa, los inversores presentaron su diferencia al CIADI mucho antes de que venciera el plazo de seis meses previsto en el artículo VI (3) (a) del APPRI Ecuador-USA con el argumento de que habían sido infructuosos los intentos por llegar a una solución amigable con el gobierno ecuatoriano.<sup>851</sup> Por su parte, Ecuador consideró que el actuar de la demandante había sido estratégico. Al respecto el abogado de Ecuador señaló:

Yo considero que no lo iniciaron justo dos días después porque decidieron que esto no se puede resolver de ninguna manera con Ecuador, sino que lo hicieron por motivos estratégicos, para poder reclamar una reparación provisional; porque creían que esa era la manera de volver a instalarse a la fuerza en el “Bloque 15”. Eso es lo que pasaba, y no que hubieran llegado a la conclusión, justa y legítima, de que habría sido inútil tratar de debatir y resolver la cuestión dentro del término de seis meses.<sup>852</sup>

El tribunal arbitral, tras escuchar los argumentos de ambas partes, hizo un recordatorio del proceso de caducidad que el gobierno ecuatoriano había iniciado en contra de la demandante, el cual se trataba de un periodo

<sup>850</sup> *Ibidem*, artículo VI (2), “cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución:

- a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia; o
- b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido, o
- c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este artículo.

3. a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2, y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio:

- i) Del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“el Centro”) establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 (“Convenio del CIADI”), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio”.

<sup>851</sup> *Occidental Petroleum vs. Ecuador, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 92.

<sup>852</sup> *Ibidem*. párr. 91.

de alrededor de 18 meses que precedió a una sanción del Decreto de Caducidad emitido el 15 de mayo del 2006 por autoridades ecuatorianas. La demandante, por su parte, presentó varios escritos para intentar refutar los alegatos en los cuales basó el procedimiento de caducidad.<sup>853</sup> Finalmente el tribunal arbitral aceptó que en las circunstancias del caso y sin prejuzgar sobre el fondo del asunto, los intentos de llegar a una solución negociada fueron inútiles. En consecuencia, rechazó la excepción a la competencia opuesta por Ecuador.<sup>854</sup>

*B. Periodo de espera en combinación con sometimiento de controversia ante tribunales locales y el uso de la CNMF para evitarlo*

*a. El caso Maffezini vs. España (decisión a la jurisdicción, 25 de enero de 2000)*

Comencemos nuestra exposición con el caso más controvertido que generó el movimiento en la doctrina y el precedente para reconsiderar la aplicación de la CNMF a los derechos adjetivos; se trata del famoso caso *Maffezini vs. España*.<sup>855</sup> Dicha controversia se desarrolló en el marco del APPRI Argentina-España,<sup>856</sup> este contiene una cláusula de solución de controversias que obliga al inversor a someter su diferencia a los tribunales competentes del Estado anfitrión, o a sujetarse a un periodo de espera de dieciocho meses antes de que el inversor acceda al arbitraje internacional en combinación con el sometimiento de la disputa ante los tribunales locales competentes por el mismo periodo.

<sup>853</sup> *Ibidem*, párr. 19.

<sup>854</sup> *Ibidem*, párrs. 94 y 95. Cabe señalar que este caso se desarrolló en un contexto muy interesante. Justo antes de que Ecuador presentara ante el CIADI una lista de salvedades en las que excluye diferentes sectores económicos a la jurisdicción del Centro y que dichas salvedades surtieran efecto, Occidental Petroleum presentó su solicitud de arbitraje al CIADI el 17 de mayo del 2006. Con fecha 4 de diciembre del 2007 Ecuador presentó ante el CIADI, a través de su embajada en Washington, una notificación conforme al artículo 25 (4) del Convenio de Washington en la que comunica que “la República de Ecuador no consentirá en someter a la jurisdicción del CIADI las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros...”. Con fecha 17 de agosto del 2007, el tribunal arbitral decidió sobre las medidas provisionales solicitadas por la demandante y las rechazó todas.

<sup>855</sup> *Maffezini vs. España, cit.*, decisión a la jurisdicción (Orrego Vicuña, Buergenthal, Wolf).

<sup>856</sup> Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Argentina del 3 de octubre de 1991, en adelante citado como APPRI Argentina-España.

El caso *Maffezini vs. España* se originó por el tratamiento que presuntamente recibió el señor Maffezini, de nacionalidad argentina, por parte de entidades españolas en relación con su inversión en una empresa para la fabricación y distribución de productos químicos en la región española de Galicia.<sup>857</sup>

La disposición relevante al caso es el artículo X (2) y (3) contenido en el APPRI Argentina-España, que reza:

Artículo X (2) Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión.

(3) La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes...<sup>858</sup>

La discusión crucial de este caso se originó cuando Maffezini pretendió atraer la cláusula de solución de controversias contenida en el APPRI Chile-España<sup>859</sup> (tratado referencia), a través del uso de la cláusula de nación más favorecida contenida en el tratado base, es decir, del APPRI Argentina-España.

La parte relevante del artículo 10 del APPRI Chile-España prevé:

Artículo 10...

2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a elección del inversionista:

- o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia;
- o bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3.

<sup>857</sup> *Maffezini vs. España, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 1.

<sup>858</sup> APPRI Argentina-España. Artículo X. Solución de controversias entre una parte e inversores de la otra parte.

<sup>859</sup> Acuerdo entre la Republica de Chile y el Reino de España para la Protección y Fomento Recíprocos de Inversiones del 2 de octubre de 1991, en adelante citado como APPRI Chile-España.

En este sentido, el APPRI Chile-España resultaba más benéfico a los inversores chilenos que el APPRI Argentina-España a los argentinos, pues los chilenos no requerirían someter sus controversias ante los tribunales competentes españoles antes de poder someter su controversia al arbitraje internacional ni tampoco cumplir con un periodo de espera de dieciocho meses antes de poder acceder al CIADI.<sup>860</sup> Así lo asentó el tribunal arbitral: “El Demandante argumenta que, en consecuencia, los inversionistas chilenos en España reciben un trato más favorable que los argentinos en el mismo país”.<sup>861</sup>

En este orden de ideas, Maffezini solicitó al tribunal arbitral evitar cumplir con el periodo de espera de dieciocho meses en combinación del sometimiento de la controversia ante las cortes españolas contenido en el artículo X (2) y (3) a través del beneficio otorgado por la CNMF contenida en el APPRI Argentina-España prevista en su artículo IV (2) que a la letra establece: “En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país”.<sup>862</sup>

Así fue rescatada la argumentación de Maffezini por el tribunal arbitral:

Argumenta el demandante que, por consiguiente, la cláusula de la nación más favorecida contenida en el ABI Argentina-España le otorga la opción de someter la controversia al arbitraje sin recurrir previamente a los tribunales nacionales. El demandante agrega, en este sentido, que a pesar de que el ABI Argentina-España estipula excepciones al tratamiento de la nación más favorecida, ninguna de ellas es aplicable a las disposiciones sobre solución de controversias pertinentes en este caso.<sup>863</sup>

Pues bien, es en este punto donde nos adentraremos en el análisis interpretativo utilizado por el tribunal arbitral en el caso *Maffezini vs. España* respecto de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida.

Una vez que el tribunal arbitral recordó lo decidido en el caso *Anglo-Iranian Oil Company*, respecto al origen del beneficio de la CNMF, agregó:

<sup>860</sup> Incluso el mismo APPRI Chile-España contiene en su artículo 10 (2), último párrafo, una cláusula de bifurcación, también conocida como *fork in the road*, la cual establece: “Una vez que un inversionista haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno y otro de esos procedimientos será definitiva”. Véase también Tsatsos, Aristides, “ICSID Jurisprudence: Between Homogeneity and Heterogeneity A Call for Appeal?”, *cit.*, p. 8.

<sup>861</sup> *Maffezini vs. España*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 40.

<sup>862</sup> APPRI Argentina-España, artículo IV (2).

<sup>863</sup> *Maffezini vs. España*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 40.

“este análisis tiene consecuencias prácticas para la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida”. En opinión del tribunal arbitral

...si el enfoque correcto... es considerar que la materia a que se aplica la cláusula es aquella efectivamente establecida por el tratado básico, se desprende que si estos aspectos se tratan más favorablemente en un tratado con un tercer país, entonces, en virtud de dicha cláusula, dicho tratamiento se extiende al beneficiario en el tratado básico. Si el tratado con el tercer país se refiere a una materia de que no trata el instrumento básico, dicha materia es *res Inter alios acta* respecto del beneficiario de la cláusula.<sup>864</sup>

Otro problema detectado por el tribunal arbitral en el caso *Maffezini vs. España* fue el referente a “si puede considerarse que las disposiciones sobre solución de controversias contenidas en un tratado con un tercero están razonablemente relacionadas con el tratamiento justo y equitativo al que se aplica la CNMF en los tratados básicos sobre comercio, navegación o inversiones y, por consiguiente, si tales disposiciones pueden considerarse como materias comprendidas en dicha cláusula”.<sup>865</sup> A continuación, el tribunal arbitral recordó lo que a su parecer fue considerado de manera indirecta por la CIJ en el *Caso Concerniente a los Derechos de Nacionales de los USA en Marruecos*, donde la CIJ se hubiera tenido que confrontar con la pregunta sobre si podía entenderse que la cláusula contenida en un tratado de comercio comprendía la jurisdicción consular, según se expresaba en un tratado con terceros, pregunta a la que la CIJ no tuvo que responder debido a su conclusión de que los derechos de jurisdicción que los Estado Unidos pretendían invocar habían expirado.<sup>866</sup>

El tribunal arbitral también recordó lo decidido por la Corte en el caso *Ambatielos* y señaló que la Corte no trató lo referente a la CNMF, sino que dicha materia fue tratada por la Comisión de Arbitraje, quien fue la que invocó y sentó el principio *ejusdem generis*,<sup>867</sup> al respecto señaló:

La Comisión aceptó la extensión de la cláusula a materias relativas a la administración de justicia y consideró que ello era compatible con la regla *ejusdem generis*. Concluyó que la protección de los derechos de las personas dedicadas al comercio y la navegación mediante disposiciones sobre solución de con-

<sup>864</sup> *Ibidem*, párr. 45.

<sup>865</sup> *Ibidem*, párr. 46.

<sup>866</sup> *Caso concerniente a los derechos de los nacionales de USA en Marruecos*, p. 191; *Maffezini vs. España*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 47.

<sup>867</sup> *Ambatielos*, *cit.*, Comisión de Arbitraje, p. 107; *Maffezini vs. España*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 49.

troversias queda comprendida en el tratamiento general de los comerciantes cubiertos por la cláusula. Pero al considerar el fondo de la controversia, la Comisión concluyó que los tratados con terceros en los que se fundamentó el planteamiento de Grecia no establecían “privilegios, favores o inmunidades” más amplios que los que emanaban del tratado básico y que por consiguiente, la cláusula de la nación más favorecida contenida en el Artículo X no tiene incidencia en la controversia actual.<sup>868</sup>

En este tenor, el tribunal arbitral recordó que otros tratados se refieren a “todos los derechos contenidos en el presente Acuerdo”; la cláusula relevante, es decir, la contenida en el APPRI Argentina-España se refiere a “todos los derechos contenidos en el presente Acuerdo”.<sup>869</sup> De manera similar está prevista la CNMF en el APPRI Argentina-España que prevé “todas las materias regidas por el presente Acuerdo”. El tribunal señala que

Estos acuerdos no disponen expresamente que la solución de controversias esta, como tal, cubierta por la cláusula. De ahí que, como debió hacerlo la Comisión de Arbitraje en el caso *Ambatielos*, es necesario determinar si la omisión responde a la intención de las Partes, o si la extensión de la cláusula puede deducirse razonablemente de la práctica de las Partes en su tratamiento de los inversionistas extranjeros y de sus propios inversionistas.<sup>870</sup>

Así, el tribunal señaló que no obstante que el tratado base no se refiere expresamente a la solución de controversias como una materia cubierta por la CNMF, el tribunal consideró que “hay razones suficientes para concluir que actualmente los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros, como también se vinculan con el resguardo de los derechos de los comerciantes en los tratados de comercio”.<sup>871</sup>

Sin duda alguna el tribunal arbitral quiso encaminar su razonamiento de manera similar al utilizado por la Comisión de Arbitraje en el caso *Ambatielos* aunque olvidó que en el caso *Ambatielos* dicha Comisión se refirió a la aplicación del beneficio relativo a un derecho sustantivo que es la denegación de justicia, no así, a la atracción de derechos adjetivos. Por otra parte, el razonamiento antes citado está caracterizado por contener la influencia

<sup>868</sup> *Maffezini vs. España, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 50; *Ambatielos, cit.*, Comisión de Arbitraje, pp. 109 y 110.

<sup>869</sup> Por ejemplo el Acuerdo entre la República de Chile y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa relativo al Fomento y Protección Recíprocos de las Inversiones y Protocolo, firmado el 15 de julio de 1992. También citado como APPRI Chile-BeLux, artículo 3o. (3).

<sup>870</sup> *Maffezini vs. España, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 53.

<sup>871</sup> *Ibidem*, párr. 54.

de la interpretación teleológica; invariablemente ante la pregunta acerca del objeto y fin de un APPRI la respuesta será “que su finalidad es proteger a las inversiones de inversores extranjeros”. Por consiguiente, el cuestionamiento utilizado por el tribunal arbitral *Maffezini vs. España* respecto al alcance de la CNMF es equivocado. Por ello, ha sido criticado por diversos autores<sup>872</sup> y su errada influencia se ha reflejado en otros tribunales arbitrales.<sup>873</sup>

Sin embargo, el tribunal concluyó que si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que son más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado base, tales disposiciones podrán extenderse al beneficiario de la CNMF pues, en opinión del tribunal arbitral, son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis* y agregó que “naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico”, sea esta la protección de inversiones extranjeras u otra, “puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias, de otro modo se incurriría en contravención del principio *ejusdem generis*”.<sup>874</sup>

Esta aplicación de la CNMF tiene, sin embargo, algunos límites derivados de consideraciones de política pública que se expondrán más adelante.

A pesar de que el tribunal arbitral en el caso *Maffezini* decidió que a través del uso de la CNMF se puede atraer el beneficio del tratado España-Chile para evitar cumplir con el periodo de espera de 18 meses, el propio tribunal arbitral delimitó, de manera vaga y desordenada, la aplicación de esta regla para otras cuestiones adjetivas; este señaló que “no obstante que la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a los arreglos de solución de controversias en el contexto de los tratados sobre inversiones puede llevar al resultado de alcanzar la armonización y la ampliación del alcance de tales mecanismos, hay ciertos límites importantes que han de tenerse en cuenta”.<sup>875</sup> El propio tribunal agregó respecto a la amplitud de esta regla que “el alcance de la cláusula puede por consiguiente ser más limitado que lo que parece a primera vista”.<sup>876</sup>

En ese momento, este realizó una lista desordenada de lo que no comprendía dicha regla, tomando como base el respeto a las políticas públicas

<sup>872</sup> Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, cit., pp. 351-356.

<sup>873</sup> Más adelante el caso *Suez/AWG vs. Argentina*, cit., decisión a la jurisdicción, párr. 59, en el cual el tribunal arbitral incorporó la interpretación teleológica de manera muy importante para fundamentar su razonamiento en el mismo sentido que el tribunal arbitral del caso *Maffezini vs. España*.

<sup>874</sup> *Maffezini vs. España*, cit., decisión a la jurisdicción, párr. 56.

<sup>875</sup> *Ibidem*, párr. 62.

<sup>876</sup> *Idem*.

de un Estado, así lo dijo: “como cuestión de principio, el beneficiario de la cláusula no debe tener la posibilidad de dejar sin efecto las consideraciones de política pública que puedan haber previsto las partes contratantes como condiciones fundamentales para su aceptación del convenio de que se trate, especialmente si el beneficiario es un inversionista privado, como sucede con frecuencia”.<sup>877</sup> De este modo comenzó con una lista la cual, más que ser excepcional, parece ser enumerativa:

a) *Agotamiento de recursos internos:*

...si una parte contratante ha condicionado su consentimiento para el arbitraje al agotamiento de los recursos internos, condición que está permitida por el Convenio del CIADI, no podría prescindirse de esta exigencia invocando la cláusula de la nación más favorecida en relación a un acuerdo con terceros que no contenga este elemento, debido a que la condición estipulada refleja una regla fundamental de derecho internacional.<sup>878</sup>

b) *Cláusula de bifurcación o fork in the road:*

...si las partes han acordado un mecanismo de solución de controversias que incluya la llamada “bifurcación del camino”, esto es, la opción de someterse a los tribunales nacionales o bien al arbitraje internacional, pero en que una vez tomada la decisión esta es definitiva e irrevocable, esta estipulación no puede ignorarse mediante la invocación de la cláusula. Esta conclusión es imperativa cuando se considera que de otro modo se alteraría el carácter definitivo de los arreglos pactados que muchos países estiman importantes como cuestión de política pública.<sup>879</sup>

c) *Mecanismo determinado de solución de controversias:* “si el acuerdo escoge un mecanismo determinado para el arbitraje, como por ejemplo el CIADI, esta opción no se puede cambiar invocando la cláusula, buscando someter la controversia a un sistema distinto de arbitraje”.<sup>880</sup>

d) *Sometimiento a un sistema arbitral altamente institucionalizado:*

...si las partes han acordado someterse a un sistema de arbitraje altamente institucionalizado que incorpore reglas de procedimiento precisas, como sucede, por ejemplo, con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y mecanismos similares, es claro que ninguno de ellos podría ser alterado me-

<sup>877</sup> *Idem.*

<sup>878</sup> *Ibidem*, párr. 63.

<sup>879</sup> *Idem.*

<sup>880</sup> *Idem.*

diante la aplicación de la cláusula pues estas disposiciones específicas denotan la voluntad precisa de las partes contratantes.<sup>881</sup>

e) *Previene sobre foro shopping*:

...sin duda que las partes o los tribunales identificarán otros elementos de política pública que limiten el funcionamiento de la cláusula. En todo caso, debe quedar clara la distinción entre la legítima extensión de derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula, por una parte, y la alternativa nociva de tratar de aplicar diversos tratados para alterar los objetivos de política en que se fundamentan algunas disposiciones específicas, por la otra.<sup>882</sup>

De este modo, pareciera que lograr evadir el cumplimiento de los 18 meses de espera representa una excepción a la regla. El tribunal arbitral en el caso *Plama vs. Bulgaria* señaló claramente:

Si bien es cierto que el principio con múltiples excepciones como lo ha expuesto el tribunal arbitral en el caso *Maffezini* debería ser de un principio diferente con una sola excepción: una disposición de la nación más favorecida en el tratado base no incorpora por referencia disposiciones de solución de controversias en todo o en parte de otro tratado, excepto la disposición de la nación más favorecida del tratado base no deja duda de que las partes contratantes pretendieron incorporarlas.<sup>883</sup>

No obstante la serie de excepciones que el propio tribunal arbitral realizó, concluyó que la demandante tenía derecho a someter la controversia al arbitraje sin necesidad de presentarla previamente a los tribunales españoles, puesto que esta exigencia “no responde a un aspecto fundamental de la política pública considerada en el contexto del tratado, de las negociaciones relacionadas con él, de los otros mecanismos jurídicos o de la práctica subsiguiente de las partes”.<sup>884</sup> El tribunal intuyó que la CNMF incluida en el APPRI Argentina-España comprende disposiciones sobre solución de controversias y consecuentemente sobre la base de los arreglos más favorables contenidos en el APPRI Chile-España junto con la política adoptada por

<sup>881</sup> *Idem.*

<sup>882</sup> *Idem.*

<sup>883</sup> *Plama vs. Bulgaria, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 223, *cf.* orig. “albeit that the principle with multiple exceptions as stated by the tribunal in the Maffezini case should instead be a different principle with one, single exception: an MFN provision in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them”.

<sup>884</sup> *Maffezini vs. España, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 64.

España respecto al tratamiento de sus propios inversores en el extranjero, Maffezini no está obligado a someter previamente su inconformidad ante los tribunales nacionales.<sup>885</sup>

Aunque reconocemos la importancia de la interpretación teleológica con la finalidad de descubrir el significado de una norma, sentimos que la mención que el tribunal arbitral realizó de algunas otras cláusulas de solución de controversia y su comparación con la contenida en el artículo X párrafo 3 del APPRI Argentina-España resultó alejada de la norma interpretativa contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena, de la cual el tribunal arbitral a pesar de que realizó mención de ella en dos ocasiones<sup>886</sup> no subsumió todos sus elementos. Llama la atención la ausencia de elementos interpretativos contenidos en la Convención de Viena tales como el elemento sistemático así como el objeto y propósito de la norma a interpretar.

En este sentido, observamos que el tribunal arbitral justificó tanto la falta de cumplimiento del periodo de espera de dieciocho meses como la necesidad de someter la controversia ante los tribunales españoles por el mismo término con el argumento de que este hecho no responde a un aspecto fundamental de la política pública española ni argentina.<sup>887</sup>

La pregunta que nos salta a la vista en un primer momento es qué podríamos entender por política pública y por qué razón el tribunal arbitral en el caso *Maffezini* le resta importancia al párrafo 3 del artículo X del APPRI Argentina-España que incluye el periodo de espera de dieciocho meses o el sometimiento ante tribunales nacionales por dicho periodo. No nos queda claro por qué esta parte del precepto contenido en el APPRI en cuestión es de menor importancia que el resto del contenido de la cláusula de solución de controversias.

*b. Siemens vs. Argentina* (decisión a la jurisdicción,  
3 de agosto del 2004)

El caso *Siemens vs. Argentina*<sup>888</sup> se refería a un contrato entre una subsidiaria propiedad de Siemens, compañía constituida en Alemania y el Gobierno argentino referente al establecimiento y mantenimiento de un sistema de control de migración e identificación personal. Siemens sostuvo que el

<sup>885</sup> Véase Tsatsos, Aristides, "ICSID Jurisprudence: Between Homogeneity and Heterogeneity A Call for Appeal?", *cit.*, p. 8.

<sup>886</sup> *Maffezini vs. España*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 27 y 36.

<sup>887</sup> *Ibidem*, párr. 64; Tsatsos, Aristides, "ICSID Jurisprudence: Between Homogeneity and Heterogeneity A Call for Appeal?", *cit.*, p. 9.

<sup>888</sup> *Siemens vs. Argentina*, *cit.*, decisión a la jurisdicción (Rigo Sureda, Brower, Bello Janeiro).

Gobierno argentino, invocando la Ley de Emergencia de enero de 2002, había rescindido ilegítimamente el contrato, y adujo el incumplimiento del APPRI Alemania-Argentina.<sup>889</sup> *Siemens* dio a conocer la existencia de una controversia de conformidad con el APPRI Argentina-Alemania y tras infructuosas negociaciones y la expiración del plazo de seis meses para ellas, promovió el arbitraje frente al CIADI.

Este caso refleja una situación similar al caso *Maffezini vs. España*. En esta controversia también se intentó evitar someter la controversia ante los tribunales nacionales argentinos en combinación con la abolición de un periodo de espera de dieciocho meses previstos en el APPRI Alemania-Argentina, el cual contiene una cláusula de solución de controversias muy similar a la contenida en el APPRI Argentina-España. El APPRI Alemania-Argentina establece en su artículo 10, párrafos 2 y 3:

(2) Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.

(3) La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las partes.<sup>890</sup>

El APPRI en cuestión también contiene en su artículo 3o. (1) una cláusula de la nación más favorecida la cual reza:

Artículo 3o. (1) Ninguna de las partes contratantes someterá en su territorio a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra parte contratante o a las inversiones en las que mantengan participaciones los nacionales o sociedades de la otra parte contratante, a un trato menos favorable que el que se conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados.

(2) Ninguna de las partes contratantes someterá en su territorio a los nacionales o sociedades de la otra parte contratante, en cuanto se refiere a sus actividades

<sup>889</sup> Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, hecho en Bonn el 9 de abril de 1991. También citado como APPRI Argentina-Alemania.

<sup>890</sup> *Ibidem*, artículo 10 (2) y (3).

relacionadas con las inversiones, a un trato menos favorable que a sus propios nacionales y sociedades o a los nacionales y sociedades de terceros Estados.<sup>891</sup>

En este contexto, Siemens, al igual que Maffezini, invocó a través de la CNMF contenida en el APPRI Argentina-Alemania, la atracción de la cláusula de solución de controversias contenida en el APPRI Argentina-Chile,<sup>892</sup> la cual a sus ojos era más benéfica y estaba prevista en su artículo X, párrafo 2, que dispone:

(2) Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida, a pedido del nacional o sociedad.

- o bien a jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia;
- o bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3.<sup>893</sup>

Siemens alegó que el periodo de dieciocho meses previsto en el tratado base con la finalidad de dar oportunidad a que los tribunales locales decidan la controversia a satisfacción de las partes es una mera medida procesal y no es un obstáculo a la jurisdicción del tribunal. Siemens arguye además que sería inútil proseguir este contencioso en los tribunales locales pues es imposible obtener una decisión de estos dentro de un periodo de tiempo tan corto.<sup>894</sup>

Argentina, por su parte, consideró que el campo de acción de la CNMF puede determinarse únicamente a través de la interpretación del tratado específico en cuestión, que “no puede hablarse de una forma única de interpretar el alcance de una CNMF, puesto que éste podrá variar según sean las disposiciones del tratado que la establece”,<sup>895</sup> así Argentina concluyó que “no es posible determinar *a priori* si una determinada norma de tratado internacional está o no sujeta a la aplicación de la CNMF de otra convención de igual naturaleza. Ello dependerá de lo que las partes hayan establecido en cada caso”.<sup>896</sup> Agrega además que la demandante ha basado su defensa en el caso

<sup>891</sup> *Ibidem*, artículo 3o. (1) y (2).

<sup>892</sup> Tratado entre la República Argentina y la República de Chile sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 2 de octubre de 1991. También citado como APPRI Argentina-Chile.

<sup>893</sup> *Ibidem*, artículo X (2).

<sup>894</sup> *Siemens vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 32.

<sup>895</sup> *Ibidem*, párr. 33. Para ello se apoyó en los casos: (1) *Caso Concerniente a los Derechos de los Nacionales de USA en Marruecos*, (2) *Anglo Iranian Oil Company*, (3) *Asian vs. Sri Lanka*, laudo y (4) *Maffezini vs. España, cit.*, decisión a la jurisdicción.

<sup>896</sup> *Siemens vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 33.

*Maffezini vs. España* cuya cláusula aplicable (del APPRI Argentina-España) es sustancialmente distinta de la contenida en el APPRI del caso en cuestión y, por tanto, debe ser objeto de análisis específico por parte del tribunal arbitral.

Para recordar el contenido específico de la cláusula de la NMF contenida en el APPRI Argentina-España contenida en su artículo IV (2) prevé “*En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país [énfasis añadido]*”.

El tribunal arbitral en el caso *Siemens*, a diferencia del caso *Maffezini vs. España*, se abocó a la Regla General de Interpretación contenida en la Convención de Viena y su aplicación para determinar si el APPRI Argentina-Alemania debía interpretarse de manera restrictiva o amplia.<sup>897</sup> El tribunal arbitral señaló que no interpretaría el tratado de manera restrictiva ni tampoco de manera libre. Este se remite a lo previsto en el APPRI Argentina-Alemania en su título y preámbulo, a saber, “para proteger” y “para fomentar” las inversiones. Así, este subraya que “el preámbulo recoge que las partes han aprobado las disposiciones del Tratado con el propósito de crear condiciones favorables para las inversiones de los ciudadanos o sociedades de uno de los dos Estados en el territorio del otro”.<sup>898</sup> Con esta declaración es evidente que el tribunal arbitral se posiciona del lado del inversor, pues en todo momento una interpretación aislada del precepto legal relevante, es decir, de la CNMF, a través del método interpretativo contenido en el artículo 31 de la Convención de Viena en su totalidad, dará como resultado que se asienta la respuesta ante la pregunta de si un tratado de inversión persigue proteger y fomentar las inversiones. Es así como el tribunal arbitral siguió su línea interpretativa.<sup>899</sup>

El tribunal arbitral da un significado amplio a los términos “trato” y “actividades”. El tribunal arbitral define “trato” como “se refiere a un comportamiento con respecto a una entidad o una persona”. Añade que el término “trato” no viene ni calificado ni descrito excepto a través de la expresión “no menos favorable”. Este señala además que

...si la intención fuese la de limitar el contenido del artículo 3o. más allá de las excepciones, la generalidad de los términos “trato” y “actividades” habría sido restringida. El hecho de que este no sea el caso es una indicación de su pretendido amplio ámbito de aplicación. El trato en el artículo 3o. se refiere al trato en virtud del Tratado en general y no sólo de ese artículo.<sup>900</sup>

<sup>897</sup> *Ibidem*, párr. 80.

<sup>898</sup> *Ibidem*, párr. 81.

<sup>899</sup> *Idem*.

<sup>900</sup> *Ibidem*, párr. 85.

El tribunal arbitral señala que “las obligaciones del Estado, en virtud del artículo 3o. (1) y (2), se refieren a un nivel mínimo de trato y no al máximo. Si las ventajas otorgadas a los nacionales de un tercer Estado no fuesen garantizadas en virtud de la CNMF simplemente porque exceden el trato nacional, entonces el Estado incumpliría la obligación de garantizar un ‘trato no menos favorable’ en virtud de esa cláusula”. El tribunal arbitral en el caso asegura que “el sentido ordinario de esta cláusula es que los inversores no deberían ser discriminados por ser extranjeros y al mismo tiempo deberían recibir el mejor trato otorgado a cualquier otro inversor extranjero”.<sup>901</sup> El significado que pretende otorgar el tribunal arbitral a la cláusula contenida en el APPRI Argentina-Alemania puede ser justificado, sin embargo, no queda claro que pueda ser ampliado a la cláusula de solución de controversias.

A pesar de que el tribunal arbitral en el caso *Siemens* reconoció que la formulación de la CNMF contenida en el APPRI Argentina-Alemania era más estrecha que la redacción de la cláusula del APPRI Argentina-España del caso *Maffezini vs. España*, consideró dicha formulación como irrelevante, al respecto señaló que “el tribunal observa que la CNMF en el APPRI de España se refiere a *todas las materias regidas por el presente acuerdo* [énfasis añadido]”,<sup>902</sup> mientras que la CNMF en el Tratado —APPRI Argentina-Alemania— se refiere solo al “trato”. El tribunal arbitral en el caso *Maffezini vs. España* señaló que España había usado la expresión “todas las cuestiones sujetas a este Acuerdo” solo en el caso de su APPRI con Argentina y “este trato” en todos los demás casos. Dicho tribunal comentó que esta última era “sin duda una formulación más precisa”.<sup>903</sup>

El tribunal coincide en que la formulación es más precisa, pero, como ya se ha concluido anteriormente, considera que el término “trato” y la frase “actividades relativas a inversiones” son suficientemente amplios para incluir el arreglo de controversias.<sup>904</sup>

Respecto a la interpretación de la CNMF en concreto se dio un gran valor al elemento teleológico interpretativo, al respecto el tribunal arbitral añadió:

...el término “trato” es tan general que el tribunal no puede limitar su aplicación excepto cuando las partes así lo hayan acordado. De hecho, el propósito de la CNMF es el de eliminar el efecto de disposiciones especialmente acor-

<sup>901</sup> *Ibidem*, párr. 93.

<sup>902</sup> *Maffezini vs. España, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 60.

<sup>903</sup> *Ibidem*.

<sup>904</sup> *Siemens vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 103.

dadas a menos que hayan sido exceptuadas. Complementa el compromiso de las partes contratantes del tratado de no aplicar las medidas discriminatorias a las inversiones en virtud del artículo 2o.<sup>905</sup>

En este tenor el tribunal arbitral rechazó la primera excepción a la jurisdicción presentada por Argentina y aceptó la abolición del periodo de dieciocho meses contenida en el artículo 10 (3) (a) del APPRI Argentina-Alemania.

c. *Camuzzi Internacional S. A. vs. Argentina* (decisión a la jurisdicción, 10 de junio del 2005)

La controversia entre *Camuzzi Internacional S. A. vs. Argentina*<sup>906</sup> se desarrolló en el marco del APPRI Argentina-Unión Económica Belgo-Luxemburguesa (APPRI Argentina-BeLux, en adelante).<sup>907</sup> La demandante, *Camuzzi Internacional S. A.* (Camuzzi, en adelante), es una sociedad constituida conforme a las leyes del Gran Ducado de Luxemburgo con sede en Luxemburgo. La controversia se originó debido a ciertas medidas económicas adoptadas por Argentina las cuales, según alega la demandante, habrían modificado el marco regulatorio vigente para inversores extranjeros, afectando la inversión de la demandante en tres empresas de distribución y transporte de energía eléctrica en Argentina, constituidas de conformidad con el derecho argentino,<sup>908</sup> a saber: TRANSPA,<sup>909</sup> EdEA<sup>910</sup> y EDESA,<sup>911</sup> conjuntamente como las concesionarias.

<sup>905</sup> *Ibidem*, párr. 106.

<sup>906</sup> *Camuzzi Internacional S. A. vs. República Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/7, decisión del tribunal de arbitraje sobre excepciones a la jurisdicción, 10 de junio de 2005 (Gómez-Pinzón, Gros Espiell, Alvarez). También citado como caso *Camuzzi vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción.

<sup>907</sup> Convenio entre la República Argentina y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, suscrito el 28 de junio de 1990, ratificado el 20 de abril de 1994, vigente a partir del 20 de mayo de 1994. También citado como APPRI Argentina-BeLux.

<sup>908</sup> *Camuzzi vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 1.

<sup>909</sup> Empresa de Transporte de Energía Eléctrica por Distribución Troncal de la Patagonia S. A. (TRANSPA), de la cual Camuzzi es accionista indirecta del 20.3993%. *Camuzzi vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 12 (i).

<sup>910</sup> Empresa Distribuidora de Energía Eléctrica Atlántica S. A. (EdEA), de la cual Camuzzi es accionista indirecta del 49.4983% de la empresa. *Camuzzi vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 12 (ii).

<sup>911</sup> Empresa de Energía Río Negro S. A. (EDERSA), de la cual Camuzzi es accionista indirecta del 49.99% de la empresa. *Camuzzi vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 12 (iii).

Camuzzi solicitó al tribunal arbitral la aplicación del trato de la nación más favorecida previsto en el artículo 4o. del APPRI Argentina-BeLux con la finalidad de atraer los beneficios del APPRI Argentina-USA.<sup>912</sup>

El artículo 4o. del APPRI Argentina-BeLux prevé:

Artículo 4o. Nación más favorecida. 1. En todas las materias regidas por el presente Convenio, los inversores de cada Parte Contratante gozarán, en el territorio de la otra Parte, del tratamiento a la nación más favorecida. Este tratamiento no será en ningún caso menos favorable que el reconocido por el Derecho Internacional...<sup>913</sup>

La cláusula de solución de controversias del APPRI Argentina-BeLux está prevista en su artículo 12, que señala:

Artículo 12. Solución de Controversias Relativas a las Inversiones

1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre un inversor de una de las Partes Contratantes y la otra Parte Contratante respecto de las materias regidas por el presente Convenio será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las partes en la controversia.

2. Si estas consultas no aportan una solución, *la controversia podrá ser sometida a la jurisdicción administrativa o judicial competente de la Parte Contratante sobre cuyo territorio está situada la inversión.*

3. Si una controversia subsistiera luego de la *expiración de un plazo de dieciocho meses* contados a partir de la notificación del comienzo del procedimiento ante la jurisdicción precedentemente establecida, esta controversia podrá ser sometida al arbitraje internacional.<sup>914</sup>

Al invocar la aplicación de la CNMF Camuzzi pretendía evitar la aplicación del periodo de espera de dieciocho meses contados a partir de la fecha en que se inicie el procedimiento ante las autoridades judiciales o administrativas de Argentina, previsto en el artículo 12 (2) y (3) del APPRI Argentina-BeLux. Camuzzi considera que los inversores estadounidenses gozan de un trato más favorable que los belgo-luxemburgueses, toda vez que los primeros pueden optar por el procedimiento de arbitraje una vez transcurrido el periodo de espera de seis meses para el arreglo amistoso sin necesidad de someter la controversia previamente a la jurisdicción argentina.<sup>915</sup> Como era de esperarse Camuzzi se refirió al caso *Maffezini vs. España* para fundamentar su petición.<sup>916</sup>

<sup>912</sup> *Camuzzi vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 16. En el artículo VII del APPRI Argentina-USA está prevista la cláusula de solución de diferencias.

<sup>913</sup> APPRI Argentina-BeLux, artículo 4o. (1).

<sup>914</sup> *Ibidem*, artículo 12.

<sup>915</sup> Véase APPRI Argentina-USA, artículo VII.

<sup>916</sup> *Camuzzi vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 16 y 17.

Curioso en este caso resulta que, contrario a lo que uno esperaría Argentina no hizo referencia alguna en sus escritos ni en la audiencia a la CNMF, tampoco objetó el TNMF ni intentó desestimar la invocación de las cláusulas pertinentes del APPRI Argentina-USA, es decir, del tratado referencia.<sup>917</sup> Por una parte, intuimos que Argentina no opuso objeción alguna debido a su estrategia de defensa jurídica; por otra parte, posiblemente Argentina apostó en poner en conocimiento del tribunal arbitral los procesos de renegociación que se estaban llevando a cabo relativos a los contratos de servicios públicos. Los contratos de las concesionarias también formaban parte de este paquete de renegociación del Gobierno argentino.<sup>918</sup>

En otro tenor, el tribunal hizo referencia tanto al artículo 31 de la Convención de Viena para interpretar las normas,<sup>919</sup> como a la utilización de referencias procedentes de otras decisiones arbitrales con la finalidad de fundamentar su decisión. De manera interesante afirma que:

Las referencias a la jurisprudencia de tribunales CIADI se efectúan en la presente decisión no porque esa jurisprudencia constituya una fuente vinculante de derecho internacional, sino porque la argumentación en que se basan esas sentencias arbitrales se consideran jurídicamente correctas, independientemente de su obligatoriedad directa.<sup>920</sup>

En opinión del tribunal, y *a priori*, el razonamiento realizado en las decisiones que nunca llega a citar es estimado por este como adecuado. Así, este tribunal estima que las decisiones de tribunales arbitrales del CIADI, “no son vinculantes, sino jurídicamente correctas”.<sup>921</sup> Esta aseveración la consideramos en sí contradictoria, tomando en cuenta el sentido diverso en que han resuelto los tribunales arbitrales del CIADI respecto a la CNMF. Además el tribunal arbitral advierte que utilizará laudos previos para apoyar su decisión “usando esa jurisprudencia como medio auxiliar en la determinación de las reglas de derecho internacional”.<sup>922</sup> Sin embargo, en ninguna parte del laudo los utiliza.

Respecto a la aplicación de la CNMF invocada por Camuzzi, el tribunal arbitral determinó sin más que “el TNMF solicitado por Camuzzi es procedente en el presente caso, en cuanto a que el periodo de espera de dieciocho meses desde el sometimiento de la controversia a las autoridades

<sup>917</sup> *Ibidem*, párr. 17.

<sup>918</sup> *Ibidem*, párrs. 47-54.

<sup>919</sup> *Ibidem*, párr. 26.

<sup>920</sup> *Ibidem*, párr. 19.

<sup>921</sup> *Idem*.

<sup>922</sup> *Idem*.

judiciales o administrativas argentinas establecido en el artículo 12 (2) y (3) del Tratado no es aplicable al presente caso”.<sup>923</sup>

Lo increíble en este caso es que el tribunal arbitral no realiza análisis jurídico alguno de otros laudos arbitrales y mucho menos cita de manera concreta las decisiones en las que basa su supuesta anuencia jurídica. Este laudo es para nuestra sorpresa una muestra clara e inminente de la “falta de conocimiento profundo y estudio del ámbito de aplicación de la CNMF”. El tribunal arbitral de manera irresponsable e inexplicable llega al resultado citado en el párrafo anterior sin mención alguna del caso en que se apoyará, los preceptos relevantes, los supuestos jurídicos a analizar. Quizás esta falta de formalidad se deba a que Argentina no refutó de forma alguna lo argüido por Camuzzi; sin embargo, esto no justifica su actuar como tribunal arbitral. El tribunal arbitral no está facultado para decidir *prima facie* y sin análisis jurídico alguno. El fallo está plagado de falta de fundamentación y motivación alguna respecto a la interpretación del TNMF y la ilógica e inexplicable consecuencia de que el periodo de espera de dieciocho meses previsto en el APPRI Argentina-BeLux en su artículo 12 (2) y (3) puede ser abolido. Sin duda alguna este fallo en el momento procesal oportuno podrá ser motivo de anulación, por lo menos parcial, conforme al artículo 52 (b) y (e) del Convenio de Washington por una clara y evidente extralimitación manifiesta de facultades, así como por la falta de motivación y fundamentación del mismo. Es sorprendente que el tribunal arbitral no estudiara ni analizara el caso *Maffezini vs. España*, ni mucho menos citara los fallos *Plama vs. Bulgaria* (de febrero del 2005),<sup>924</sup> *Salini vs. Jordania* (de noviembre del 2004),<sup>925</sup> *Impregilo vs. Pakistán* (de febrero del 2005),<sup>926</sup> y ni siquiera entrara al estudio de los casos *Ambatielos*,<sup>927</sup> *Anglo Iranian Oil Company*<sup>928</sup> ni al *Caso Concerniente a los Derechos de los Nacionales de USA en Marruecos*.<sup>929</sup>

<sup>923</sup> *Ibidem*, párr. 28.

<sup>924</sup> *Plama vs. Bulgaria*, *cit.*, decisión a la jurisdicción.

<sup>925</sup> *Salini vs. Jordania*, *cit.*, decisión a la jurisdicción.

<sup>926</sup> *Impregilo S.p.A. vs. República Islámica de Pakistán*, ICSID Case No. ARB/03/3, decision on jurisdiction, 22 de abril de 2005. También citado como *Impregilo vs. Pakistán*, decisión a la jurisdicción.

<sup>927</sup> *Ambatielos* (Grecia vs. Reino Unido), Arbitration Commission, Award, 6 de marzo de 1956, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII, 2006, pp. 83-153. También citado como caso *Ambatielos*, Comisión de Arbitraje; *Ambatielos* (Grecia vs. Reino Unido), ICJ, merits, 19 de mayo de 1953, general list no. 18. También citado como caso *Ambatielos*, sentencia sobre el fondo; *Ambatielos* (Grecia vs. Reino Unido), ICJ, preliminary objection, 1o. de julio de 1952, general list, no. 15. También citado como caso *Ambatielos*, objeciones preliminares.

<sup>928</sup> *Anglo-Iranian Oil Company* (UK vs. Iran), *cit.*, judgment on preliminary objections.

<sup>929</sup> *Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* (France vs. United States of America), *cit.*, p. 176.

*d. Gas Natural vs. Argentina* (decisión a la jurisdicción,  
17 de junio del 2005)

En el caso *Gas Natural vs. Argentina*<sup>930</sup> nuevamente la demandante pretendía abolir el cumplimiento del periodo de espera de dieciocho meses de sometimiento de la controversia ante los tribunales argentinos; se trató de una controversia en el marco del APPRI Argentina-España en el cual Gas Natural intentó atraer las disposiciones “más favorables” del APPRI Argentina-USA que concede acceso directo al CIADI.

Gas Natural era una sociedad anónima española cuya sede se encontraba en Barcelona. Gas Natural participó en una licitación del Gobierno argentino en 1992 a través de su participación en un consorcio constituido expreso para tal fin llamado Invergas, S. A., el cual adquirió el 70% de las acciones de Gas Natural BAN, S. A. (BAN, S. A.), sociedad anónima organizada conforme al derecho argentino —el 30% restante de la empresa quedó en manos del gobierno argentino— BAN, S. A. era una empresa que había sucedido en la propiedad de sus instalaciones a “Gas del Estado”, empresa estatal argentina dedicada a la producción y distribución de gas natural para las zonas norte de la Provincia de Buenos Aires. Tras una reestructuración de la propiedad accionaria de BAN, S. A., Gas Natural manifestó quedar en control indirecto del 50,4% de las acciones de BAN, S. A. a través de Gas Natural, Invergas, S. A. y sus empresas subsidiarias. Gas Natural presuntamente invirtió 136 millones de dólares estadounidenses (dólar o USD, en adelante).<sup>931</sup>

La controversia se originó cuando en diciembre del 2001 no fue posible para el Gobierno argentino obtener otro crédito adicional para sostener la paridad del peso argentino (peso) frente al dólar; la crisis económica se volvió inevitable, así que esta fue prácticamente declarada por el presidente Fernando de la Rúa mediante decreto del 2 de diciembre del 2001, el cual prohibía las transferencias de divisas al exterior que superaran determinado monto nominal; a estas medidas se agregaron las acciones realizadas por sus sucesores Rodríguez Saá y Duhalde; este último, el 6 de enero del 2002, con el consentimiento del Congreso, emitió la Ley de Emergencia, la cual dejó sin efecto el requisito legal de paridad entre el valor del peso y el dólar. El 2 de febrero del 2002 el Gobierno ordenó a todos los bancos la entrega al Banco Central de todos sus depósitos en dólares y se continuó con la prohibición al exterior de divisas sin autorización previa del Banco Central.<sup>932</sup>

<sup>930</sup> *Gas Natural vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción (Lowenfeld, Álvarez, Nikken).

<sup>931</sup> *Ibidem*, párrs. 9 y 10.

<sup>932</sup> *Ibidem*, párrs. 12-15.

Consecuencia lógica de las medidas tomadas por el Gobierno argentino fueron las pérdidas que significaron para la empresa a raíz de la disparidad del peso frente al dólar. En especial la falta de garantías y respeto a las promesas de protección frente a su inversión fueron expuestas por la demandante como sigue:

a) Las tarifas de venta de gas natural acordadas por ENARGAS y Gas Natural se calcularon en dólares estadounidenses; aunque BAN, S. A. debía denominar en pesos las facturas a los consumidores, el Gobierno garantizó que los pagos a ser recibidos por BAN, S. A. serían automáticamente convertidos en dólares estadounidenses. Las medidas adoptadas por el Gobierno de Argentina conforme a la Ley de Emergencia violaron esa garantía;

b) Conforme a las Reglas Básicas,<sup>933</sup> las tarifas de venta de gas natural debían reajustarse dos veces por año, según la evolución del mercado internacional; específicamente en función del índice de los precios al productor (IPP) de los Estados Unidos y del precio del gas y el costo del transporte, lo que se denominó “Pass-Through” (“traspaso”), obligándose el Gobierno a abstenerse de imponer controles de precios. Aunque el Gobierno no estaba facultado para modificar las Reglas Básicas sin previo consentimiento de las licenciatarias (incluida BAN, S. A.), las medidas adoptadas por el Gobierno impidieron el reajuste de las tarifas de acuerdo con las fórmulas acordadas.

c) En virtud de medidas ulteriores, adoptadas por el Gobierno en marzo y mayo de 2002, los préstamos denominados en dólares estadounidenses sujetos a la legislación argentina se hicieron reembolsables en pesos (a esa altura depreciados); los préstamos denominados en dólares estadounidenses sujetos a la legislación extranjera, en cambio, no se regían por esas medidas y mantuvieron su carácter de obligaciones en dólares. Por lo tanto, BAN, S. A., como acreedora recibiría pesos depreciados, pero como prestataria seguiría estando obligada en dólares, al valor nominal de los préstamos respectivos.

La Demandante sostiene que esas medidas (y otras que no es necesario mencionar acá) llevaron a una reducción del 70% del valor de las acciones de BAN, S. A., y el correspondiente deterioro de las inversiones de la Demandante. La Demandante destaca que en agosto de 2000 el precio de las acciones de BAN, S. A. en el Mercado de Valores de Buenos Aires era de 1.89 pesos (suma equivalente a \$1.89 USD). En noviembre de 2002 las acciones se cotizaban a 0.189 pesos, y siendo el tipo de cambio de 3.59 pesos por dólar, el valor de una acción de BAN, S. A. se había reducido a \$0.05 USD a la fecha mencionada.<sup>934</sup>

<sup>933</sup> Especialmente la Ley No. 23.928 y el Decreto 2/28 argentinos de 1991, que establecieron el régimen de paridad y convertibilidad del peso argentino con el dólar estadounidense; APPRI Argentina-España; Ley del Gas y un Decreto del Gas, así como las Reglas Básicas dictadas por el Ministerio de Economía como parte del proceso de privatización y licitación.

<sup>934</sup> *Gas Natural vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 17.

Al igual que en el caso *Maffezini vs. España* el APPRI aplicable al caso fue el APPRI Argentina-España. Gas Natural pretendió abolir el periodo de dieciocho meses de sometimiento de la controversia frente a los tribunales argentinos competentes. Argentina sostuvo que su consentimiento al arbitraje con un nacional español se encuentra definido y limitado por el artículo X del APPRI Argentina-España. Argentina aseguró que Gas Natural incumplió con las obligaciones previstas en los párrafos 2 y 3 de dicho precepto; de conformidad con dichos párrafos, es condicionado el consentimiento al arbitraje internacional de las partes contratantes al sometimiento previo de la controversia durante un periodo de dieciocho meses ante los tribunales competentes de la parte demandada.

Una vez más citamos el artículo X del APPRI Argentina-España, el cual establece:

Artículo X. Solución de Controversias entre una Parte e inversores de la otra Parte

2. Si una controversia ...no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los Tribunales competentes de la parte en cuyo territorio se realizó la inversión.

3. La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) a petición de una de las partes en la controversia, *cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses* contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes;

b) Cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.

4. En los casos previstos por el párrafo 3 anterior, las controversias entre las partes ...se someterán de común acuerdo, cuando las partes en la controversia no hubieren acordado otra cosa, sea a un procedimiento arbitral en el marco del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados” [énfasis añadido].<sup>935</sup>

Respecto al cumplimiento del artículo X (2) y (3) del APPRI Argentina-España, el tribunal arbitral consideró que la cuestión fundamental fue establecer si las disposiciones sobre solución de controversias de los APPRIs forman parte del conjunto de mecanismos de protección concedidos a los inversores extranjeros por los Estados donde se efectúan las inversiones. A juicio del tribunal arbitral la historia del CIADI es de notable relevancia para poder resolver dicha cuestión. Así, este realizó una breve reseña sobre

<sup>935</sup> APPRI Argentina-España, artículo X.

la historia del CIADI, del mecanismo mixto de solución de controversias inversor-Estado, y de la adopción de APPRIs. Sin duda alguna fue el método de interpretación histórico el predilecto de dicho tribunal arbitral, lo cual no criticamos en forma alguna; sin embargo, esperábamos que en algún momento el tribunal mencionara la Regla de Interpretación contenida en la Convención de Viena debido a que es el estándar interpretativo internacional y forma parte del derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, el tribunal arbitral omitió realizar señalamiento alguno de ella ni tampoco empleó sus elementos interpretativos.<sup>936</sup>

El artículo IV (2) del APPRI Argentina-España contiene la CNMF como sigue: “2. *En todas las materias regidas por el presente Acuerdo*, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país [énfasis añadido]”.

Respecto a la interpretación del artículo IV (2) del APPRI que nos ocupa, el tribunal destaca que el texto se refiere a “todas las materias regidas por el presente Acuerdo...”, además hace notar que ciertas materias están excluidas de su aplicación —artículo IV (3) y (4) del APPRI Argentina-España<sup>937</sup>—, no así la cláusula de solución de controversias. Así, el tribunal arbitral realizó una interpretación textual de la norma; sin embargo, la lectura del precepto citado no es lo suficientemente clara como para no dejar lugar a dudas sobre su alcance. Por tanto, a nuestro parecer existió una deficiencia en el método interpretativo utilizado por el tribunal arbitral, el cual debió utilizar los otros elementos contenidos en la Regla interpretativa del artículo 31 de la Convención de Viena además del sentido corriente de la norma, tales como el contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Por otra parte, el tribunal no encontró persuasivo el argumento argentino respecto a las razones de política pública;<sup>938</sup> teniendo en cuenta que mu-

<sup>936</sup> *Gas Natural vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 29.

<sup>937</sup> APPRI Argentina-España, artículo IV, “3. Este tratamiento no se extenderá, sin embargo, a los privilegios que una Parte conceda a los inversores de un tercer Estado en virtud de su participación en: — una zona de libre cambio; una unión aduanera; un mercado común; un acuerdo de integración regional; o una organización de asistencia económica mutua en virtud de un acuerdo firmado antes de la entrada en vigor del presente Acuerdo que prevea disposiciones análogas a aquellas que son otorgadas por esa Parte a los participantes de dicha organización.

4. El tratamiento concedido con arreglo al presente artículo no se extenderá a deducciones y exenciones fiscales u otros privilegios análogos otorgados por cualquiera de las Partes a inversores de terceros países en virtud de un acuerdo para evitar la doble imposición o de cualquier otro acuerdo en materia de tributación”.

<sup>938</sup> Al respecto Argentina sostuvo que exigirle tomar parte en un arbitraje con un nacional de España en condiciones no consentidas (es decir, sin sometimiento previo ante los tri-

chos APPRI celebrados por Argentina no requieren el recurso previo a la jurisdicción nacional para posibilitar el acceso al arbitraje internacional.<sup>939</sup> El tribunal arbitral criticó el argumento de agotamiento previo de recursos utilizado por Argentina en sus alegatos, con razón distinguió dicho precepto del contenido en el artículo IV (2) y (3) del APPRI que nos ocupa, pues en este caso no hablamos del agotamiento de recursos internos, como lo prevé el artículo 26 del Convenio de Washington, sino de un “periodo de espera combinado con un requisito de sometimiento de la controversia durante un periodo de dieciocho meses ante los tribunales argentinos competentes”. Así, el tribunal arbitral señaló:

...respecto a la afirmación de que el plazo de 18 meses previsto en el Artículo X (3) del TBI constituye un requisito inderogable de agotamiento de recursos internos, el Tribunal observa que, conforme a esa disposición, existe la posibilidad de recurrir al arbitraje aunque los tribunales nacionales se hayan pronunciado sobre el caso, y *a fortiori*, aunque no hayan dictado una sentencia definitiva al respecto. En consecuencia, el plazo de 18 meses no está comprendido en el concepto de previo agotamiento de recursos internos tal como lo entiende el derecho internacional.<sup>940</sup>

Es evidente que en ese momento Argentina no tuvo bien definida ni madura su estrategia de defensa, la cual empleó con éxito más adelante, tanto los argumentos de estado de emergencia como el de agotamiento previo de recursos internos. En el caso que nos ocupa dichos conceptos no fueron empleados de forma clara ni exitosa.<sup>941</sup> De igual forma Argentina realizará en el futuro una clara distinción entre los conceptos “agotamiento de recursos internos” del “periodo de espera en combinación con el sometimiento de la controversia ante tribunales nacionales competentes”.<sup>942</sup>

En este tenor el tribunal arbitral decidió que:

...el hecho de que sólo pueda tenerse acceso a ese arbitraje después de recurrir a los tribunales nacionales y una vez transcurrido un periodo de espera

bunales argentinos) sería contrario a la *política pública* argentina, véase *Gas Natural vs. Argentina*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 27.

<sup>939</sup> *Ibidem*, párr. 30.

<sup>940</sup> *Gas Natural vs. Argentina*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 30.

<sup>941</sup> Notaremos que el argumento de estado de necesidad y estado de emergencia utilizados por Argentina tuvieron éxito argumentativo en el caso *CMS vs. Argentina y Semptra vs. Argentina*. Véase *supra*, capítulo segundo III.3.A.c.ii), a) y b).

<sup>942</sup> Observaremos cambios en las decisiones de tribunales arbitrales en casos que analizaremos más adelante como lo es, por ejemplo, el caso *Wintershall vs. Argentina*.

de dieciocho meses, implica un mecanismo de protección menos amplio que el acceso al arbitraje inmediatamente después de expirado el periodo de negociación el cual generalmente es de seis meses. En consecuencia, la demandante del presente caso tiene derecho a recurrir al mecanismo de solución de controversias previsto en el TBI entre Argentina y los Estados Unidos invocando el artículo IV (2) del tratado bilateral de inversiones entre España y Argentina.<sup>943</sup>

El tribunal arbitral citó lo decidido en los casos *Maffezini vs. España*<sup>944</sup> y *Siemens vs. Argentina*,<sup>945</sup> agregó que el caso *Siemens vs. Argentina* es sustancialmente congruente con el *Maffezini vs. España*. El tribunal arbitral se refirió al caso *Salini vs. Jordania* —caso que analizaremos más adelante y versa sobre la aplicación de la CNMF con el fin de atraer cuestiones contractuales, es decir, una cuestión distinta a la *Maffezini vs. España*, *Siemens vs. Argentina* y *Camuzzi vs. Argentina*— y señaló que en esa controversia (*Salini vs. Jordania*) no existía una CNMF que comprendiera “todas las materias regidas por el presente acuerdo”, además de existir fuertes indicios de que las partes se habían propuesto excluir las controversias contractuales de la jurisdicción del CIADI.<sup>946</sup>

Así, el tribunal arbitral del caso *Gas Natural vs. Argentina* reconoció que la cuestión referente a la aplicación de una “cláusula general de la nación más favorecida” a las disposiciones sobre solución de controversias de los APPRI no está exenta de dudas, y que diferentes tribunales, confrontados con hechos y antecedentes sobre negociaciones distintas, pueden llegar a diferentes resultados. No obstante, el tribunal arbitral dijo estar convencido de que la intención de las partes del APPRI Argentina-España consistía en someter el régimen de controversias a las disposiciones sobre TNMF, y que su análisis era compatible con el pensamiento actual expresado en otros laudos arbitrales recientes.<sup>947</sup> A continuación citamos la aseveración más atrevida del tribunal arbitral en este caso:

...a menos que resulte claro que los Estados parte en un TBI o las partes en un determinado acuerdo sobre inversiones han acordado un método diferente para dar solución a eventuales controversias (refiriéndose a un tipo de

<sup>943</sup> *Gas Natural vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 31.

<sup>944</sup> *Ibidem*, párrs. 45 y 46.

<sup>945</sup> *Ibidem*, párrs. 41-44.

<sup>946</sup> *Salini vs. Jordania, cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 118 y 119.

<sup>947</sup> El tribunal se refirió a los casos *Maffezini vs. España, cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 41, 54-56 y 64, *Siemens vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 103 y *Gas Natural vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 47.

arbitraje distinto al del CIADI, del Mecanismo Complementario o conforme a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI), deben entenderse aplicables a la solución de controversias las disposiciones de los TBIs sobre nación más favorecida.<sup>948</sup>

Así, sin hacer referencia alguna al caso *Plama vs. Bulgaria*,<sup>949</sup> rechazó las excepciones a la jurisdicción presentadas por Argentina e instó a las partes a continuar con el proceso.<sup>950</sup>

*e. National Grid vs. Argentina*, CNUDMI (decisión a la jurisdicción, 20 de junio 2006)

A pesar de que el caso *National Grid vs. Argentina*<sup>951</sup> se desarrolló en el marco de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, será brevemente analizado debido a que el tribunal arbitral se enfrentó con la interpretación de la CNMF aplicable a derechos adjetivos contenidos en la cláusula de solución de controversia del tratado base que fue el APPRI Argentina-Reino Unido para atraer los beneficios del APPRI referencia, el Argentina-USA; lo anterior con la finalidad de que la demandada aboliera cumplir con el periodo de espera en combinación con el sometimiento de la controversia ante los tribunales argentinos competentes por un periodo de dieciocho meses.<sup>952</sup>

<sup>948</sup> *Gas Natural vs. Argentina*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 49.

<sup>949</sup> Seguramente omitió referencia alguna al caso *Plama* porque únicamente transcurrieron cuatro meses de diferencia entre las resoluciones. En el caso *Plama vs. Bulgaria* la decisión a la jurisdicción es del 8 de febrero del 2005, mientras que la de *Gas Natural vs. Argentina* es del 17 de junio del 2005.

<sup>950</sup> *Gas Natural vs. Argentina*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 49. Cabe mencionar que a la fecha el proceso se encuentra suspendido por acuerdo de las partes. Seguramente lograron un acuerdo antes que continuar con el procedimiento. Véase: ICSID, Case details, *Gas Natural SDG, S.A. vs. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/10), en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, agosto de 2011.

<sup>951</sup> *National Grid vs. Argentina*, UNCITRAL, decision on jurisdiction, 20 de junio de 2006. También citado como *National Grid vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción.

<sup>952</sup> APPRI Argentina-Reino Unido, artículo 8o. Solución de controversias entre un inversor y el Estado anfitrión.

“(2) The aforementioned disputes shall be submitted to international arbitration in the following cases:

(a) If one of the Parties so requests, in any of the following circumstances:

(i) where, after a period of eighteen months has elapsed from the moment when the dispute was submitted to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made, the said tribunal has not given its final decision;

(ii) where the final decision of the aforementioned tribunal has been made but the Parties are still in dispute;

A continuación citamos el artículo 3o. del APPRI Argentina-Reino Unido, el cual contiene la CNMF:

Artículo 3o. Trato nacional y cláusula de la nación más favorecida

(1) Ninguna Parte Contratante *someterá* en su territorio *las inversiones y las ganancias de inversores de la otra Parte Contratante a un trato menos favorable que el otorgado a las inversiones y ganancias de sus propios inversores o a las inversiones y ganancias de inversores de cualquier tercer Estado.*

(2) Ninguna Parte Contratante *someterá* en su territorio *a los inversores de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación de sus inversiones, a un trato menos favorable que el otorgado a sus propios inversores o a los inversores de cualquier tercer Estado [énfasis añadido].*

Al respecto, el tribunal sostuvo que coincidía con las “equilibradas consideraciones de la decisión del caso *Maffezini* en su interpretación de la CNMF”,<sup>953</sup> y concretamente, con la preocupación de que esta no se amplíe de forma impropia. El tribunal reconoció que “es evidente que algunos demandantes han tratado de ampliarla más allá de sus límites pertinentes”.<sup>954</sup> A manera de ejemplo recordó el caso *Plama vs. Bulgaria* en el que se intentó generar un consentimiento inexistente al arbitraje del CIADI, se basó en las posibles excepciones enunciadas en el caso *Maffezini* respecto de la aplicación de la CNMF. No obstante, a criterio del tribunal arbitral, casos como el *Plama vs. Bulgaria* “no permiten privar a la CNMF de su sentido o finalidad legítimos en un determinado caso. Dicha cláusula es un elemento importante para que los inversores extranjeros sean tratados en igualdad de condiciones con otros inversores extranjeros y con los inversores nacionales cuando invierten en el exterior”.<sup>955</sup> En este orden de ideas, el tribunal concluye que dentro del contexto en el cual la demandada ha consentido someter al arbitraje el tipo de diferencias que plantea la demandante, el

(3) Where the dispute is referred to international arbitration, the investor and the Contracting Party concerned in the dispute may agree to refer the dispute either to:

(a) the International Centre for the Settlement of Investment Disputes...

(b) an international arbitrator or ad hoc arbitration tribunal to be appointed by a special agreement or established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law.

If after a period of three months from written notification of the claim there is no agreement to one of the above alternative procedures, the Parties to the dispute shall be bound to submit it to arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law as then in force. The Parties to the dispute may agree in writing to modify these Rules”.

<sup>953</sup> *National Grid vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 92.

<sup>954</sup> *Idem.*

<sup>955</sup> *Idem.*

“trato” previsto en la CNMF del Tratado base permite a los inversores del Reino Unido en Argentina recurrir al arbitraje sin tener que someter su controversia previamente ante los tribunales argentinos, tal como lo prevé el APPRI Argentina-USA en su artículo VII (3) (1).<sup>956</sup> De este modo, el tribunal rechazó la excepción a la competencia presentada por Argentina y se declaró competente para conocer sobre la reclamación de National Grid.<sup>957</sup>

El tribunal arbitral fijó la carga de la prueba en el Estado anfitrión al establecer que el intento de las partes contratantes era excluir la solución de controversias del ámbito de aplicación de la CNMF, en oposición a ello, liberó a la demandante de probar que la intención de las partes contratantes era que la solución de controversias estuviera comprendida en el ámbito de aplicación de la CNMF. Esta fue una presunción inconsistente con las decisiones de los tribunales arbitrales *Salini vs. Jordania* y *Plama vs. Bulgaria*. Además es curioso resaltar la similitud existente entre la redacción de la CNMF del artículo 3o. del APPRI Argentina-Reino Unido y la contenida en el artículo 1103 del TLCAN, artículo identificado por el tribunal *Plama vs. Bulgaria* como un tipo de formulación que excluía explícitamente la extensión de la CNMF a la solución de controversias. A continuación citamos el artículo 1103 del TLCAN para su comparación con el artículo 3o. del APPRI Argentina-Reino Unido.

TLCAN. Artículo 1103. Trato de nación más favorecida

1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.

2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición,

<sup>956</sup> APPRI Argentina-USA, artículo VII (3) (1): “3. (a) En el caso en que el nacional o sociedad no hubiera sometido la solución de la controversia a lo previsto por el párrafo 2 a) o b), y que hubieran transcurrido seis meses desde la fecha en que se planteó la controversia, la sociedad o el nacional involucrados podrá expresar por escrito su voluntad de someter la controversia al arbitraje obligatorio:

i) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Controversias Relativas a Inversiones (“el Centro”), establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado en Washington el 18 de marzo de 1965 (“Convenio CIADI”) siempre que la Parte sea parte del Convenio”.

<sup>957</sup> *National Grid vs. Argentina*, cit., decisión a la jurisdicción, párr. 93, decisión (1).

expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.

f. *Suez/AWG vs. Argentina* (decisión a la jurisdicción, 3 de agosto del 2006)

El caso *Suez/AWG vs. Argentina*<sup>958</sup> se originó a raíz de la demanda interpuesta contra Argentina por Aguas Argentinas S. A. (AASA), Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. (AGBAR), Vivendi Universal, S. A. (Vivendi) y AWG Group Ltd (AWG), en conjunto como las “demandantes”.<sup>959</sup> La controversia se desarrolló en torno a las inversiones que las demandantes realizaron en una concesión otorgada para el suministro de agua potable y desagües cloacales en la Ciudad de Buenos Aires y

<sup>958</sup> *Suez/AWG vs. Argentina, cit.*, decisión sobre jurisdicción (Salacuse, Kaufmann-Kohler, Nikken).

<sup>959</sup> En los mismos términos se desarrolló el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S. A. vs. República Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/17, decisión a la jurisdicción, 16 de mayo de 2006. También citado como caso *Suez vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción. En este caso Argentina fue demandada por Aguas Provinciales de Santa Fe S. A. (APSF), Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. (AGBAR) e InterAguas Servicios Integrales del Agua, S. A. (InterAguas, en adelante las demandantes). APSF es una compañía constituida en Argentina. Suez, constituida en Francia, y AGBAR e InterAguas, ambas constituidas en España, han sido importantes accionistas de APSE. En concreto, la controversia se derivó de un contrato de concesión para el suministro de agua potable y desagües cloacales en la provincia argentina de Santa Fe, a través de su Dirección Provincial de Obras Sanitarias (Dipos), y una serie de presuntos actos y omisiones de Argentina, incluyendo el supuesto incumplimiento o negativa a aplicar ajustes previamente convenidos a los mecanismos de cálculo y ajuste de tarifas. La solicitud de arbitraje frente al CIADI se presentó el 17 de abril de 2003, fecha en que el Centro recibió otras dos solicitudes de arbitraje bajo el Convenio del CIADI relativas a concesiones de agua en Argentina presentadas por: i) Aguas Cordobesas S. A., Suez y Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. y ii) Aguas Argentinas S. A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. y Vivendi Universal S. A. acerca de inversiones y diferencias semejantes. Estas solicitudes serían registradas posteriormente por el Centro y presentadas, mediante acuerdo de las partes, al mismo tribunal arbitral (Salacuse, Kaufmann-Kohler, Nikken). Así, el tribunal arbitral decidió: “párr. 67. Luego de considerar todas y cada una de las excepciones a la jurisdicción opuestas por la demandada, el Tribunal concluye que debe rechazarlas todas, con excepción de la tercera excepción relativa al status de APSF como sociedad Argentina, excepción que ha quedado sin efecto debido a la terminación del procedimiento con respecto a APSE. Por consiguiente, decide que el CIADI y este Tribunal tienen jurisdicción sobre este caso y, en consecuencia, decreta la continuación del procedimiento sobre el fondo de la diferencia de conformidad con el Convenio y las Reglas del CIADI y los tratados bilaterales sobre inversión aplicables. En consecuencia, el Tribunal ha dictado la resolución necesaria para la continuación del procedimiento, conforme a lo dispuesto en la Regla de Arbitraje 41 (4)”. Esta decisión fue prácticamente en los mismos términos que el caso *Suez/AWG vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, el cual continuaremos analizando.

algunos municipios circundantes. El motivo de la controversia fue una serie de supuestos actos y omisiones del Gobierno argentino incluyendo un supuesto incumplimiento o negativa a aplicar ajustes previamente convenidos a los mecanismos de cálculo y ajuste tarifario.<sup>960</sup>

AASA es una compañía constituida en Argentina. Suez y Vivendi fueron constituidas en Francia e invocaron la protección del APPRI Argentina-Francia.<sup>961</sup> Por su parte AGBAR es una empresa constituida en España, por lo que invocó la protección del APPRI Argentina-España.<sup>962</sup> AWG es una empresa constituida en el Reino Unido, e invocó el consentimiento de Argentina al arbitraje en el marco del APPRI Argentina-Reino Unido.<sup>963</sup>

Así, este caso presenta una reclamación que involucra la aplicación de por lo menos tres APPRIs distintos. Sin embargo, respecto a la aplicación de la CNMF para atraer derechos adjetivos contenidos en la cláusula de solución de controversias este caso difiere de los anteriores por tratarse de una controversia en la que existe una multiplicidad de demandantes y normas a aplicar. A pesar de ello, como lo veremos más adelante, la cuestión que se planteó fue nuevamente, como en los casos *Maffezini vs. España*, *Siemens vs. Argentina*, *Camuzzi vs. Argentina* y *Gas Natural vs. Argentina*, la abolición de un periodo de espera de dieciocho meses combinado con el requisito de sometimiento de la controversia ante las cortes argentinas competentes.

Suez y Vivendi no cuestionaron la aplicación de la CNMF para atraer derechos adjetivos contenidos en alguna otra cláusula de solución de controversias contenida en algún otro APPRI que Argentina hubiera contratado; por el contrario, el APPRI base para Suez y Vivendi fue el APPRI Argentina-Francia, cuyos beneficios procesales contenidos en el artículo 8o. (2)<sup>964</sup> pretendieron ser atraídos por AGBAR y AWG.

<sup>960</sup> *Suez/AWG vs. Argentina*, *cit.*, decisión sobre jurisdicción, párrs. 1 y 2.

<sup>961</sup> Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, firmado el 3 de julio de 1991, en vigor el 3 de marzo de 1993. En adelante APPRI Argentina-Francia.

<sup>962</sup> *Cit.*

<sup>963</sup> Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la Promoción y la Protección de Inversiones, firmado el 11 de diciembre de 1990 y en vigor desde el 19 de febrero de 1993. En adelante APPRI Argentina-Reino Unido; *Suez/AWG vs. Argentina*, *cit.*, decisión sobre jurisdicción, párr. 2.

<sup>964</sup> APPRI Argentina-Francia. Artículo 8o. (2). “*Si le différend n’a pu être réglé dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l’investisseur:*

— *Soit aux juridictions nationales de la Partie contractante impliquée dans le différend ;*

— *Soit à l’arbitrage international, dans les conditions décrites au paragraphe 3 ci-dessous.*

*Une fois qu’un investisseur a soumis le différend soit aux juridictions de la Partie contractante concernée, soit à l’arbitrage international, le choix de l’une ou de l’autre de ces procédures reste définitif”.*

De conformidad con el artículo 8o. (2) del APPRI Argentina-Francia el inversor extranjero puede presentar su reclamación ante el CIADI después de haber transcurrido un periodo de espera de seis meses.<sup>965</sup>

Así, AGBAR argumentó que en virtud de la CNMF contenida en el APPRI Argentina-España<sup>966</sup> AGBAR podía beneficiarse del trato más favorable contenido en el artículo 8o. (2) del APPRI Argentina-Francia.<sup>967</sup>

AWG invocó la protección del APPRI Argentina-Reino Unido el cual dispone en su artículo 8o. (3), que en caso de que una diferencia fuera sometida al arbitraje internacional, Argentina y el inversor en cuestión, pueden acordar someterla al CIADI o a un arbitraje conforme a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI en un periodo de tres meses y, en caso de no llegar a un acuerdo al respecto, la diferencia será sometida a un arbitraje de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.<sup>968</sup>

<sup>965</sup> *Suez/AWG vs. Argentina, cit.*, decisión sobre jurisdicción, párr. 52.

<sup>966</sup> APPRI Argentina-España. “Artículo IV

1. Cada Parte garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones por inversores de la otra Parte.

2. En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país.

3. Este tratamiento no se extenderá, sin embargo, a los privilegios que una Parte conceda a los inversores de un tercer Estado en virtud de su participación en:

— Una zona de libre cambio

— Una unión aduanera

— Un mercado común

— Un acuerdo de integración regional, o

— Una organización de asistencia económica mutua en virtud de un acuerdo firmado antes de la entrada en vigor del presente Acuerdo que prevea disposiciones análogas a aquellas que son otorgadas por esa Parte a los participantes de dicha organización”.

<sup>967</sup> *Suez/AWG vs. Argentina, cit.*, decisión sobre jurisdicción, párr. 52.

<sup>968</sup> *Ibidem*, párr. 2; APPRI Argentina-Reino Unido. Artículo 8o. (3). “Where the dispute is referred to international arbitration, the investor and the Contracting Party concerned in the dispute may agree to refer the dispute either to:

(a) the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (having regard to the provisions, where applicable, of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, opened for signature at Washington DC on 18 March 1965 (provided that both Contracting Parties are Parties to the said Convention) and the Additional Facility for the Administration of Conciliation, Arbitration and Fact-Finding Proceedings), or

(b) an international arbitrator or ad hoc arbitration tribunal to be appointed by a special agreement or established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law.

If after a period of three months from written notification of the claim there is no agreement to one of the above alternative procedures, the Parties to the dispute shall be bound to submit it to arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on

Así, AWG afirmó poder recurrir al arbitraje de la CNUDMI porque la cláusula de nación más favorecida del APPRI Argentina-Reino Unido, contenida en su artículo 3o.,<sup>969</sup> le permite beneficiarse del trato más favorable ofrecido por el APPRI Argentina-Francia respecto a la solución de controversias. Argentina, por su parte, se opuso a dicha interpretación de los APPRI Argentina-España y Argentina-Reino Unido y arguyó que la CNMF que figura en ambos tratados no incluye las materias relativas a la solución de controversias.<sup>970</sup>

El tribunal arbitral evocó los principios consagrados de interpretación de tratados contenidos en el artículo 31 de la Convención de Viena, “en virtud de los cuales el texto de los tratados debe interpretarse de conformidad con el ‘sentido corriente’. Al respecto, se supone que el texto del tratado es la expresión auténtica de las intenciones de las partes. El punto de partida para todo intento de interpretación”,<sup>971</sup> añadió el tribunal arbitral, es “el texto mismo del tratado”.<sup>972</sup> Entonces, el tribunal arbitral realizó la interpretación de la norma poniendo un especial énfasis en la interpretación textual de esta.

El tribunal arbitral no estudió el significado y alcance real de la CNMF, sino que se concentró en subsumir los elementos contenidos en el artículo 31 de la Convención de Viena, respecto a la interpretación del artículo IV (2) del APPRI Argentina-España y puso especial énfasis al objeto y fin del tratado en general. El tribunal agregó que el artículo señala claramente que “en todas las materias” cada parte debe garantizar un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país. Además, opinó que en el artículo X del APPRI Argentina-España están especificados, de forma detallada, los procesos para la “solución de controversias” inversor-Estado. Según el tribunal arbitral la

International Trade Law as then in force. The Parties to the dispute may agree in writing to modify these Rules”.

<sup>969</sup> APPRI Argentina-Reino Unido, “artículo 3o. Trato nacional y cláusula de nación más favorecida (1) Ninguna Parte Contratante someterá en su territorio las inversiones y las ganancias de inversores de la otra Parte Contratante a un trato menos favorable que el otorgado a las inversiones y ganancias de sus propios inversores o a las inversiones y ganancias de inversores de cualquier tercer Estado.

(2) Ninguna Parte Contratante someterá en su territorio a los inversores de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación de sus inversiones, a un trato menos favorable que el otorgado a sus propios inversores o a los inversores de cualquier tercer Estado”.

<sup>970</sup> *Suez/AWG vs. Argentina, cit.*, decisión sobre jurisdicción, párr. 52.

<sup>971</sup> *Ibidem*, párr. 54.

<sup>972</sup> *Idem*.

solución de controversias es, sin duda, una “materia regulada por el TBI Argentina-España”.<sup>973</sup> Además, este subrayó que “la palabra ‘tratamiento’ no está definida en el texto del tratado. No obstante, el sentido corriente de ese término en el contexto de la inversión incluye los derechos y privilegios otorgados y las obligaciones y cargas impuestas por un Estado contratante a las inversiones realizadas por inversores cubiertos por el tratado”.<sup>974</sup>

Entonces, el tribunal arbitral se remitió a lo establecido en el tratado referencia, es decir, el APPRI Argentina-Francia y agregó al respecto:

Argentina celebró un TBI con Francia en el que se permite a los inversores agraviados, después de seis meses de intentos de solucionar sus diferencias, recurrir al arbitraje internacional sin necesidad de presentar primero el caso ante los tribunales locales de un Estado contratante. En consecuencia, las inversiones francesas en Argentina, con arreglo al TBI Argentina-Francia, reciben tratamiento más favorable que las inversiones españolas en Argentina en virtud del TBI Argentina-España. *En tal caso conforme al párrafo (2) del artículo IV, las inversiones españolas tienen derecho a un tratamiento con respecto a la solución de controversias no menos favorable que el concedido a las inversiones francesas...* la concesión a las inversiones españolas de un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones francesas significaría que los titulares de inversiones españolas podrían recurrir al arbitraje internacional contra Argentina en las mismas condiciones que los titulares de inversiones francesas [énfasis añadido].<sup>975</sup>

El tribunal arbitral prosiguió con el análisis del artículo 3o. del APPRI Argentina-Reino Unido<sup>976</sup> y señaló que al igual que el artículo IV (3) del APPRI Argentina-España, el APPRI Argentina-Reino Unido contiene en su artículo 7o. una lista de materias que se excluyen del TNMF y subraya “la solución de controversias no se encuentra entre ellas”.<sup>977</sup>

Para el tribunal arbitral del caso *Suez/AWG vs. Argentina*, la diferencia en el lenguaje utilizado en la redacción de la CNMF contenida en el APPRI Argentina-Reino Unido, frente a la contenida en el APPRI Argentina-España, no tiene importancia y agregó: “la interpretación de cada una de ellas lleva a la misma conclusión”.<sup>978</sup> El tribunal añade que al igual que en el APPRI Argentina-España, el APPRI Argentina Reino-Unido no define el término

<sup>973</sup> *Ibidem*, párr. 55.

<sup>974</sup> *Idem*.

<sup>975</sup> *Idem*.

<sup>976</sup> *Cit.*

<sup>977</sup> *Suez/AWG vs. Argentina*, *cit.*, decisión sobre jurisdicción, párr. 56.

<sup>978</sup> *Ibidem*, párr. 57.

“trato”, así que: “El tribunal interpreta ese término [trato] del mismo modo en los dos tratados: los derechos y privilegios otorgados y las obligaciones y cargas impuestas por un Estado Contratante a las inversiones realizadas por inversores cubiertos por el tratado”.<sup>979</sup>

De conformidad con lo establecido en el artículo 3o. párrafo (2) del APPRI Argentina-Reino Unido el tribunal arbitral sostuvo que

...el derecho a recurrir al arbitraje internacional tiene mucha relación con “la gestión, mantenimiento, uso goce o liquidación de sus inversiones” por parte de un inversor. Está especialmente relacionado con el “mantenimiento” de una inversión, un término que abarca la protección de esa inversión.<sup>980</sup>

Así, los inversores británicos pueden acogerse al mejor tratamiento otorgado en el APPRI Argentina-Francia.

Por supuesto que Argentina no estuvo de acuerdo con la interpretación realizada por el tribunal arbitral y le pidió que utilizase el principio *ejusdem generis* para comprobar que las materias relacionadas con la solución de controversias estaban excluidas del ámbito de aplicación de la CNMF. Para Argentina la categoría “solución de controversias” no son del mismo *genus* que las cuestiones consideradas en dicha cláusula (refiriéndose a ambas CNMF contenida, en los APPRI Argentina-España y Argentina-Reino Unido). El tribunal, sin embargo, rechazó la petición argentina y añadió: “el tribunal no encuentra ninguna base para aplicar el principio de *ejusdem generis* como fundamento para llegar a esa conclusión”.<sup>981</sup>

La aseveración del tribunal es a nuestro criterio “grave”, considerando la disyuntiva relativa a los términos interpretativos respecto a la CNMF. No obstante, el tribunal arbitral optó por seguir con la vía interpretativa ya descrita y evitó a toda costa analizar el significado del principio *ejusdem generis*, así como estudiar el significado y alcance real de la CNMF; continuó con su línea de razonamiento y se acogió a las decisiones de los tribunales arbitrales de los casos *Siemens vs. Argentina*,<sup>982</sup> y por supuesto, del caso *Maffezini vs. España*.<sup>983</sup> Sin embargo, al hablar e incluso citar ciertos pasajes de la decisión a la jurisdicción del caso *Maffezini vs. España* no citó en ningún momento lo relativo al análisis del principio *ejusdem generis*, ni tampoco habló

<sup>979</sup> *Idem*.

<sup>980</sup> *Idem*.

<sup>981</sup> *Ibidem*, párr. 59.

<sup>982</sup> *Siemens vs. Argentina*, *cit.*, decisión a la jurisdicción.

<sup>983</sup> *Suez/AWG vs. Argentina*, *cit.*, decisión sobre jurisdicción, párrs. 62 y 63.

de las precauciones a que instó el propio tribunal arbitral del caso *Maffezini vs. España*.<sup>984</sup> Sentimos que la razón por la cual el tribunal arbitral decidió omitir comentario alguno al respecto fue debido a que los beneficios procesales que pretendían atraerse eran, para ambos inversores, la abolición del periodo de espera en combinación con el sometimiento de la controversia ante los tribunales argentinos por un periodo de dieciocho meses, como fue en los casos *Maffezini*, *Siemens* y *Camuzzi* (este último no fue citado por el tribunal arbitral).

El tribunal también hizo alusión al caso *Plama vs. Bulgaria*<sup>985</sup> el cual encontró en todo momento diferente al caso *Suez/AWG vs. Argentina*; el tribunal advirtió que: “cualesquiera que sean los fundamentos de dicha decisión, existen obvias diferencias con el caso actual, por varios motivos”.<sup>986</sup>

El tribunal subrayó dos enormes diferencias entre ambos casos, la primera, los términos tan distintos en los que están redactadas las CNMF en el caso *Plama vs. Bulgaria* y las cláusulas del caso *Suez/AWG vs. Argentina*; y la segunda, la intención clara de las partes (Chipre y Bulgaria) respecto a su falta de intención acerca de incluir la cláusula de solución de controversias dentro del ámbito de aplicación de la CNMF. Así lo trazó el tribunal arbitral:

En primer lugar, ...la cláusula de nación más favorecida en el TBI Argentina-España es de alcance mucho más amplio que la del TBI Bulgaria-Chipre en el caso *Plama*. Mientras que en el TBI Argentina-España se afirma que “[e]n todas las materias regidas por el presente Acuerdo, ...este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país”..., en la cláusula comparable del TBI Bulgaria-Chipre se afirma lo siguiente: “Cada Parte Contratante deberá aplicar a las inversiones realizadas en su territorio por inversionistas de otra Parte Contratante un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones de inversionistas de terceros países”. Cuando la expresión “en todas las materias” va acompañada de una lista de excepciones específicas en que no se incluye la solución de controversias, *no cabe ninguna duda de que la solución de controversias queda comprendida en la cláusula de nación más favorecida*. Del mismo modo, la cláusula de nación más favorecida del TBI Argentina-Reino Unido, que enumera expresamente las materias que comprende (es decir, “la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación de sus inversiones”), también define su alcance de forma más específica que la

<sup>984</sup> *Maffezini vs. España*, *cit.*, decisión a la jurisdicción. Nos referimos exactamente a los párrs. 62 y 63.

<sup>985</sup> *Plama vs. Bulgaria*, *cit.*, decisión a la jurisdicción.

<sup>986</sup> *Suez/AWG vs. Argentina*, *cit.*, decisión sobre jurisdicción, párr. 62.

cláusula interpretada en el caso *Plama*. En segundo lugar, y quizá aún más importante, el tribunal en el caso *Plama* se guió por la intención real de los Estados contratantes. Negociaciones posteriores entre Bulgaria y Chipre revelaron que las “dos partes contratantes en el TBI no consideraban que la disposición de nación más favorecida incluyera las disposiciones sobre solución de controversias de otros TBI” [énfasis añadido].<sup>987</sup>

Por otra parte, el tribunal arbitral recogió lo abordado por el tribunal arbitral del caso *Siemens vs. Argentina*, quien criticó la posición del tribunal arbitral del caso *Plama vs. Bulgaria* respecto a si un acuerdo de arbitraje debía ser claro e inequívoco,<sup>988</sup> y subrayó que “el presente Tribunal no comparte esta opinión. Como se ha señalado antes, considera que las disposiciones sobre solución de controversias deben ser objeto de interpretación como cualquier otra disposición de un tratado, no debe ser ni más restrictivo ni más liberal”.<sup>989</sup>

Finalmente, el tribunal arbitral agregó que su homólogo en el caso *Plama vs. Bulgaria* “simpatizaba con un tribunal [refiriéndose a *Maffezini vs. España*] que tratara de neutralizar una disposición que es absurda desde el punto de vista práctico [refiriéndose al periodo de espera de 18 meses en combinación con el sometimiento ante los tribunales argentinos competentes]”<sup>990</sup> y recordó que el tribunal *Plama vs. Bulgaria* mostró comprensión y simpatía respecto a lo decidido en el caso *Maffezini vs. España*.<sup>991</sup> Sin embargo, el tribunal *Suez/AWG vs. Argentina* omitió citar que el tribunal *Plama vs. Bulgaria* enseguida agregó: “De cualquier forma, dichas circunstancias excepcionales no deben tratarse como una afirmación de principio general que guíe a futuros tribunales en otros casos en los que circunstancias excepcionales no se presenten”.<sup>992</sup>

El tribunal *Suez/AWG vs. Argentina* también omitió mencionar el peligro detectado por el tribunal *Plama vs. Bulgaria* respecto a la forma en que el tribunal *Maffezini vs. España* se aproximó al cuestionamiento: “el principio es retenido en forma de una ‘string citation’ del principio y las excepciones

<sup>987</sup> *Ibidem*, párr. 65; *Plama vs. Bulgaria*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 195.

<sup>988</sup> *Plama vs. Bulgaria*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 198 y ss.

<sup>989</sup> *Suez/AWG vs. Argentina*, *cit.*, decisión sobre jurisdicción, párr. 66.

<sup>990</sup> *Idem*.

<sup>991</sup> *Plama vs. Bulgaria*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 224; *Suez/AWG vs. Argentina*, *cit.*, decisión sobre jurisdicción, párr. 66.

<sup>992</sup> *Plama vs. Bulgaria*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 224, *cf.* orig. “However, such exceptional circumstances should not be treated as a statement of general principle guiding future tribunals in other cases where exceptional circumstances are not present”.

son relegadas a un examen sucinto, propenso a caer dentro de poco en la inconsistencia”.<sup>993</sup>

No obstante, el tribunal *Suez/AWG vs. Argentina* llegó a la conclusión de que AGBAR, con fundamento en el artículo IV del APPRI Argentina-España, y AWG, con sustento en el artículo 3o. del APPRI Argentina-Reino Unido, podían invocar el trato más favorable concedido en el APPRI Argentina-Francia, y en consecuencia, podían iniciar un arbitraje internacional sin necesidad de recurrir primero a los tribunales locales de Argentina.<sup>994</sup>

g. *Wintershall vs. Argentina* (laudo, 8 de diciembre 2008)

El caso *Wintershall vs. Argentina*<sup>995</sup> es una delicia al paladar, no por el resultado al que llegó el tribunal arbitral, el cual no necesariamente era de esperarse, sino por la pericia con que las partes intentaron defender sus posiciones en una lucha campal por alcanzar la razón. A nuestro parecer, son casos como este los que nos muestran lo implacable que puede ser la batalla durante un procedimiento arbitral. También deja al descubierto el cambio de actitud de Argentina, totalmente contraria al caso *Camuzzi vs. Argentina*, en el que Argentina simplemente calló frente a las pretensiones de su contraparte respecto a la aplicación de la CNMF a derechos adjetivos contenidos en la cláusula de solución de controversias. En definitiva, tras un gran número de reclamaciones en su contra, Argentina ha alcanzado un grado de defensa jurídica, a nuestro parecer, bastante elevado. *Wintershall* no se queda atrás al definir su estrategia de defensa y encargar un famoso *Gutachten* nada menos que de Schreuer. Aquí pues los detalles de la controversia.

Se trata de la empresa matriz *Wintershall Aktiengesellschaft* (*Wintershall*), empresa constituida en Alemania, y *Wintershall Energía S. A. (WIAR*, en adelante) subsidiaria al 100% de *Wintershall*.<sup>996</sup> La controversia giró en torno al presunto incumplimiento de Argentina relativo a la garantía y protección de derechos a los inversores alemanes, de conformidad con lo establecido en el APPRI Argentina-Alemania.<sup>997</sup>

<sup>993</sup> *Ibidem*, párr. 226, *cf.* orig. “the principle is retained in the form of a ‘string citation’ of principle and the exceptions are relegated to a brief examination, prone to falling soon into oblivion”; *Maffezini vs. España*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 105, 109 y 120.

<sup>994</sup> *Suez/AWG vs. Argentina*, *cit.*, decisión sobre jurisdicción, párr. 67.

<sup>995</sup> *Wintershall vs. Argentina*, *cit.*, laudo, párrs. 167 y 188 (Nariman, Torres Bernárdez, Bernardini).

<sup>996</sup> *Ibidem*, párr. 1.

<sup>997</sup> APPRI Argentina-Alemania; *Wintershall vs. Argentina*, *cit.*, laudo, párr. 1.

Los artículos relevantes al caso, al igual que en el caso *Siemens vs. Argentina*, son el artículo 3o. (1) y el artículo 10 párrafos 2 y 3 del APPRI Argentina-Alemania, los cuales citamos a continuación:

Artículo 3o.

(1) Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra parte Contratante o a las inversiones en las que mantengan participaciones los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, a un *trato menos favorable* que el que se conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados.<sup>998</sup>

Artículo 10.

(2) Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.

(3) La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) a petición de una de las partes en la controversia, *cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso judicial* previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las partes [énfasis añadido].<sup>999</sup>

En este caso, como en los casos *Maffezini vs. España*, *Siemens vs. Argentina*, *Camuzzi vs. Argentina*, *Gas Natural vs. Argentina* y *Suez/AWG vs. Argentina*, se intentó abolir el cumplimiento del periodo de dieciocho meses de sometimiento ante los tribunales argentinos antes de que Wintershall pudiera someter su controversia ante el CIADI. Para alcanzar dicho fin, la demandante invocó la CNMF contenida en el artículo 3o. del APPRI argentino-germano para atraer la protección contenida en el artículo VII del APPRI Argentina-USA, la cual, según la demandante, es más favorable que el artículo 10 (2) a (4) del APPRI Argentina-Alemania.

En este laudo arbitral el tribunal intentó resolver como una cuestión separada si las disposiciones contenidas en el artículo VII del APPRI Argentina-USA eran más favorables que las contenidas en el artículo 10 (2) a (4) del APPRI Argentina-Alemania. Argentina intentó persuadir al tribunal arbitral sobre dicha aseveración para que este le diera la razón.

<sup>998</sup> APPRI Argentina-Alemania, artículo 3o. (1).

<sup>999</sup> *Ibidem*, artículo 10 (2) y (3).

- i) No puede presumirse que la disposición contenida en el tratado referencia es más favorable que la contenida en el tratado base

Así, como premisa inicial al respecto, Argentina arguyó oralmente que no puede presumirse o asumirse que una disposición contenida en el tratado base sea menos favorable que la contenida en el tratado referencia. Una aseveración así debe probarse.<sup>1000</sup> Argentina, por su parte, intentó desestimar que el artículo VII del APPRI Argentina-USA era más favorable que el artículo 10 (2) a (4) del APPRI base.<sup>1001</sup> Sin embargo, el tribunal arbitral optó por no decidir en ese momento procesal, sobre dicha cuestión, sino que debía decidirse junto con el fondo del asunto.<sup>1002</sup>

- ii) Reconocimiento de las partes del periodo de dieciocho meses como prerequisite para acceder al arbitraje del CIADI

Wintershall admitió que de no existir la CNMF contenida en el artículo 3o. del APPRI base el requisito del artículo 10 (2) del APPRI Argentina-Alemania, referente al sometimiento ante los tribunales locales, es un prerequisite para acceder al arbitraje del CIADI.<sup>1003</sup> Sin embargo, Schreuer, presentado por la demandada como parte de su evidencia, opinó que una cláusula como la contenida en el artículo 10 (2) del APPRI Argentina-Alemania puede ser tratada como “prescindible” porque solo se trata de una cláusula *waiting period*. Wintershall agregó además que dicha cláusula era de carácter estrictamente procesal y no un requisito jurisdiccional, del cual se puede hacer caso omiso o ser prescindible.<sup>1004</sup>

- iii) Interpretación de las normas

El Tribunal arbitral señaló que se sometería a la Regla de Interpretación contenida en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena para poder interpretar el texto del APPRI Argentina-Alemania, y la aplicación del principio del TNMF inmerso en AII, pues reflejan, como lo declaró la CIJ, derecho internacional consuetudinario (DIC).<sup>1005</sup>

<sup>1000</sup> *Wintershall vs. Argentina, cit.*, laudo, párr. 61.

<sup>1001</sup> *Ibidem*, párr. 62

<sup>1002</sup> *Ibidem*, párr. 63.

<sup>1003</sup> *Ibidem*, párr. 73.

<sup>1004</sup> *Ibidem*, párr. 74.

<sup>1005</sup> *Ibidem*, párrs. 75 y 76.

Además, el tribunal realizó una mención detallada y cuidadosa de las normas que utilizaría para la interpretación y añadió:

La cuidadosa redacción del artículo 31 se basa en la opinión de que debe presumirse que el texto es la expresión auténtica de la intención de las partes. El punto de partida de toda interpretación de un tratado consiste en desentrañar el significado del texto, no en realizar una investigación independiente sobre la intención de las partes a partir de otras fuentes (como por ejemplo, haciendo referencia a los *travaux préparatoires*, o expresando predilecciones basadas en la supuesta intención).<sup>1006</sup>

Por otra parte, el tribunal resaltó la importancia dada por la CIJ al sentido corriente otorgado a las palabras (texto) y recordó que para los casos en que el texto sea lo suficientemente claro y tenga sentido en el contexto, no será oportuno utilizar otros métodos interpretativos. Así lo dijo: “las sentencias de tribunales internacionales (la CPJI y la CIJ) contienen pronunciamientos según los cuales, cuando el sentido ordinario de las palabras (el texto) es claro y las palabras tienen sentido en el contexto, no cabe recurrir a otros medios de interpretación”.<sup>1007</sup>

En este tenor, el tribunal arbitral recordó el caso *Condiciones de Admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas*.<sup>1008</sup> Respecto al *Caso Concerniente al Laudo Arbitral del 31 de julio de 1989*<sup>1009</sup> en el que la CIJ se pronunció como sigue:

...la primera obligación de un tribunal llamado a interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado consiste en tratar de dar efecto a éstas en su sentido natural y corriente en el contexto en que se dan. Si las palabras pertinentes, en su significado natural y ordinario, tienen sentido en su contexto, se acabó el problema. Si, en cambio, las palabras, en su sentido natural y corriente, son ambiguas o conducen a un resultado irrazonable, entonces, y sólo entonces, la Corte, recurriendo a otros métodos de interpretación, debe tratar de establecer lo que las partes realmente quisieron expresar cuando las utilizaron.<sup>1010</sup>

<sup>1006</sup> *Ibidem*, párr. 78.

<sup>1007</sup> *Ibidem*, párr. 79.

<sup>1008</sup> “Condiciones de Admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas (artículo 4o. de la Carta)”, CIJ, opinión consultiva, 28 de mayo de 1948, *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991*, cit., lista general no. 2, p. 63.

<sup>1009</sup> *Caso concerniente al laudo arbitral del 31 de julio de 1989 - Case concerning the Arbitral Award of 31 July 1989* (Guinea Bissau vs. Senegal), fallo del 12 de noviembre de 1991, ICJ, Reports, 1991.

<sup>1010</sup> *Ibidem*, p. 8.

De igual modo citó lo decidido en el caso concerniente a las delimitaciones marítimas y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrain<sup>1011</sup> en el cual la Corte recalcó lo dicho un año antes en el fallo al caso concerniente a la disputa territorial Libia Árabe Jamahiriya/Chad,<sup>1012</sup> en el que retomó lo establecido en los preceptos 31 y 32 de la Convención de Viena; así lo dijo la CIJ:

Conforme al derecho internacional consuetudinario, reflejado en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. La interpretación debe basarse sobre todo en el texto del tratado. Como una medida complementaria puede recurrirse a medios de interpretación tales como los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración.<sup>1013</sup>

Así, después de recordar lo establecido en *Oppenheim's International Law*<sup>1014</sup> respecto a la regla general de interpretación de tratados y evocar lo referido por la CIJ respecto a que “la función de interpretación no se cumple revisando los tratados o leyendo en ellos lo que no contienen expresamente o de ellos se deduce; que los términos de un tratado siempre deben respetarse, debido a que el tratado expresa la voluntad mutua de los Estados contratantes”,<sup>1015</sup> el tribunal arbitral recordó lo fallado por la CIJ cuando se le preguntó en el caso relativo a la interpretación de los Tratados de Paz

<sup>1011</sup> *Caso concerniente a las delimitaciones marítimas y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrain - Case concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, ICJ, Reports, 1995.

<sup>1012</sup> *Caso concerniente a la disputa territorial Libia Árabe Jamahiriya/Chad - Case concerning Territorial Dispute Libyan Arab Jamahiriya/Chad*, fallo del 3 de febrero de 1994, ICJ, Reports, 1995.

<sup>1013</sup> *Ibidem*, pp. 21 y 22; *Wintershall vs. Argentina*, *cit.*, laudo, párr. 41.

<sup>1014</sup> Jennings, Robert Q. C. y Watts, Arthur (eds.), *op. cit.*, vol. I (parts 2 to 4), pp. 1271 y 1272, “la regla general de interpretación establecida en el artículo 31 de la Convención de Viena adopta el enfoque textual: un ‘tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin’. El hecho de que ese enfoque textual —acogido por unanimidad por la Comisión de Derecho Internacional— sea un componente aceptado del derecho internacional consuetudinario lo sugieren numerosos pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia, que también ha hecho hincapié en que la interpretación de un tratado no consiste en revisarlo ni en leer en él lo que no contiene en forma expresa o no se deduce necesariamente de él, ni en aplicar una regla de interpretación que produzca un resultado contrario a la letra o el espíritu del texto del tratado”.

<sup>1015</sup> *Wintershall vs. Argentina*, *cit.*, laudo, párr. 82. El tribunal arbitral también hizo alusión al caso Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania.

con Bulgaria, Hungría y Rumania,<sup>1016</sup> sobre si el secretario general de las Naciones Unidas estaba facultado para nombrar al tercer miembro de la Comisión del tratado a solicitud de una de las partes en la diferencia en caso de que la otra parte se hubiera negado a designar a su propio representante. En su sentido natural y corriente los tratados preveían que dicha Comisión debía constar de tres miembros y la designación del tercer miembro solo podía ocurrir después de designados los otros dos, cuyos nombramientos serían a razón de uno por país.<sup>1017</sup> La cuestión fue que en caso de que un Estado se negase a nombrar a un miembro, ¿podía el secretario general de las Naciones Unidas realizar dicho nombramiento? Ese era el cuestionamiento presentado ante la Corte, a lo que esta respondió que no era posible, que el texto del tratado no admitía dicha interpretación. La CIJ apuntó que la facultad del secretario general solo podría derivarse del contenido del tratado, tal como se expresa en la cláusula sobre diferencias de los tratados. Esta debe ser interpretada de forma estricta y solo puede aplicarse en el caso expresamente previsto en ella.<sup>1018</sup> Así, La Corte decidió:

Una cosa es que la maquinaria establecida para resolver diferencias falle en virtud de la imposibilidad práctica de crear la Comisión prevista en los tratados; otra es la responsabilidad internacional. El incumplimiento de una obligación prevista en un tratado no puede corregirse creando una Comisión que no es el tipo de comisión prevista por los tratados. La obligación de la Corte consiste en interpretar los tratados; no en revisarlos.<sup>1019</sup>

<sup>1016</sup> Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania - *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania* (Second Phase), CIJ, opinión consultiva, 18 de julio de 1950, ICJ, Reports, 1950.

<sup>1017</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>1018</sup> *Ibidem*, p. 227, *cf.* orig. “the Court considers that the text of the Treaties does not admit of this interpretation... The Secretary-General’s power to appoint a third member is derived solely from the agreement of the parties as expressed in the disputes clause of the Treaties; by its very nature such a clause must be strictly construed and can be applied only in the case expressly provided for therein. The case envisaged in the Treaties is exclusively that of the failure of the parties to agree upon the selection of a third member and by no means the much more serious case of a complete refusal of co-operation by one of them, taking the form of refusing to appoint its own Commissioner. The power conferred upon the Secretary-General to help the parties out of the difficulty of agreeing upon a third member cannot be extended to the situation which now exists”.

<sup>1019</sup> *Ibidem*, p. 196, *cf.* orig. “the failure of machinery for settling disputes by reason of the practical impossibility of creating the Commission provided for in the Treaties is one thing; international responsibility is another. The breach of a treaty obligation cannot be remedied by creating a Commission which is not the kind of Commission contemplated by the Treaties. It is the duty of the Court to interpret the Treaties, not to revise them”; *Wintershall vs. Argentina, cit.*, laudo, párr. 84.

Respecto a una entrevista oral realizada en una audiencia a Schreuer, ante la sugerencia de este respecto a que muchos APPRI no son negociados realmente y que incluso algunos representantes de Estado admiten no haber tenido idea de lo que firmaron, el tribunal arbitral le cuestionó:<sup>1020</sup> primero, si realmente creía que dos Estados soberanos negociarían, suscribirían y ratificarían un APPRI sin preocuparse de considerar su contenido. A lo que Schreuer respondió que muchas veces —de hecho, en la mayoría de las veces—, los APPRI formaban parte de tratados que no se negocian adecuadamente. Agregó que los APPRI con frecuencia se basan a menudo en algún tipo de modelo, y se presentan en ocasiones como visitas oficiales de Estado, cuando los mandatarios tienen necesidad de firmar algo y los APPRI son típicos candidatos de este tipo de prácticas. Enfatizó que muy a menudo no se negocian en ninguna medida y agregó que “simplemente se ponen sobre la mesa, y he tenido ocasión de escuchar a varios representantes que efectivamente habían tomado parte activa en ese proceso de celebración de tratados... que manifestaban: *no teníamos idea de que esto surtiría consecuencias reales en el mundo real* [énfasis añadido]”.<sup>1021</sup> Así, el tribunal arbitral continuó cuestionando a Schreuer y le preguntó si realmente consideraba que los Estados negocian cláusulas absurdas. El experto respondió que aunque algunas veces los representantes de los Estados lo hacen, ello no significa que deban ser ignoradas. Además, opinó que el texto del tratado debe tomarse en su tenor literal. Sin embargo, destacó que con esto no quiere decir que las disposiciones de un tratado deban ser clasificadas en disposiciones con sentido y disposiciones que carecen de este y agregó que “la interpretación de los tratados debe partir del sentido ordinario de los términos, aunque no nos gusten”.<sup>1022</sup>

El tribunal arbitral continuó con los cuestionamientos realizados oralmente a Schreuer, los cuales intentaremos resumir como sigue: respecto a la pregunta de si la intención de las partes es la relevante para la interpretación de los tratados de conformidad con la Convención de Viena, Schreuer respondió negativamente. Schreuer afirmó que la intención no es un concepto incluido en la Convención de Viena. Ella (la Convención de Viena) se refiere al texto del tratado, más específicamente, al sentido corriente dado a los términos del tratado o, para expresarlo de otro modo, la intención es

<sup>1020</sup> *Wintershall vs. Argentina, cit.*, laudo, párr. 85.

<sup>1021</sup> Declaración pericial de Christoph Schreuer, transcripción de la audiencia en inglés, 2do. día, 15 de octubre de 2007, p. 144 (traducción del Tribunal). Véase en *Wintershall vs. Argentina, cit.*, laudo, párr. 85.

<sup>1022</sup> *Wintershall vs. Argentina, cit.*, laudo, párr. 85

pertinente en la medida en que esté expresada en las disposiciones del tratado; no en mayor ni en menor medida.<sup>1023</sup> Schreuer recalcó que “la intención es relevante en la medida en que se refleje en el texto de un tratado, pero no más allá de ello”.<sup>1024</sup>

Así, el tribunal recogió lo afirmado por Schreuer y afirmó que “es la letra (el texto) del tratado lo que debe prevalecer. La ‘interpretación de los tratados’, como él expresa acertadamente, *debe partir del sentido ordinario de las palabras, aunque no nos gusten* [énfasis añadido]”.<sup>1025</sup>

Vemos pues que el tribunal arbitral llegó a donde quería, esto es, asentar el estándar de interpretación de tratados que le permitiera apearse de forma rigurosa a la Regla de Interpretación inmersa en la Convención de Viena, en especial, al sentido corriente del significado de una norma. El tribunal concluyó:

En las circunstancias del caso, el Tribunal sostiene que no hay lugar para ninguna presunta intención de las partes contratantes de un tratado bilateral, como base independiente de interpretación, porque ello abre la posibilidad de que un intérprete (en muchos casos, con la mejor de las intenciones) altere el texto del tratado para hacerlo coincidir mejor con lo que él (o ella) considere el “verdadero fin” del tratado.<sup>1026</sup>

Finalmente, queda claro que el tribunal arbitral prevé sobre el peligro de caer en una interpretación ajena a la Regla de la Convención de Viena y más cercana a la presumida intención de las partes que es una perspectiva bastante subjetiva.

Este punto de partida es, sin duda alguna, el fundamento del razonamiento que expondremos a continuación respecto al cuestionamiento de, cuáles son los principios que gobiernan las cláusulas de la nación más favorecida en los tratados.

<sup>1023</sup> Declaración pericial de Christoph Schreuer, transcripción de la audiencia en inglés, 2do. día, 15 de octubre de 2007, p. 146.

<sup>1024</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>1025</sup> *Wintershall vs. Argentina, cit.*, laudo, párr. 87.

<sup>1026</sup> *Ibidem*, párr. 88. Además el tribunal arbitral citó el fallo *SGS Société Générale de Surveillance S. A. vs. República Islámica de Pakistán, cit.*, decisión on jurisdiction, párr. 167, en este caso el tribunal arbitral encontró una tendencia pro Estado pues el tribunal decidió “that far-reaching effects arising out of the text of the BIT under consideration should be confirmed by clear and convincing evidence of the shared intent of the Contracting Parties”; en el segundo caso, *SGS Société Generale de Surveillance S. A. vs. República de Filipinas, cit.*, párr. 116, el tribunal arbitral decidió con una tendencia pro inversor al añadir “It is legitimate to resolve uncertainties in its interpretation so as to favour the protection of covered investments”.

iv) Sometimiento ante cortes locales como condición previa al consentimiento al arbitraje internacional

El tribunal arbitral en el caso *Wintershall* partió de la premisa de que el titular de un derecho secundario (el inversor), en el marco de un APPRI, debe cumplir con las condiciones estipuladas en el tratado para el ejercicio de los derechos previstos en este.<sup>1027</sup> Así, el tribunal arbitral en el caso *Wintershall* fundamentó la clara existencia de un paso que condiciona el consentimiento de un Estado al arbitraje internacional, en concreto, al arbitraje del CIADI. El tribunal recordó el artículo 36 (2) de la Convención de Viena<sup>1028</sup> que a la letra establece: “Un Estado que ejerza un derecho con arreglo al párrafo I deberá cumplir las condiciones que para su ejercicio estén prescritas en el tratado o se establezcan conforme a éste”.<sup>1029</sup>

El tribunal arbitral hizo una analogía entre la existencia de un tercer Estado y los derechos conferidos a un inversor extranjero respecto a las condiciones que deben cumplirse para poder ejercer un derecho. Recordó que el artículo 10 (2) del APPRI Argentina-Alemania posibilita el acceso al arbitraje internacional del CIADI siempre y cuando el inversor someta primero su controversia a un tribunal competente de Argentina durante un periodo de dieciocho meses (más un periodo de espera de seis meses).<sup>1030</sup>

El tribunal legitimó la existencia de un requisito previo para el consentimiento de las partes del APPRI para someterse a la jurisdicción del CIADI con la existencia del artículo 26 del Convenio de Washington.<sup>1031</sup>

Así, el tribunal agregó que

...en el presente caso se ha otorgado a las partes contratantes (la República Argentina y la República Federal de Alemania) la libertad de incluir (y ellas han incluido específicamente) una cláusula relativa al recurso a los remedios

<sup>1027</sup> *Wintershall vs. Argentina, cit.*, laudo, párr. 114.

<sup>1028</sup> Convención de Viena, artículo 36. Tratados en que se prevén derechos para terceros Estados. “1. Una disposición de un tratado dará origen a un derecho para un tercer Estado si con ella las partes en el tratado tienen la intención de conferir ese derecho al tercer Estado o a un grupo de Estados al cual pertenezca, o bien a todos los Estados y si el tercer Estado asiente a ello. Su asentimiento se presumirá mientras no haya indicación en contrario, salvo que el tratado disponga otra cosa”.

<sup>1029</sup> Convención de Viena, artículo 36 (2).

<sup>1030</sup> *Wintershall vs. Argentina, cit.*, laudo, párrs. 114 y 115.

<sup>1031</sup> Convenio de Washington, *cit.*, artículo 26: “Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”.

locales como requisito previo al recurso (como última instancia) del arbitraje del CIADI. Dado que la demandante (una entidad nacional de Alemania) sólo puede presentar una reclamación en el marco del TBI Argentina-Alemania, y bajo ningún otro documento, al hacer la reclamación (como lo ha hecho en el presente caso), la demandante Wintershall no tiene más opción que cumplir las condiciones estrechamente interrelacionadas que se mencionan en el artículo 10, antes de ejercer su derecho al arbitraje del CIADI, sencillamente porque ésa es la voluntad expresa de los Estados contratantes.<sup>1032</sup>

Para el tribunal arbitral el artículo 12 (2) del APPRI Argentina-Alemania contiene una cláusula de restricción temporal relativa al previo accionamiento ante tribunales locales; dicha cláusula “obliga” al inversor a litigar su controversia durante un periodo determinado ante el foro local que ambas partes contratantes han considerado como el órgano judicial adecuado.<sup>1033</sup>

El tribunal añade que el significado del término “será”, contenido en el artículo 10 (2) del APPRI Argentina-Alemania, denota una “obligación”, y no simplemente una elección y opción. Este agrega que en la terminología de los tratados la palabra “será” significa que lo estipulado es *jurídicamente vinculante*. Así lo confirmó Schreuer cuando se le cuestionó al respecto, aunque agregó que “mi opinión consiste, enteramente, en que se está ante una obligación. Ahora bien, el cumplimiento de esa obligación específica puede evitarse por remisión a la cláusula de la nación más favorecida del artículo 3o”.<sup>1034</sup>

Se rescata la manera en que está estructurado el texto del artículo 10 en su conjunto, como una razón más por la que el inversor demandante tiene la obligación de cumplir con lo dispuesto en todos los párrafos de dicho precepto (incluido el párrafo 2). Utilizando el lenguaje de la Convención de Viena estaríamos hablando del “contexto” del tratado. En este sentido, todos los párrafos son interdependientes y están interrelacionados.<sup>1035</sup>

El tribunal arbitral insiste en que la posibilidad de someter al arbitraje del CIADI las controversias en el marco del APPRI Argentina-Alemania, de conformidad con su artículo 10, solo puede ocurrir “cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las

<sup>1032</sup> *Wintershall vs. Argentina, cit.*, laudo, párr. 117.

<sup>1033</sup> *Ibidem*, párr. 118.

<sup>1034</sup> *Ibidem*, párr. 119, *cf.* orig. “*this particular obligation can be avoided by reference to the MFN clause in Article 3*”.

<sup>1035</sup> *Ibidem*, párr. 121.

partes (artículo 10 (3) (a) del APPRI Argentina-Alemania)”. Por tanto, el sometimiento de la disputa a un tribunal arbitral internacional está condicionado a un cumplimiento previo de lo establecido en el artículo 10 (2), a menos que las partes establezcan algo distinto (artículo 10 (3) (b) del acuerdo que nos ocupa). Para el tribunal el párrafo 4 del artículo 10 abre la posibilidad a las partes para someter de común acuerdo las controversias ante el CIADI o a un tribunal *ad hoc* de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. Si un acuerdo respecto al foro no puede ser tomado por las partes en un periodo de tres meses, es entonces, cuando de manera obligatoria, un procedimiento frente al CIADI podrá ser sometido de forma unilateral.<sup>1036</sup>

Por otra parte, Siemens sostuvo que Argentina no había condicionado su consentimiento a la jurisdicción del CIADI al sometimiento previo de la controversia ante tribunales argentinos, cuestión que fue rechazada por el tribunal arbitral. El tribunal sostuvo que:

...si se tiene en cuenta la redacción del artículo 10 del TBI, resulta evidente que la posibilidad de recurrir al arbitraje del CIADI está sujeta a la condición expresa de que, entre otras cosas, el inversor demandante someta su diferencia a un tribunal competente de Argentina, para que este la dirima, dentro de un plazo de 18 meses (más un período de espera adicional de tres meses) antes de someter la diferencia al arbitraje del CIADI. Las palabras pertinentes empleadas por los Estados contratantes en el artículo 10 del TBI Argentina-Alemania sin duda tienen sentido en su contexto, y como declaró la CIJ en la sentencia del caso Guinea-Bissau c. Senegal, fallo del 12 de noviembre de 1991, *si las palabras pertinentes, en su significado natural y ordinario, tienen sentido en su contexto, se acabó el problema* [énfasis añadido].<sup>1037</sup>

v) El artículo 10 (2) del APPRI Argentina-Alemania es materia de política pública

Según Siemens la prueba más fehaciente de que el artículo 10 (2) del APPRI que nos ocupa no es materia de política pública son los cuarenta y ocho APPRI celebrados por Argentina con terceros Estados; el APPRI Argentina-Alemania es uno de los pocos APPRI que contiene una disposición como la contenida en el artículo 10 (2), el resto de los APPRI prevén el acceso directo al arbitraje del CIADI. El tribunal arbitral se cobijó en la aplicación de la Regla de Interpretación contenida en la Convención de

<sup>1036</sup> *Ibidem*, párr. 122.

<sup>1037</sup> *Ibidem*, párr. 127.

Viena, así como en el principio de contemporaneidad (*the principle of contemporaneity*), según el cual “las cláusulas de un tratado deben interpretarse según el significado que tenían (y en las circunstancias reiterantes) en el momento de celebración del tratado”.<sup>1038</sup> En ausencia de *travaux préparatoires* u otra evidencia, la voluntad de las partes contratantes no puede ser ignorada y dejar sin sentido el significado del artículo 10 (2). Sin embargo, el tribunal arbitral no entró al estudio del significado de orden público.<sup>1039</sup>

vi) Procedimientos previos en forma de periodos de espera  
no son requisitos jurisdiccionales

La demandante a través de Schreuer intentó convencer al tribunal arbitral de que un requisito previo como lo es el requisito de espera, no es un requisito jurisdiccional y se refirieron al caso *Nicaragua vs. USA*,<sup>1040</sup> entre otros<sup>1041</sup> para fundamentar su dicho.<sup>1042</sup>

El tribunal arbitral, por su parte, señaló que en el caso concreto el artículo 10 (2) del APPRI Argentina-Alemania impone una “obligación” y no una mera “opción”, de modo que la falta de cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo mencionado, no pueden ser descritas como “simples defectos de forma”. El tribunal arbitral opinó que no podía alegarse que Argentina impidió de modo alguno someter la controversia ante sus tribunales locales.<sup>1043</sup>

Tras citar la opinión separada del juez Nagendra Singh en el caso *Nicaragua*,<sup>1044</sup> el tribunal arbitral señaló que “incluso un requisito de negociación previa puede (o no) ser considerado como requisito jurisdiccional; ello dependerá de su texto y contexto”.<sup>1045</sup> Así, criticó la aseveración categórica

<sup>1038</sup> *Ibidem*, párr. 129.

<sup>1039</sup> *Ibidem*, párrs. 128 y 129.

<sup>1040</sup> *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua vs. United States of America), judgment on jurisdiction and admissibility, 26 de noviembre de 1984, ICJ Reports, 1984. También citado como caso *Nicaragua vs. USA*.

<sup>1041</sup> *Ethyl Corporation vs. Canada*, *cit.*, decision on jurisdiction, también citado como caso *Ethyl vs. Canadá*, decisión a la jurisdicción, párrs. 76-88; *Wena Hotels Limited vs. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/14, decision on jurisdiction, 29 de junio de 1999. También citado como caso *Wena Hotels vs. Egipto*, decisión a la jurisdicción, párrs. 74 y 87; *Lauder vs. República Checa*, *cit.*, UNCITRAL, laudo, párr. 187; *Bayindir vs. Pakistán*, decisión a la jurisdicción, párrs. 88-103; *SGS vs. Pakistán*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 184.

<sup>1042</sup> *Wintershall vs. Argentina*, *cit.*, laudo, párrs. 133-138.

<sup>1043</sup> *Ibidem*, párr. 139.

<sup>1044</sup> *Nicaragua vs. USA*, *cit.*, pp. 446 y ss.

<sup>1045</sup> *Wintershall vs. Argentina*, *cit.*, laudo, párr. 142.

realizada por Schreuer de que “los obstáculos procedimentales no constituyen requisitos jurisdiccionales y pueden pasarse por alto”.<sup>1046</sup> Todo depende del caso, afirmó el tribunal arbitral, y agregó que, inclusive “obstáculos procesales” pueden ser redactados de determinada manera para otorgarles carácter jurisdiccional.<sup>1047</sup>

El tribunal afirmó que es incorrecto caracterizar la obligación impuesta por el artículo 10 (2) del APPRI en cuestión como un “periodo de espera obligatorio”. Por el contrario, la obligación contenida en el artículo 10 (2) está constituida por un elemento *ratione fori* y otro *ratione temporis*. El artículo 10 (1) prevé que “las disputas ...deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia”, mientras que la formulación imperativa “será” es utilizada en el artículo 10 (2). El tribunal continúa su razonamiento y agrega que un periodo de espera para una solución amigable definitivamente no es lo mismo que un requisito que invoca la jurisdicción de las cortes domésticas por un periodo determinado de tiempo.<sup>1048</sup> El tribunal invocó el caso *Maffezini vs. España*, un caso en el que se apoyó fuertemente la demandante, y recordó que dicho tribunal arbitral declaró que un requisito en un tratado para recurrir a los tribunales locales con un periodo de espera obligatorio de 18 meses no era un mero trámite procesal, sino un requisito jurisdiccional. El tribunal en el caso *Maffezini vs. España* no calificó una cláusula de este tipo como “carente de sentido” o “inútil”, por el contrario, señaló el tribunal *Wintershall vs. Argentina*, “afirmó que una cláusula que imponga la obligación de acudir ante tribunales locales y con un periodo de espera de 18 meses a partir de esa comparecencia tenía un propósito reconocido”.<sup>1049</sup>

Tras realizar un análisis de lo decidido por tribunales anteriores en los casos *Ethyl vs. Canadá*,<sup>1050</sup> *Wena Hotels vs. Egipto*,<sup>1051</sup> *Lauder vs. República Checa*,<sup>1052</sup> *Bayindir vs. Pakistán*<sup>1053</sup> y *SGS vs. Pakistán*,<sup>1054</sup> respecto al carácter jurisdiccional o puramente procesal del periodo de espera, el tribunal arbitral concluyó

<sup>1046</sup> *Ibidem*, párr. 143, *cf.* orig. “procedural obstacles are not jurisdictional requirements and may be disregarded”.

<sup>1047</sup> *Idem*.

<sup>1048</sup> *Ibidem*, párr. 145.

<sup>1049</sup> *Ibidem*, párr. 147. El tribunal arbitral *Wintershall vs. Argentina* citó lo decidido en el caso *Maffezini vs. España*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 34-37.

<sup>1050</sup> *Ethyl vs. Canada*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 85.

<sup>1051</sup> *Wena Hotels vs. Egipto*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 89.

<sup>1052</sup> *Lauder vs. República Checa*, *cit.*, UNCITRAL, laudo, párrs. 183 y 187.

<sup>1053</sup> *Bayindir vs. Pakistán*, decisión a la jurisdicción, párrs. 99 y 100.

<sup>1054</sup> *SGS vs. Pakistán*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 80 y 184.

que “existe una pronunciada y clara diferencia entre lo que se establezca en un TBI respecto de las ‘consultas’ (o del ‘periodo de espera’) y el requisito de que una demandante acuda a la jurisdicción de los tribunales locales durante cierto periodo antes de recurrir al arbitraje. En consecuencia, la línea de casos dado como ejemplo en *SGS vs. Pakistán*, no tienen relevancia sobre la decisión de este Tribunal en el presente caso”.<sup>1055</sup>

vii) Extensión de la CNMF contenida en el artículo 3o. al artículo 10 del APPRI Argentina-Alemania

Wintershall pretende que debido a la existencia del consentimiento de ambas partes al arbitraje del CIADI la aplicación del artículo 3o. del APPRI base que contiene la CNMF no envuelve cuestiones jurisdiccionales ni de consentimiento al arbitraje del CIADI, ni tampoco del mecanismo de solución de controversias.

La demandante aplicó la disposición contenida en el artículo 3o. del APPRI Argentina-Alemania únicamente con la finalidad de alcanzar las disposiciones de solución de controversias del APPRI Argentina-USA; y con ello pretende que el artículo VII del APPRI referencia gobierne la solución de controversias entre Argentina y Wintershall, un inversor alemán en Argentina, en lugar del artículo 10 del APPRI argentino-germano. Dicha invocación de la CNMF contenida en el artículo 3o. del APPRI base envuelve, sin duda alguna, cuestiones jurisdiccionales.

El tribunal arbitral afirmó que el requerimiento de dieciocho meses previsto en el artículo 10 (2) del APPRI base es un paso preliminar esencial para la instauración de un arbitraje del CIADI. Dicho requisito constituye una parte integral de la oferta al consentimiento del Estado anfitrión, la cual debe ser aceptada en los mismos términos por cualquier inversor que pretenda recurrir al CIADI para resolver su disputa con el Estado anfitrión de conformidad con el APPRI base. Por tanto, afirmó el tribunal arbitral que la invocación de la demandante del artículo 3o. del APPRI base, no origina únicamente cuestiones relativas al arbitraje del CIADI, sino cuestiones relativas al consentimiento, distinto al consentimiento plasmado en el artículo 10 del APPRI Argentina-Alemania.<sup>1056</sup>

En efecto, tras la lectura y análisis del artículo 10 del APPRI en estudio, el consentimiento plasmado en este precepto debería perfeccionarse después de que el inversor extranjero haya sometido su diferencia ante los

<sup>1055</sup> *Wintershall vs. Argentina, cit.*, laudo, párr. 153.

<sup>1056</sup> *Ibidem*, párr. 160 (2).

tribunales nacionales argentinos por un periodo de dieciocho meses. El tribunal arbitral agregó que el requisito de dieciocho meses de sometimiento de la diferencia frente a las cortes locales competentes del Estado anfitrión constituye uno de los cinco pasos interrelacionados de la oferta al arbitraje prevista en el APPRI en estudio:

*Primero*: intento de resolución de la diferencia amigablemente entre las partes (artículo 10 (1) del APPRI Argentina-Alemania).

*Segundo*: de no llegar a un acuerdo amigable durante un periodo de seis meses.

*Tercero*: la diferencia puede ser sometida al arbitraje internacional:

- a. si las partes así lo deciden o (artículo 10 (3) (b));
- b. a petición de cualquiera de las partes cuando no exista una decisión sobre el fondo del asunto una vez transcurridos dieciocho meses o cuando exista decisión pero la disputa subsista (artículo 10 (3) (a)).

*Cuarto*: en los supuestos del artículo 10 (3) la controversia podrá someterse al CIADI o formarse un tribunal *ad hoc* conforme a las reglas de la CNUDMI (artículo 10 (4)).

*Quinto*: transcurrido un periodo de tres meses contado a partir de que una de las partes solicitara el comienzo de un procedimiento arbitral, si no existiera acuerdo entre las partes respecto a la diferencia, *entonces*, esta será dirimida ante el CIADI si las partes fueran miembros de este; si no lo son, la controversia se dirimirá por un tribunal *ad hoc*, de conformidad con las reglas de la CNUDMI.

El tribunal arbitral condiciona el perfeccionamiento del consentimiento para someter una diferencia entre las partes al cumplimiento de la *invitatio ad offerendum* ofrecida por Argentina y Alemania. El Tribunal recuerda el principio general de derecho internacional respecto al cual las cortes podrán ejercer su jurisdicción únicamente si el Estado en cuestión ha consentido (principio de inmunidad jurisdiccional de los Estados). Este principio, añade el tribunal arbitral, es descrito como corolario de la soberanía e independencia de los Estados.<sup>1057</sup> Una presunción en el consentimiento no es considerada suficiente, porque cualquier restricción sobre la independencia de un Estado no puede ser presumida por corte alguna.<sup>1058</sup>

<sup>1057</sup> *Ibidem*, párr. 160 (3); *Status of Eastern Carelia Case* (1923), CPIJ, series B, núm. 5, p. 27.

<sup>1058</sup> *Wintershall vs. Argentina, cit.*, laudo, párr. 160 (3); *Lotus case* (1927), CPIJ, series A, núm. 10, p. 18.

Respecto al sistema de solución de controversias contenido en el APPRI base, es decir, en el APPRI Argentina-Alemania, comparado con el APPRI referencia, es decir, el APPRI Argentina-USA,<sup>1059</sup> el tribunal arbitral encuentra diferencias sustanciales en la concepción de ambos sistemas. En el APPRI

<sup>1059</sup> APPRI Argentina-USA, artículo VII. “1. A los fines del presente Artículo una controversia en materia de inversión es una controversia entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte, surgida de o relacionada con: a) un acuerdo de inversión concertado entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, si tal autorización existiera; o c) la supuesta violación de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.

2. En caso de surgir una controversia, las partes en la controversia procurarán primero solucionarla mediante consultas y negociaciones. Si la controversia no pudiera ser solucionada en forma amigable, la sociedad o el nacional involucrados podrán elegir someter la controversia para su solución:

a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la controversia; o

b) A los procedimientos de solución de controversias aplicables, previamente acordados, o

c) A lo dispuesto en el párrafo 3 de este artículo.

3. (a) En el caso en que el nacional o sociedad no hubiera sometido la solución de la controversia a lo previsto por el párrafo 2 a) o b), y que hubieran transcurrido seis meses desde la fecha en que se planteó la controversia, la sociedad o el nacional involucrados podrá expresar por escrito su voluntad de someter la controversia al arbitraje obligatorio:

i) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Controversias Relativas a Inversiones (“el Centro”), establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado en Washington el 18 de marzo de 1965 (“Convenio CIADI”) siempre que la Parte sea parte del Convenio, o

ii) del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a él, o

iii) de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.)

iv) de cualquier otra institución arbitral o de acuerdo con cualquier otra norma de arbitraje, según pudieran acordar entre sí las partes en la controversia.

(b) Una vez que el nacional o la sociedad involucrada hubiera expresado su voluntad, cualquiera de las Partes en la controversia puede iniciar el arbitraje de acuerdo con la elección especificada en la manifestación de voluntad.

4. Cada una de las Partes por el presente expresa su voluntad de someter la solución de cualquier controversia en materia de inversión al arbitraje obligatorio de acuerdo con la elección especificada en la manifestación escrita de voluntad del nacional o la sociedad según lo previsto por el párrafo 3. Dicha expresión de voluntad, junto con la manifestación escrita de voluntad del nacional o la sociedad, cuando se expresara según el párrafo 3, satisfará lo requerido por:

a) la manifestación escrita de voluntad de las partes en la controversia a los efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI (Jurisdicción del Centro) y a los fines de las normas del Mecanismo Complementario; y

b) un ‘acuerdo por escrito’ a los efectos del Artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras adoptada en Nueva York el 10 de junio de 1958 (“Convención de Nueva York”)...”.

base, si las partes en controversia no han alcanzado un arreglo amistoso en un periodo de seis meses, el inversor tiene que someter su diferencia durante un periodo de dieciocho meses ante las cortes competentes del Estado demandado, en cambio, en el APPRI Argentina-USA, el inversor ofendido tiene que decidir entre someter su diferencia ante las cortes locales o someter su diferencia al arbitraje internacional. Además, una vez que el inversor se ha decidido por el arbitraje, este tiene la libre opción de someter su diferencia al CIADI, al CIADI de conformidad con su Mecanismo Complementario (si una de las partes no fuera miembro del CIADI) o, al arbitraje *ad hoc* conforme a las reglas de arbitraje de la CNUDMI. En cambio en el tratado base, si hubiera transcurrido un periodo de dieciocho meses de sometimiento de la controversia ante tribunales locales y no existiera un fallo sobre el fondo, o la controversia subsistiera, el inversor puede someter la diferencia al arbitraje, y en primer lugar, debe acordarse entre las partes involucradas si lo someten al CIADI o al tribunal *ad hoc*. Si las partes no se pusieran de acuerdo en un periodo de tres meses desde la petición de una de ellas de instauración de un procedimiento arbitral, ante cuál foro arbitral será sometida la diferencia, esta será sometida al CIADI. Por ello, la pretensión de Wintershall de atraer únicamente un párrafo del sistema de solución de controversias contenido en el artículo VII del APPRI Argentina-USA no parece nada fácil ni congruente porque los sistemas inmersos en ambos documentos internacionales son diferentes.<sup>1060</sup>

Realmente no es claro en qué sentido debe extenderse la CNMF; el tribunal arbitral en el caso que nos ocupa recordó lo realizado en el caso *Maffezini vs. España*,<sup>1061</sup> el cual es calificado como mala interpretación de lo decidido en el caso *Ambatielos*; en todo caso, el supuesto en el caso *Maffezini vs. España* trataba de una CNMF que preveía “todas las materias previstas por el presente acuerdo”, pero, agrega el tribunal arbitral *Wintershall vs. Argentina*, aun asumiendo la atracción de esta regla contenida en el artículo VII del APPRI referencia, no solo debería respetarse entonces la cláusula *fork in the road* contenida en el APPRI Argentina-USA, sino la cláusula en su totalidad del sistema de solución de controversias inmerso en dicho APPRI.<sup>1062</sup> En realidad la discusión en el laudo arbitral es ciertamente severa, no puede hablarse de una práctica consistente, tampoco uniforme respecto a la aplicación de la CNMF al sistema de solución de controversias.<sup>1063</sup>

<sup>1060</sup> *Wintershall vs. Argentina, cit.*, laudo, párrs. 174-176.

<sup>1061</sup> *Maffezini vs. España, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 38.

<sup>1062</sup> *Wintershall vs. Argentina, cit.*, laudo, párr. 173.

<sup>1063</sup> *Ibidem*, párr. 177.

El tribunal arbitral recordó lo dicho por la doctrina la cual señala:<sup>1064</sup>

...todo arbitraje internacional debe basarse en un acuerdo entre las partes, el cual debe ser claro e inequívoco, aun cuando sea alcanzado por una incorporación o por referencia; los Estados pueden prever expresamente que ellos pretenden que la CNMF sea aplicable a disposiciones de solución de controversias, pero el solo hecho de que la CNMF sea expresada para aplicar “a todas las materias” abordadas por el tratado base no era suficiente para disipar la duda sobre si las partes realmente pretendieron que ésta aplicara a la cláusula de solución de controversias. Normalmente, una CNMF no operará de modo tal que remplace un significado de la cláusula de solución de controversias por otro.<sup>1065</sup>

En este orden de ideas, el tribunal asume el sentido de la CNMF a interpretar y añade que el requerimiento de omitir cumplir con el periodo de dieciocho meses únicamente puede ser dispensado con una legítima extensión de derechos y beneficios en el sentido de la operación de la CNMF, esto es, cuando el texto mismo del artículo 3o. del APPRI Argentina-Alemania le permita al intérprete del tratado llegar a la conclusión de una intención clara e inequívoca de que esa ha sido la intención de las partes.<sup>1066</sup>

El tribunal arbitral en el caso que nos ocupa se mostró en contra de la utilización engañosa del principio *ejusdem generis* por la demandante, la cual aseveró que el artículo 10 del APPRI Argentina-Alemania, que se refiere a la solución de controversias al igual que el artículo VII del APPRI Argentina-USA, son del mismo tipo. En opinión del tribunal se trató de un alegato engañoso y aseguró que “este no es el verdadero principio *ejusdem generis* aplicable a una CNMF”. El tribunal se remitió a lo establecido por el Proyecto sobre las CNMF<sup>1067</sup> el cual establece que “bajo el ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida el Estado beneficiario adquiere, para

<sup>1064</sup> *Ibidem*, párr. 167.

<sup>1065</sup> McLachlan, Campbell *et al.*, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, Gran Bretaña, Oxford University Press, 2007. p. 256, *cf.* orig. “all international arbitration must be based upon an agreement of the parties, which must be clear and unambiguous, even where reached by incorporation or by reference; States could provide expressly that they intended the MFN Clause to apply to dispute settlement, but the mere fact that the MFN Clause was expressed to apply ‘with respect to all matters’ dealt with by the basic treaty was not sufficient to dispel the doubt as to whether the parties had really intended it to apply to the dispute settlement clause. Ordinarily, an MFN Clause would not operate so as to replace one means of dispute settlement with another”.

<sup>1066</sup> *Wintershall vs. Argentina, cit.*, laudo, párr. 172.

<sup>1067</sup> United Nations, International Law Commission, “Final Draft Articles on Most Favored Nation Clauses”, *cit.*

sí o en beneficio de personas o cosas en una relación determinada con éste, solo aquellos derechos que recaen dentro de los límites de la materia de la cláusula”.<sup>1068</sup> El tribunal arbitral citó además el contenido del comentario de la CDI realizado a dicho precepto que arguye:

Ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida respecto de la materia objeto de la misma: (1) La regla que algunas veces se denomina *ejusdem generis* es reconocida y afirmada en general por la jurisprudencia de los tribunales internacionales y nacionales y por la práctica diplomática<sup>1069</sup> ... la cláusula sólo opera respecto de la materia a que se referían los dos Estados cuando ellos insertaron la cláusula en su tratado.<sup>1070</sup>

En consecuencia, el tribunal arbitral agregó que la aseveración acerca de que Argentina y Alemania “tenían en mente” la cláusula de solución de controversias cuando se refirieron al “trato a las inversiones” contenido en el artículo 3o. es contradictorio:

...porque las palabras “trato menos favorable” que el que se conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados..., del artículo 3o., podrían haber incluido normalmente el trato de no otorgar protección y seguridad plenas a las inversiones de nacionales o sociedades de cualquiera de las partes contratantes en el territorio de la otra parte contratante, así como el “trato” de inversiones en caso de expropiación, nacionalización o adopción de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización..., pero en el artículo 4o. (4) se ha dispuesto expresamente dicho “trato” y se ha limitado la CNMF a la aplicación de dicho artículo.

Así, el tribunal estableció que si

...las partes no “tuvieron en mente” la cláusula relativa a la resolución de diferencias en relación con el trato desfavorable de las inversiones como se menciona en los párrafos 1 y 2 del artículo 4o., no es posible afirmar que hayan tenido en mente algún otro “trato” menos favorable que el que se concedió

<sup>1068</sup> *Ibidem*, artículo 9o. (1).

<sup>1069</sup> Article 9, United Nations, International Law Commission, “The Most-Favoured-Nation Clause (with commentaries)”, *cit.*, p. 27.

<sup>1070</sup> *Idem*, *cf.* orig. “scope of the most-favoured-nation clause regarding its subject-matter. The rule which is sometimes referred to as the *ejusdem generis* rule is generally recognized and affirmed by the jurisprudence of international tribunals and national courts and by diplomatic practice... the clause can only operate in regard to the subject-matter which the two States had in mind when they inserted the clause in their treaty”.

a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados, como se especifica en el artículo 3o. Si las medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización y las medidas que no otorguen protección y seguridad plenas a las inversiones de los nacionales o sociedades de cualquiera de las partes contratantes en el territorio de la otra parte contratante (que es el motivo de la reclamación del caso expresado en la Solicitud de Arbitraje) no pueden aplicarse ni extenderse a la cláusula relativa a la resolución de diferencias (artículo 10), es difícil afirmar que cuando las partes contratantes utilizaron la palabra “trato” en el artículo 3o. “hayan tenido en mente” la cláusula relativa a la resolución de diferencias del artículo 10.<sup>1071</sup>

En realidad, en el momento en que Argentina y Alemania celebraron el APPRI, Argentina no contaba con APPRI alguno vigente que permitiera el acceso directo al arbitraje internacional, por tanto, para el tribunal arbitral es una prueba evidente que los Estados contratantes, Argentina y Alemania, nunca tuvieron en mente la posibilidad de que se aplicará la cláusula relativa a la solución de diferencias del artículo VII del APPRI Argentina-USA a la resolución de diferencias del APPRI Argentina-Alemania. Si así lo hubieran querido, en el contenido del artículo 10 se hubiera incluido una CNMF.<sup>1072</sup>

Así, el tribunal arbitral concluyó su análisis y negó la aplicación del artículo 3o. del APPRI Argentina-Alemania para evitar la aplicación del artículo 10 (2) del mismo APPRI, en el sentido de utilizar la CNMF para evitar el cumplimiento del sometimiento durante dieciocho meses de la controversia ante los tribunales competentes argentinos, y sustituir esta regla por la contenida en el artículo VII del APPRI Argentina-USA. Así lo decidió el tribunal arbitral:

...teniendo en cuenta las consideraciones y conclusiones precedentes, el Tribunal de Arbitraje, por unanimidad:

(1) Concluye..., a) que la demandante Wintershall Aktiengesellschaft no tenía derecho a remitir directamente la diferencia por ella planteada al arbitraje del CIADI, puesto que no había cumplido con las disposiciones contenidas en el artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania; y b) que la cláusula de la nación más favorecida del artículo 3o. del TBI Argentina-Alemania no da derecho a la Demandante a eludir el cumplimiento de los requisitos estipulados en el artículo 10 (2) del mencionado TBI.<sup>1073</sup>

<sup>1071</sup> *Wintershall vs. Argentina, cit.*, laudo, párr. 193.

<sup>1072</sup> *Ibidem*, párr. 195.

<sup>1073</sup> *Ibidem*, párr. 198 (1).

*h. Hochtief Aktiengesellschaft vs. Argentina* (decisión a la jurisdicción, 24 de octubre de 2011)

Finalmente se presenta el caso *Hochtief vs. Argentina*,<sup>1074</sup> cuyo desarrollo fue en el marco del APPRI Argentina-Alemania. Hochtief (la demandada) es una empresa creada conforme al derecho alemán, la cual pretendió utilizar la CNMF contenida en el tratado base para atraer el “mejor trato” otorgado por el APPRI Argentina-Chile,<sup>1075</sup> el cual, de conformidad con su artículo X (2) permite a los inversores extranjeros el acceso al CIADI después de un periodo para arreglo amistoso de seis meses. En cambio, el APPRI Argentina-Alemania prevé en su artículo 10 (2) y (3) el sometimiento previo de la controversia ante las cortes locales del Estado anfitrión en combinación con un periodo de espera de seis meses.

En este contexto, el tribunal arbitral decidió utilizar la Regla de Interpretación de la Convención de Viena contenida en sus artículos 31 y 32. El tribunal reconoció que el artículo 10 del APPRI Argentina-Alemania contiene ciertos pasos posibles y procedimientos alternativos en cuando surge una diferencia.<sup>1076</sup> Este sostuvo que el artículo 10 (2) confiere la potestad a las partes contratantes de “exigir que la controversia se someta a los tribunales del Estado receptor”. Dicha obligación por supuesto que es impuesta a Hochtief. Dicho precepto establece:

APPRI Argentina-Alemania, artículo 10 (2). “Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión”.

El tribunal arbitral señaló que “el párrafo (2) se refiere a una ‘petición’, pero la petición da lugar a una obligación (‘será sometida’) de someter la controversia a los tribunales”.<sup>1077</sup>

Tras un arduo análisis sobre el contenido del artículo 10 (2) y (3) del APPRI Argentina-Alemania,<sup>1078</sup> el tribunal arbitral decidió que el artículo 10 (2) impone la obligación de someter la controversia ante los tribunales locales argentinos durante un periodo de dieciocho meses. Así lo resolvió

<sup>1074</sup> *Hochtief vs. Argentina*, *cit.*, decisión a la jurisdicción (Lowe, Brower, Thomas).

<sup>1075</sup> APPRI Argentina-Chile, *cit.*

<sup>1076</sup> *Ibidem*, párrs. 26 y 28.

<sup>1077</sup> *Ibidem*, párr. 30.

<sup>1078</sup> *Ibidem*, párrs. 40-54.

el tribunal: “El Tribunal, por lo tanto, ...adopta el supuesto de que el artículo 10 del TBI Argentina-Alemania impone la obligación de someter la controversia a los tribunales nacionales durante 18 meses, como condición previa para que pueda recurrirse unilateralmente al arbitraje al amparo del TBI”.<sup>1079</sup>

El tribunal arbitral reconoció que las partes hicieron amplia referencia a la jurisprudencia y a la doctrina existente sobre el efecto de las CNMF contenidas en los APPRI.<sup>1080</sup> Este, de manera muy prudente, aseguró haber considerado muy cuidadosamente esa “jurisprudencia” y tiene presentes los beneficios que ofrecen las diferentes respuestas a cuestiones similares, así como la importancia que otros tribunales han otorgado a diferencias en la redacción de las CNMF contenidas en diversos tratados y señala que “no obstante, este Tribunal tiene la obligación de interpretar con la mayor fidelidad posible las disposiciones específicas de los tratados aplicables al presente caso, y abstenerse de optar entre amplias doctrinas o escuelas de pensamiento o de realizar un cómputo de laudos arbitrales que adopten posiciones diferentes y acompañar la posición que corresponda a la mayoría numérica”.<sup>1081</sup>

i) Posibilidad de aplicar la CNMF a la solución de diferencias

La primera cuestión sobre la que se pronunció el tribunal arbitral fue si el artículo 3o. del APPRI Argentina-Alemania que contiene la CNMF puede aplicarse a la resolución de diferencias de tal forma que modifique el contenido del artículo 10 del mismo APPRI.<sup>1082</sup> El tribunal sostuvo que el artículo 3o. del APPRI<sup>1083</sup> contiene disposiciones que hacen extensivo el TNMF a las inversiones y a los inversionistas (artículo 3o. (1) y (2)) y que la obligación del

<sup>1079</sup> *Ibidem*, párr. 55.

<sup>1080</sup> *Ibidem*, párr. 57.

<sup>1081</sup> *Ibidem*, párr. 58.

<sup>1082</sup> *Ibidem*, párr. 59.

<sup>1083</sup> APPRI Argentina-Alemania, “artículo 3o. (1): Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante o a las inversiones en las que mantengan participaciones los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, a un trato menos favorable que el que se conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados.

(2): Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con las inversiones, a un trato menos favorable que a sus propios nacionales y sociedades o a los nacionales y sociedades de terceros Estados”.

Estado es idéntica en ambos casos; esta consiste en *otorgar un trato no menos favorable que el que el Estado concede a sus propios nacionales o sociedades, o a las inversiones de nacionales o sociedades de un tercer Estado*. El tribunal subrayó que “el artículo 3o. (2) estipula que el derecho de exigir al Estado el trato de NMF o el tratamiento nacional se aplica a los inversionistas en su territorio en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con las inversiones”.<sup>1084</sup>

Después de que citó lo establecido en el *ad* artículo 3o. del Protocolo del APPRI<sup>1085</sup> el tribunal consideró que “la frase ‘la administración, la utilización, el uso y el aprovechamiento de una inversión’ incluye el derecho de recurrir a mecanismos de resolución de diferencias como un aspecto dentro de la administración de la inversión”. El tribunal opinó que “el derecho ‘procesal’ de hacer efectivo otro derecho ‘sustantivo’ es un componente dentro del compendio de derechos y obligaciones *que conforman el concepto jurídico de lo que constituye propiedad*”.<sup>1086</sup> Es muy curioso el razonamiento del tribunal arbitral, pues hace una analogía con el caso *Ambatielos*, pero en este caso, atrae el contenido de las cláusulas de solución de controversias, que son derechos adjetivos como contenido de una norma de derecho sustantivo, que es a su parecer un componente para hacer efectiva “la protección de la propiedad”.

El tribunal consideró que las disposiciones del artículo 10 del APPRI base brindan a los inversores la posibilidad de recurrir al arbitraje, además de reconocerles el derecho de recurrir a los tribunales nacionales, lo que constituye una forma de protección de la que se goza dentro del contexto de la “administración, la utilización, el uso y el aprovechamiento de la inversión”.<sup>1087</sup>

Finalmente, el tribunal señaló no percibir razón convincente por la que las diferencias entre el inversor y el Estado puedan diferir de un litigio entre el inversor y otra parte privada, ni para distinguir entre el ejercicio de recursos ante los tribunales del Estado anfitrión y su ejercicio en el arbitraje internacional. A sentir del tribunal ambas posibilidades son cobijadas por el con-

<sup>1084</sup> *Ibidem*, párrs. 60 y 61.

<sup>1085</sup> Protocolo del APPRI Argentina-Alemania (2) *ad* artículo 3o. (1). “(a) Por ‘actividades’ en el sentido del apartado 2 del artículo 3 se considerarán en especial pero no exclusivamente, la administración, la utilización, el uso y el aprovechamiento de una inversión. Se considerarán en especial pero no exclusivamente como ‘trato menos favorable’ en el sentido del artículo 3 a las medidas menos favorables que afecten la adquisición de materias primas y otros insumos, energía y combustibles, así como medios de producción y de explotación de toda clase o la venta de productos en el interior del país y en el extranjero. No se considerarán como ‘trato menos favorable’ en el sentido del artículo 3 las medidas que se adopten por razones de seguridad interna o externa y orden público, sanidad pública o moralidad”.

<sup>1086</sup> *Ibidem*, párr. 66.

<sup>1087</sup> *Ibidem*, párr. 68.

tenido del artículo 10 del APPRI Argentina-Alemania. En consecuencia, el tribunal entendió que la CNMF contenida en el artículo 3o. del APPRI en principio es aplicable a la promoción de procedimientos sobre resolución de diferencias prevista en el artículo 10 de ese APPRI.<sup>1088</sup>

Consideramos que la frase “en principio” deja al descubierto que la interpretación otorgada por el tribunal arbitral al ámbito de aplicación de la CNMF está limitada al supuesto analizado por este. No estamos convencidos que el tribunal arbitral encuentre su conclusión aplicable a todos los supuestos relativos a la cláusula de solución de diferencias. Por lo tanto, no podemos adoptar dicho razonamiento como principio general, el cual pudiera ser aplicable a otros supuestos jurídicos para atraer otros derechos procesales contenidos en otras cláusulas, como la cláusula de bifurcación, el requisito de agotamiento de recursos internos, la atracción del consentimiento para someterse a una jurisdicción distinta a la prevista en el tratado base, un mecanismo completo de solución de controversias o apelación altamente especializado, etcétera. Sentimos, una vez más, que el tribunal arbitral, con toda cordura, intentó delimitar sus razonamientos del caso *Maffezini vs. España*, e incluso intentó diferenciarlos del caso *Siemens vs. Argentina*. Así, encontró el espacio justo para justificar, en su opinión, la aplicación de la CNMF a la cláusula de solución de diferencias para abolir el sometimiento ante las cortes del Estado anfitrión durante un periodo de dieciocho meses.

El tribunal señaló incluso que si hubiera alguna duda respecto a si recurrir a los procedimientos de resolución de controversias es una actividad comprendida dentro del concepto de “administración”, el tribunal consideró evidente que la resolución de diferencias es una “actividad relacionada con las inversiones” y se remitió al texto del artículo 3o. del APPRI base.<sup>1089</sup>

## ii) Límites a la jurisdicción y a la CNMF

El tribunal arbitral entendió que las CNMF están sujetas a limitaciones implícitas. En este sentido, invocó a la CDI y señaló que “esa cláusula sólo puede aplicarse en relación con la materia que tenían presente ambos Estados cuando insertaron la cláusula en su tratado”.<sup>1090</sup> Así, el tribunal consideró que al haber determinado que la CNMF en principio aplica a las disposiciones del artículo 10 del APPRI Argentina-Alemania es necesario especificar a qué derechos se refiere la obligación de conferir el TNMF. En

<sup>1088</sup> *Ibidem*, párrs. 71, 72 y 75.

<sup>1089</sup> *Ibidem*, párr. 73.

<sup>1090</sup> *Ibidem*, párr. 77.

concreto, se trata de responder la pregunta de si la CNMF estipula la manera en que debe tratarse a los inversores cuando estos ejercen los derechos que les han sido conferidos por el APPRI, el cual no pretende otorgarles ningún derecho adicional a lo que les confiere el propio APPRI. Este razonamiento del tribunal arbitral es determinante para resolver la cuestión antes señalada, esto es, si el mismo criterio determinado por el tribunal respecto a la aplicación de la CNMF es aplicable a derechos adjetivos distintos a la abolición del periodo de espera de dieciocho meses en combinación con el sometimiento de la controversia ante los tribunales nacionales del Estado anfitrión. En este sentido, el tribunal se alejó de la interpretación sistemática y añadió que:

...a juicio del tribunal no puede suponerse que Argentina y Alemania tenían la intención de que la cláusula NMF generara derechos enteramente nuevos, cuando los mismos no estaban contemplados en el TBI Argentina-Alemania. La cláusula NMF estipula un estándar de trato y lo define en función del trato que ha de darse a terceros. Se toma como referencia el estándar de trato otorgado a terceros; no el alcance de los derechos conferidos a estos últimos.<sup>1091</sup>

Para dejar clara su posición el tribunal cita el ejemplo de que los derechos de ingreso a un país con exención de visas con fines de estudio, conferidos a nacionales de un tercer Estado, no podrían servir de base para una reclamación de ese género en el marco del APPRI (que iría en contra del principio *ejusdem generis*). Así, el tribunal sabiamente estableció que: “La CNMF no constituye un *renvoi* a una gama de fuentes y sistemas de derechos y obligaciones totalmente diferentes, sino un principio aplicable al ejercicio de derechos y obligaciones efectivamente garantizados por el APPRI que contenga la CNMF”.<sup>1092</sup>

En otras palabras, la CNMF no es un pasaporte con acceso ilimitado a la incorporación de cualquier tipo de cláusulas contenidas en APPRI referencia, sino que está limitado por el propio contenido del tratado base.

Más aún, respecto a la abolición del periodo de espera de dieciocho meses, el tribunal observó que existen indicios de que este requisito debería considerarse como un aspecto del “trato” que ha de darse a los inversores en cuanto al ejercicio de sus derechos en materia de resolución de diferencias, y no como un derecho independiente.<sup>1093</sup> Conforme al artículo 10 del APPRI Argentina-Alemania un inversor puede ejercer sus derechos sometiendo unilateralmente la diferencia al arbitraje sin necesidad del consentimiento

<sup>1091</sup> *Ibidem*, párr. 81.

<sup>1092</sup> *Idem*.

<sup>1093</sup> *Ibidem*, párr. 83.

específico del Estado anfitrión. El tribunal explicó que la razón lógica es que independientemente de que se someta una controversia durante un periodo de dieciocho meses o no, y en caso de hacerlo, de que exista una sentencia al respecto o no, el inversor si así lo desea, tiene derecho y está posibilitado para someter su controversia ante el tribunal arbitral.<sup>1094</sup> El tribunal sostuvo además que en caso de que Hochtief pretendiera hacer uso de la cláusula de solución de controversia contenida en el APPRI Argentina-Chile, no podría hacer caso omiso a la cláusula de bifurcación (*fork in the road*) contenida en ella, es decir, en todo caso, tendría que atraer la cláusula entera.<sup>1095</sup>

En este orden de ideas, el tribunal por mayoría, decidió que el Centro tenía jurisdicción y el tribunal competencia para conocer del asunto.<sup>1096</sup>

## 2. *Uso de la CNMF para evitar el agotamiento de recursos judiciales internos*

Hasta el momento no se ha presentado en la práctica del CIADI una controversia que haya intentado utilizar la CNMF para evitar cumplir con el requisito de agotamiento de recursos internos antes de poder someter la controversia ante el arbitraje internacional del CIADI. En todo caso sería admirable que un tribunal arbitral del CIADI se atreviera a desconocer el acuerdo de las partes por medio del cual estas hubieran limitado su consentimiento, para someterse a la jurisdicción del Centro, al agotamiento previo de recursos internos. De conformidad con el artículo 26 del Convenio de Washington los Estados están posibilitados para presentar una reserva a su consentimiento para someterse a la jurisdicción del CIADI. Sin embargo, esta norma no es recurrida con frecuencia. Únicamente Costa Rica y Guatemala han utilizado el beneficio de esta disposición y han presentado su reserva al Centro.

Por otra parte, es prudente recordar el origen y naturaleza jurídica del requisito de agotamiento de recursos judiciales internos como derecho internacional consuetudinario.

### A. *El agotamiento de recursos judiciales internos como derecho consuetudinario internacional*

El concepto de agotamiento de recursos internos como requisito previo para que pueda ser iniciado un procedimiento internacional, es decir, ante

<sup>1094</sup> *Ibidem*, párr. 84.

<sup>1095</sup> *Ibidem*, párr. 98.

<sup>1096</sup> *Ibidem*, párr. 125.

instancias judiciales o arbitrales internacionales, está asentado como regla de derecho consuetudinario internacional.<sup>1097</sup>

La propia CIJ apoya la aseveración anterior. En el caso *Interhandel* al respecto apuntó:

La regla respecto a que los recursos locales deben agotarse antes de que pueda ser instituido un procedimiento internacional es una regla bien establecida del derecho internacional consuetudinario; la regla ha sido observada en los casos en los cuales un Estado ha adoptado la causa de su nacional cuyos derechos son reclamados haber sido ignorados en otro Estado en violación al derecho internacional. Antes de recurrir ante una corte internacional en dicha situación, es considerado necesario que el Estado donde la violación ocurrió tenga la oportunidad de repararla por sus propios medios, dentro del marco de su propio sistema jurídico doméstico.<sup>1098</sup>

La regla de agotamiento de recursos deberá, en principio, encontrar su aplicación cuando se presente una reclamación internacional que tenga por objeto la reparación o la indemnización por daños causados a una persona del derecho internacional privado.<sup>1099</sup>

La significación jurídica de la regla de agotamiento de los recursos internos está estrechamente ligada a la responsabilidad internacional del Estado y a la protección diplomática; sin embargo, queremos separarnos de la corriente ideológica que prevé que el agotamiento de los recursos internos es necesario para poder hablar de una violación al derecho internacional.<sup>1100</sup> Bajo esta corriente ideológica se confunde el momento en el que

<sup>1097</sup> Véase *Interhandel* (Suiza vs. United States of America) 1959, ICJ, judgment, 21.03.1959, preliminary objections, ICJ Reports 1959, p. 27, párr. 2.

<sup>1098</sup> *Ibidem*, p. 27, *cfi.* orig. “The rule that local remedies must be exhausted before international proceedings may be instituted is a well-established rule of customary international law; the rule has been generally observed in cases in which a State has adopted the cause of its national whose rights are claimed to have been disregarded in another State in violation of international law. Before resort may be had to an international court in such a situation, it has been considered necessary that the State where the violation occurred should have an opportunity to redress it by its own means, within the framework of its own domestic legal system”. Véase también Dodge, William, “National Courts and International Arbitration: Exhaustion of Remedies and Res Judicata Under Chapter Eleven of NAFTA”, *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 23, 1999-2000, pp. 357-383.

<sup>1099</sup> Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Derecho internacional. Temas selectos*, 5a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 263.

<sup>1100</sup> Según esta primera corriente hasta no existir una decisión definitiva interna, el Estado no puede ser considerado jurídicamente responsable en el ámbito internacional, en todo caso su responsabilidad no sería existente sino en el ámbito interno. Véase la opinión disidente del juez Manley O. Hudson en el caso *Panevezys-Salutiskis Railway*, quien afirmó: “Esta

inicia la responsabilidad internacional, del momento en que dicha responsabilidad internacional está en condiciones de ser sometida a una jurisdicción internacional.<sup>1101</sup> Nosotros nos adherimos a la corriente doctrinal que aboga por el nacimiento de la responsabilidad internacional del Estado en el momento mismo en que se produce la violación del derecho internacional independientemente del órgano estatal al que fuere imputable dicho hecho ilícito.<sup>1102</sup>

Si existiera pues una violación inicial del derecho internacional la responsabilidad del Estado se originaría antes de que los recursos internos fueran intentados o agotados, y lo mismo debería suceder para casos en donde la violación sea la denegación de justicia. Bajo esta lógica, la acción internacional en responsabilidad sería en teoría posible desde el momento en el que exista un acto internacionalmente ilícito.<sup>1103</sup>

En opinión de Gómez-Robledo, la regla del agotamiento de los recursos queda siempre como una condición de la puesta en juego de la responsabilidad y no es una regla que pudiese ser condición del nacimiento de la responsabilidad internacional. En opinión del autor es esta teoría la correcta pues intenta delimitar con claridad el derecho a la reparación que se origina concomitantemente con el hecho ilícito y con el derecho a la “acción internacional”, derecho este que debe subordinarse al agotamiento de los recursos internos.<sup>1104</sup>

Así, el Estado que objeta en un proceso internacional no haberse agotado los recursos internos, sostiene al mismo tiempo la incompetencia de la jurisdicción internacional en virtud de que no existiría todavía una responsabilidad internacional; en tanto que si la regla tiene un carácter que pertenece al procedimiento y por lo tanto que condiciona solamente el derecho de acción,

Regla no es una regla de procedimiento. No es una mera materia de buena conducta. Ésta es una parte del derecho sustantivo internacional... Si el particular que ha sufrido el daño encuentra a su disposición un recurso apropiado, si tal persona no tiene más que entablar una gestión para aprovecharse de dicho recurso, no existe entonces fundamento alguno para la presentación de una demanda que pueda tomar en manos el Estados del cual el particular es su nacional. En tanto que los recursos internos disponibles no hayan sido agotados, ninguna responsabilidad puede originarse”, *cf.* Panevezys-Salduţiskis Railway, PCIJ, Series A/B 76, p. 47, párr. 4.

<sup>1101</sup> Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *op. cit.*, p. 265.

<sup>1102</sup> Véase también los artículos 1o., 2o. y 3o. del “Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001”, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53va. sesión en el 2001, presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/56/10). Disponible en *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, Part Two.

<sup>1103</sup> Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *op. cit.*, p. 266.

<sup>1104</sup> *Ibidem*, p. 267.

entonces será presentada como una excepción de incompetencia. Amerasinghe opina que no existe ninguna duda de que se trata de una regla de naturaleza procesal, pues afecta el derecho de acción frente a una jurisdicción internacional, y no afectará en cambio, de ninguna manera, el objeto mismo de la reclamación.<sup>1105</sup>

Conforme a la opinión de Amerasinghe, saber si un determinado acto es o no es una violación de derecho internacional no puede ser resuelto sino hasta el momento en que un tribunal se haya pronunciado sobre la cuestión en litigio; esta función es llevada a cabo en todo orden jurídico por los órganos judiciales, y antes que estos no se hayan pronunciado no puede afirmarse que un acto es una violación de una regla de derecho. En el caso del derecho internacional solo una jurisdicción internacional es válidamente competente para decidir si un hecho ilícito internacional ha sido cometido.<sup>1106</sup>

Al reconocer el carácter procesal de la regla de agotamiento de recursos internos es necesario apuntar que esta es invocada en la práctica bajo la forma de una excepción preliminar a la jurisdicción de un tribunal arbitral internacional, por lo que dicha excepción debe resolverse en la primera fase de una instancia, la cual se decidirá en la instauración de un examen sobre una cuestión previa antes de que el tribunal correspondiente pueda resolver sobre el fondo del asunto.<sup>1107</sup>

En opinión de Gómez-Robledo, la excepción por falta de agotamiento de las vías de recursos internos debe ser catalogada dentro de la categoría de las “excepciones de inadmisibilidad” y no dentro de las excepciones de competencia, ya que no es más que una condición al ejercicio de la acción frente a un tribunal internacional; es una condición al derecho de acción frente a la Corte o tribunal internacional cuando se trata de ejercitar la protección diplomática.<sup>1108</sup> La CIJ en el caso *Interhandel*<sup>1109</sup> dejó en claro esta posición y añadió:

La tercera objeción preliminar encuentra la decisión de que no hay jurisdicción en esta Corte para oír o determinar los hechos originados por la aplicación y memorial suizo, debido a que *interhandel*, cuyo caso fue expuesto por Suiza, no agotó los recursos locales disponibles para este en las Cortes de los Estados Unidos.

<sup>1105</sup> Amerasinghe, pp. 200-202, en Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *op. cit.*, p. 268.

<sup>1106</sup> Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *op. cit.*, p. 268.

<sup>1107</sup> *Ibidem*, p. 272.

<sup>1108</sup> La posición anterior es apoyada por el caso *Interhandel* y por gran parte de la doctrina, véase *Interhandel* (Suiza vs. United States of America), *cit.*, objeciones preliminares, pp. 6, 13-18, 26 y 28.

<sup>1109</sup> *Ibidem*, p. 6.

No obstante enmarcado como una objeción a la jurisdicción de la Corte, esta objeción debe ser considerada dirigida contra la admisibilidad de la aplicación del Gobierno Suizo. En efecto, por su naturaleza debe ser considerado como un alegato que se volverá carente de objeto si el requisito de agotamiento previo de recursos locales fuera satisfecho.<sup>1110</sup>

A su vez el Instituto de Derecho Internacional en su resolución de Granada en 1956 apuntó:

Cuando un Estado pretende que la violación sufrida por uno de sus nacionales en su persona o en sus bienes ha sido cometida en contra del derecho internacional, toda reclamación diplomática o judicial que se relacione es inadmisibles, si existen en el orden jurídico interno del Estado contra el cual la pretensión es invocada, vías de recursos accesibles a la persona agraviada y que verosímelmente sean eficaces y suficientes.<sup>1111</sup>

*B. El requisito de agotamiento de recursos en el sistema moderno de protección de las inversiones*

Para continuar con nuestro análisis deben quedar claras dos cuestiones. La primera, que la existencia de un hecho ilícito internacional es independiente al agotamiento de recursos internos; en este sentido, el agotamiento es “una puesta en juego de la responsabilidad internacional y no una regla que pudiese ser condición del nacimiento de dicha responsabilidad”. Segundo, que el agotamiento de recursos internos es una regla de carácter procesal, y por tanto, condiciona únicamente el derecho de acción para poder presentar una reclamación ante un tribunal internacional, es decir,

<sup>1110</sup> *Ibidem*, p. 26, párrs. 3 y 4, *cf.* orig., “The Third Preliminary Objection seeks a finding that there is no jurisdiction in this Court to hear or determine the matters raised by the Swiss Application and Memorial, for the reason that Interhandel, whose case Switzerland is espousing, has not exhausted the local remedies available to it in the United States courts.

Although framed as an objection to the jurisdiction of the Court, this Objection must be regarded as directed against the admissibility of the Application of the Swiss Government. Indeed, by its nature it is to be regarded as a plea which would become devoid of object if the requirement of the prior exhaustion of local remedies were fulfilled”.

<sup>1111</sup> Institut de Droit International, sesión de Granada 1956, La règle de l'épuisement des recours internes, Rapporteur: M. J. H. W. Verzijl, *cf.* orig. “Lorsqu'un Etat prétend que la lésion subie par un de ses ressortissants dans sa personne ou dans ses biens a été commise en violation du droit international, toute réclamation diplomatique ou judiciaire lui appartenant de ce chef est irrecevable, s'il existe dans l'ordre juridique interne de l'Etat contre lequel la prétention est élevée des voies de recours accessibles à la personne lésée et qui, vraisemblablement, sont efficaces et suffisantes”.

no afecta de forma alguna la existencia del hecho ilícito internacional de tal suerte que el derecho de acción, que se tiene para someter la reclamación ante un tribunal internacional, permanece intacto.

En este punto queremos separarnos de la protección diplomática. Es importante recordar que una de las innovaciones más importantes del sistema internacional de protección de las inversiones plasmada en los múltiples APPRI es justamente el acceso directo de los inversores para someter su diferencia ante un tribunal arbitral internacional. Sin embargo, los Estados pueden imponer libremente el requisito de agotamiento de recursos internos como condición previa para su consentimiento a someterse a la jurisdicción de un tribunal arbitral internacional determinado, como puede ser el CIADI. En el análisis que nos atañe es necesario situarnos en el escenario típico de los acuerdos internacionales de inversión, en especial de los APPRI y TLCs en los que existe una cláusula arbitral o bien un contrato de Estado internacional que le otorga competencia al CIADI para conocer una diferencia derivada de una violación al tratado o contrato.

Una cláusula arbitral típica que le concede competencia al CIADI, de manera directa o a través de su Mecanismo Complementario, para dirimir una controversia frente a este puede verse ejemplificada en el artículo X del APPRI Argentina-Chile<sup>1112</sup> como sigue:

Artículo X: Solución de controversias relativas a inversiones

(2) Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida, a pedido del nacional o sociedad.

- o bien a jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia;
- o bien al arbitraje internacional en las condiciones descriptas en el párrafo 3.

Una vez que un nacional o sociedad haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva.

(3) En caso de recurso al arbitraje internacional la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación a elección del nacional o sociedad;

Al ...CIADI, creado por el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones sobre Estados y Nacionales de otros Estados”, ...cuando cada Estado parte en el presente Convenio haya adherido a aquél. Mientras

<sup>1112</sup> Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Francia sobre la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, firmado en París, el 14 de julio de 1992. También citado como APPRI Chile-Francia.

esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

Son escasas las cláusulas arbitrales que exigen el agotamiento de recursos internos previo acceso al CIADI. Sin embargo, existen escenarios donde debieron agotarse los recursos internos antes de someter la controversia ante el CIADI resultado de la notificación presentada ante el Centro en el ejercicio de la facultad contenida en el artículo 26 del Convenio de Washington. Por ejemplo, en el caso *Rail Road vs. Guatemala*,<sup>1113</sup> a pesar de que Guatemala notificó al CIADI limitar su consentimiento para someterse a la jurisdicción del Centro al requisito de agotamiento previo de recursos internos,<sup>1114</sup> la defensa guatemalteca no hizo ejercicio de dicho derecho. El propio tribunal arbitral expresó su asombro ante dicha omisión por parte de Guatemala.<sup>1115</sup> Sin duda alguna, la interposición de una excepción a la jurisdicción del Gobierno guatemalteco hubiera surtido efectos ante el tribunal arbitral y este hubiera tenido que declinar su jurisdicción para conocer del caso. Este ejemplo deja a la luz la falta de pericia del Gobierno guatemalteco para ejercer sus derechos. Quizá en un futuro, cuando cuente con mejor asesoría jurídica en este sentido, interponga dicha excepción. Será necesario estar atentos al caso *Teco Guatemala Holdings vs. Guatemala*<sup>1116</sup> para analizar si hubo desarrollo estratégico por parte de Guatemala.

Ahora bien, qué pasaría si un inversor extranjero intentara evitar el agotamiento de recursos internos para someter su diferencia ante el CIADI a través del uso de la cláusula de la nación más favorecida. Justo este esce-

<sup>1113</sup> *Railroad vs. Guatemala, cit.*, primera decisión a la jurisdicción, 17 de noviembre de 2008.

<sup>1114</sup> Notification made pursuant to Article 25(4) of the ICSID Convention. Document ICSID/8 'List of Contracting States and Measures taken by them for the purpose of the ICSID Convention'. Para su consulta en [www.icsid.worldbank.org](http://www.icsid.worldbank.org), noviembre de 2011.

<sup>1115</sup> *Ibidem*, párr. 44. Así lo expresó el tribunal arbitral "The Tribunal notes first that no objection to jurisdiction for lack of consent based on the non-exhaustion of local remedies has been submitted by the Respondent. The Tribunal further notes that the Respondent had the opportunity to pursue such a basic objection for lack of consent, as initially argued in its letter, but has chosen not to do so. Admittedly, by filing an objection to jurisdiction under the expedited procedure, the Respondent is not foregoing its right under CAFTA to submit other objections in the future as permitted under Article 10.20.4, and the Respondent has expressly reserved its right in this respect. However, it notes that the use of the expedited procedure as just an additional jurisdictional layer would hardly fit with the stated objective of CAFTA to create effective procedures for the resolution of disputes".

<sup>1116</sup> *TECO Guatemala Holdings, LLC vs. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/10/23. El 21 de abril de 2011 se reconstituyó el tribunal arbitral cuyos miembros son Mourre, Park y Von Wobeser. A noviembre de 2011 no existió decisión a la jurisdicción.

nario no se ha presentado aún en las controversias que versan con nuestra materia de estudio; sin embargo, diferentes tribunales arbitrales han reconocido que el beneficio de la CNMF no podría aplicarse ante un requisito como el agotamiento de recursos internos previo al acceso al arbitraje internacional del CIADI.

El caso *Maffezini vs. España* citó la imposibilidad de evitar un requisito como el agotamiento de recursos internos.<sup>1117</sup> Así lo sostuvo el tribunal arbitral: “si una parte contratante ha condicionado su consentimiento para el arbitraje al agotamiento de los recursos internos, condición que está permitida por el Convenio del CIADI, no podría prescindirse de esta exigencia invocando la cláusula de la nación más favorecida en relación a un acuerdo con terceros que no contenga este elemento, debido a que la condición estipulada refleja una regla fundamental de derecho internacional”.<sup>1118</sup> En este mismo sentido han fallado diversos tribunales arbitrales del CIADI; sin embargo, notamos que en varios casos existió confusión entre el requisito de agotamiento de recursos internos, tal como el previsto en el artículo 26 del Convenio de Washington, con el requisito previsto en diversas cláusulas de solución de diferencias de diversos APPRI relativo al sometimiento de la controversia ante los tribunales locales durante un periodo de dieciocho meses.<sup>1119</sup>

<sup>1117</sup> *Maffezini vs. España*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 63.

<sup>1118</sup> *Idem*.

<sup>1119</sup> *Plama vs. Bulgaria*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 220 y 221; *Siemens vs. Argentina*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 51, 76, 77, 79 y 104, en este caso surgió una confusión entre el requisito de someter la diferencia ante los tribunales del Estado demandado durante un periodo de 18 meses y el concepto de agotamiento de recursos locales. El tribunal acertadamente decidió que no eran comparables ambos conceptos (párr. 104); *Gas Natural vs. Argentina*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 30, en este caso como en el caso *Siemens*, Argentina seguía confundiendo el requisito de sometimiento de la diferencia ante las cortes locales durante un periodo de 18 meses con el requisito de agotamiento de recursos locales internos, al respecto, el tribunal arbitral atinadamente sostuvo: “con respecto a la afirmación de que el plazo de 18 meses previsto en el Artículo X (3) del TBI constituye un requisito inderogable de agotamiento de recursos internos, el Tribunal observa que, conforme a esa disposición, existe la posibilidad de recurrir al arbitraje aunque los tribunales nacionales se hayan pronunciado sobre el caso y, *a fortiori*, aunque no hayan dictado una sentencia definitiva al respecto. En consecuencia, el plazo de 18 meses no está comprendido en el concepto de previo agotamiento de recursos internos tal como lo entiende el derecho internacional” (párr. 30); *Wintershall vs. Argentina*, *cit.*, laudo, párrs. 110, 116, 123, 124 y 126, el tribunal en este caso sigue confundiendo el concepto de agotamiento de recursos previos con el concepto de sometimiento de la controversia ante las cortes locales durante un periodo de 18 meses; *Hochtief vs. Argentina*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 47, 95 y 96, el tribunal arbitral hizo una clara distinción entre el requisito de agotamiento de recursos locales y el sometimiento de la controversia durante un periodo de 18 meses en combinación con un periodo de espera por el mismo periodo. El tribunal añadió que “Vista desde esta perspectiva, la cuestión que

C. *El agotamiento de recursos judiciales internos conforme al artículo 26 del Convenio de Washington*

Ya hemos mencionado que el Convenio de Washington prevé, en la segunda oración del artículo 26, la posibilidad de condicionar el consentimiento de los Estados para someter sus diferencias al CIADI al agotamiento previo de recursos locales. Así lo prevé el artículo 26 del Convenio: “artículo 26... Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”.<sup>1120</sup>

El uso de este beneficio ha sido utilizado únicamente por Costa Rica<sup>1121</sup> y Guatemala.<sup>1122</sup> En el caso costarricense no encontramos información alguna que nos lleve a concluir que Costa Rica haya ejercitado la restricción a su consentimiento de conformidad el artículo 26 del Convenio de Washington a través de su notificación al Centro respecto de la exigencia de agotamiento previo de sus recursos internos como condición previa para someterse a la jurisdicción del CIADI.<sup>1123</sup> Guatemala tiene tres casos en

se plantea en el presente caso es si el periodo de 18 meses es un requisito cuyo incumplimiento podría ser aceptado o consentido por la demandada, y si lo ha hecho. El Tribunal considera que la demandada efectivamente puede aceptar o consentir tal incumplimiento, y que la jurisdicción del Tribunal no se vería afectada por ello. Considera al periodo de 18 meses como una condición relativa a la manera en que debe ejercerse el derecho de recurrir al arbitraje; *como un requisito relativo a la admisibilidad de la reclamación y no a la jurisdicción del Tribunal*” (párr. 95).

<sup>1120</sup> Convenio de Washington, *cit.*, artículo 26, segunda oración.

<sup>1121</sup> El Convenio de Washington entró en vigor en Costa Rica el 27 de mayo de 1993. En esa misma fecha Costa Rica notificó al CIADI que condiciona su consentimiento para someterse al arbitraje del CIADI al agotamiento previo de recursos locales: “there may only be recourse to arbitration pursuant to [the Convention] where all existing administrative or judicial remedies have been exhausted”. Para su consulta en la página web del CIADI. Search ICSID Membership, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, noviembre de 2011.

<sup>1122</sup> En el caso guatemalteco, el Convenio de Washington entró en vigor el 20 de febrero del 2003. Con notificación fechada el 16 de enero del 2003, Guatemala notificó al CIADI condicionar su consentimiento al Centro al agotamiento previo de recursos locales. Así lo dijo: “the Republic of Guatemala will require the exhaustion of local administrative remedies as a condition of its consent to arbitration under the Convention”. Para su consulta en CIADI. Search ICSID Membership, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, noviembre de 2011.

<sup>1123</sup> *Anderson vs. Costa Rica*, laudo no público, 19 de mayo de 2010; *Marion Unglaube vs. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/08/1, fecha de registro 25 de enero de 2008. Estado del procedimiento, pendiente (the parties file submissions on costs on April 11, 2011); *Reinhard Hans Unglaube vs. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/09/20, date registered November 11, 2009, status of proceeding: pending (the parties file submissions on costs on April 11, 2011); *Quadrant Pacific Growth Fund L.P. and Canasco Holdings Inc. vs. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB(AF)/08/1, fecha de registro 21 de marzo del 2008 (The Tribunal

su contra: el caso *Iberdrola vs. Guatemala*,<sup>1124</sup> *Teco Guatemala vs. Guatemala*<sup>1125</sup> y *Railroad vs. Guatemala*.<sup>1126</sup> Hasta ahora no existen decisiones a la jurisdicción en el primero y segundo caso. Respecto al caso *Railroad vs. Guatemala*, hemos mencionado que Guatemala no interpuso la excepción a la jurisdicción basada en la falta de consentimiento conforme al artículo 26 del Convenio de Washington,<sup>1127</sup> hecho que atribuimos a la estrategia de defensa jurídica del Gobierno guatemalteco.

### 3. *Atracción de la cláusula de bifurcación (fork in the road)*

Algunas cláusulas de foro, de conformidad con los tratados internacionales en materia de inversión, ofrecen al inversor para la solución de controversias el derecho de elección entre soluciones jurisdiccionales internas del Estado huésped y el acceso a tribunales arbitrales internacionales. El medio o camino utilizado por el inversor en el sentido de la llamada cláusula de bifurcación o *fork in the road* será definitivo. La cláusula *fork in the road* encierra la máxima romana “en cuanto se ha elegido un camino, no existe recurso para tomar otro (*una via electa non datur recursus ad alteram*)”.<sup>1128</sup> En muchos sistemas

issues an order taking note of the discontinuance of the proceeding pursuant to ICSID Administrative and Financial Regulation 14(3)(d) on October 27, 2010); *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S. A. vs. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, date registered, 22 de marzo de 1996, laudo, 17 de febrero de 2000, párr. 11. Costa Rica no interpuso objeción a la jurisdicción.

<sup>1124</sup> *Iberdrola Energía, S. A. vs. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/09/5, registrado el 17 de abril del 2009. También citado como caso *Iberdrola vs. Guatemala*. Conforme a la información contenida en la página electrónica del CIADI, el caso se encuentra pendiente, sin embargo, al 12 de noviembre de 2011 no existe decisión a la jurisdicción.

<sup>1125</sup> *TECO Guatemala Holdings, LLC vs. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/10/23, registrado el 23 de noviembre del 2010. También citado como *Teco Guatemala vs. Guatemala*.

<sup>1126</sup> *Railroad vs. Guatemala*, primera decisión a la jurisdicción.

<sup>1127</sup> *Ibidem*, párrs. 44 y 45.

<sup>1128</sup> Véase Schreuer, “Travelling in the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *cit.*, p. 240. La utilización de la cláusula de bifurcación contribuye a evitar la multiplicidad de procedimientos para reclamar por una sola causa. Véase al respecto: Finke, Jasper, *Die Parallelität internationaler Streitbeilegungsmechanismen. Untersuchung der aus der Stärkung der internationalen Gerichtsbarkeit resultierenden Konflikte*, Berlín, Dunker & Humboldt, 2004; Kühn, Wolfgang, “How to Avoid Conflicting Awards. The Lauder and CME Cases”, *JWIT*, vol. 5, nr. 1, febrero de 2004, pp. 5 y ss.; Klein, Bohuslav, “How to Avoid Conflicting Awards. The Lauder and CME Cases”, *JWIT*, vol. 5, nr. 1, febrero de 2004, pp. 19 y ss.; Carver, Jeremy, “How to Avoid Conflicting Awards. The Lauder and CME Cases”, *JWIT*, vol. 5, nr. 1, febrero de 2004, pp. 23 y ss.; Bagner, Hans, “How to Avoid Conflicting Awards. The Lauder and CME Cases”, *JWIT*, vol. 5, nr. 1, febrero de 2004, pp. 31 y ss.; Wiwen-Nilson, Tore, “How to Avoid Conflicting Awards. The Lauder and CME Cases”, *JWIT*, vol. 5, nr. 1, febrero de 2004, pp. 37

jurídicos esta máxima es parte del *ordre public* u orden público.<sup>1129</sup> En relación con la cláusula *fork in the road* existe el peligro de que cualquier acto jurídico realizado frente a una autoridad estatal pueda ser interpretado como la elección del foro para la solución de controversias y con ello, se puede impedir el acceso al arbitraje internacional. En este sentido, diferentes tribunales arbitrales han examinado bajo qué requisitos, a través de la aplicación de la cláusula *fork in the road*, se le impide el acceso al inversor extranjero a un tribunal arbitral internacional y, bajo qué requisitos el inversor extranjero pierde el derecho al acceso a dichos tribunales arbitrales internacionales.<sup>1130</sup>

A pesar de existir diversos casos que han tratado los límites del uso de la cláusula de bifurcación, hasta ahora no se ha presentado ningún caso relativo al uso de la CNMF con la finalidad de evitar cumplir con dicha cláusula. No obstante, existen algunos casos en que se ha tratado de manera indirecta. Tal es el caso en *Hochtief vs. Argentina*<sup>1131</sup> en el que la demandante solicitó la abolición del periodo de dieciocho meses en combinación con el sometimiento de la controversia ante los tribunales nacionales durante el mismo periodo de conformidad con el artículo 10 del APPRI Alemania-Argentina (tratado base). Para hacerlo, la demandante invocó la CNMF contenida en el artículo 3o. del mismo tratado para obtener los beneficios de la cláusula de solución de diferencias del artículo X del APPRI Argentina-Chile (tratado referencia). Por supuesto que la demandante no tenía intención de atraer la cláusula de bifurcación contenida en el tratado referencia, sin embargo, el tribunal arbitral sostuvo que:

y ss.; Fernández Masía, Enrique, *op. cit.*; Ochoa Armendariz, Delfino Rafael, *Los acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones y los contratos de inversión: mecanismos para la solución de controversias*, México, Universidad Iberoamericana, 2011, pp. 35-53 y 120-170.

<sup>1129</sup> Véase *Maffezini vs. España*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 63.

<sup>1130</sup> Véase Schreuer, "Travelling in the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", *cit.*, p. 240. Para más información sobre los casos en que la cláusula de bifurcación ha sido utilizada véase *Eudoro Olguín vs. Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, decision on jurisdiction, 8 de agosto de 2000. También citado como caso *Olguín vs. Paraguay*, párr. 18; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal vs. Argentina*, *cit.*, award, 21 de noviembre de 2000, párr. 40; *Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A. S. Baltoil vs. Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, award, 25 de junio de 2001. También citado como caso *Genin vs. Estonia*; *Ronald S. Lauder vs. República Checa*, UNCITRAL, award (Final), 3 de septiembre de 2001, párrs. 162, 163 y ss.; *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S. A. vs. Ägypten*, ICSID Case No. ARB/99/6, award, 12 de abril de 2002, párr. 71. También citado como caso *Middle East Cement vs. Ägypten*; *CMS vs. Argentina*, *cit.*, decision on jurisdiction, párrs. 80 y ss.; *Azurix vs. Argentina*, *cit.*, decision on jurisdiction, 8 de diciembre de 2003; *Enron and Ponderosa Assets vs. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, decision on jurisdiction, 14 de enero de 2004. También citado como caso *Enron vs. Argentina*.

<sup>1131</sup> *Hochtief vs. Argentina*, *cit.*, decisión a la jurisdicción.

La cláusula NMF no permite seleccionar componentes de cada uno de los conjuntos de condiciones para fabricar un conjunto artificial de condiciones a las que ningún nacional del Estado tendría derecho. La demandante de este caso no puede alegar la inexistencia, en el TBI Argentina-Chile, del requisito de un litigio previo durante 18 meses y pasar por alto el hecho de que el artículo X (2) del TBI Argentina-Chile impone un régimen de “*bifurcación de caminos*”: debe basarse en la totalidad del régimen, tal como se establece en el artículo X del TBI Argentina-Chile o en el artículo 10 del TBI Argentina-Alemania. En este caso ha optado por acogerse al artículo X del TBI Argentina-Chile.<sup>1132</sup>

En este sentido, si la demandante solicita la atracción del mejor trato otorgado a los inversores chilenos que a los inversores alemanes, esta deberá someterse al régimen completo de solución de diferencias contenido en el tratado referencia. Queremos subrayar que en el caso concreto sería posible su atracción dado que no entraña otro beneficio que la interposición de un periodo durante el cual las partes pueden precisar los términos y reflexionar acerca de sus respectivas posiciones. En este sentido, su atracción no afecta el alcance de la jurisdicción del tribunal. No daría lugar a ningún caso comprendido en la jurisdicción del tribunal que la demandante no pudiera plantear ulteriormente ante el tribunal conforme al artículo 10 del APPRI Argentina-Alemania.<sup>1133</sup> En otras palabras, no modifica el alcance jurisdiccional original del tribunal arbitral contenido en el tratado base.

#### 4. *Uso de la CNMF para acceder a la jurisdicción arbitral internacional*

Hemos llegado al punto medular del presente capítulo pues es momento de dar respuesta al cuestionamiento sobre si un inversor puede atraer derechos procesales, en concreto a la jurisdicción arbitral internacional a través de la aplicación de la CNMF. Como bien lo anotó Zachary Douglas, el planteamiento equívoco al respecto sería preguntarse si el acceso al arbitraje internacional es una parte importante de la protección de las inversiones, pues en todo caso tendría que responderse afirmativamente.<sup>1134</sup> La pregunta correcta sería si existe una distinción intrínseca entre obligaciones sustantivas relativas a la protección de las inversiones por un lado, y las obligaciones o disposiciones materiales del tratado respecto a la jurisdicción de los tribunales arbitrales, por el otro.

<sup>1132</sup> *Ibidem*, párr. 98.

<sup>1133</sup> *Ibidem*, párrs. 86 y 87.

<sup>1134</sup> Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, cit., p. 345, párr. 647.

En este contexto, ¿existe realmente una diferencia entre ambos tipos de derechos? ¿Es distinto cuando dos Estados pactan un estándar de tratamiento sustantivo que cuando ellos lo hacen con derechos procesales? ¿Por qué la CNMF contenida en un APPRI puede extenderse a derechos sustantivos contenidos en un tratado y no a los adjetivos? La respuesta parece sencilla pero encierra una gran complejidad. A nuestros ojos, la razón principal es porque los acuerdos adjetivos son en muchos casos de orden público. La segunda razón, es porque existen límites jurisdiccionales plasmados en el propio texto del tratado base como una expresión del libre ejercicio soberano de los Estados para limitar su inmunidad jurisdiccional; no puede pretenderse que a través del uso de la CNMF el inversor adquiera derechos nuevos que no estaban contemplados en el tratado base.

*A. Atracción del consentimiento a todo un sistema de solución de controversias del CIADI*

*Plama vs. Bulgaria (decisión a la jurisdicción, 8 de febrero del 2005)  
importación de todo el sistema de solución de controversias*

El caso *Plama vs. Bulgaria*<sup>1135</sup> es uno de los casos más memorables respecto al alcance de aplicación de los beneficios de TNMF para atraer derechos adjetivos. Se trató del caso que encabeza la corriente crítica frente a la decisión del caso *Maffezini vs. España*. En realidad este caso tiene diferencias sustanciales frente al caso *Maffezini*, las cuales expondremos más adelante, antes de ello hablaremos sobre las generalidades del caso.

Se trata del Plama Consortium Limited (Plama o la demandante, en adelante), una compañía chipriota, que controlaba el 96.78% de las acciones de Nova Plama AD, empresa búlgara propietaria de una refinería en Bulgaria.<sup>1136</sup>

Plama presentó su solicitud de arbitraje ante el CIADI el 24 de diciembre del 2002. La demandante alegó que el Gobierno búlgaro, el legislativo, autoridades judiciales y otras autoridades y agencias búlgaras crearon deliberadamente graves problemas para Nova Plama AD, además rechazó y se negó a tomar las medidas correctivas pertinentes. Así, dichas acciones y omisiones causaron y siguen causando daño material en las operaciones de la refinería, imagen y reputación, los cuales impactan en el valor de los bienes de las compañías del grupo Plama. En este contexto, señaló Plama que dichas acciones

<sup>1135</sup> *Plama vs. Bulgaria, cit.*, decisión a la jurisdicción (Salans, Van den Berg, Veeder).

<sup>1136</sup> *Ibidem*, párrs. 1 y 19.

realizadas por el Gobierno búlgaro violan el Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT),<sup>1137</sup> así como el APPRI Bulgaria-Chipre,<sup>1138</sup> de tal suerte que la demandante solicitó al tribunal que condenara a Bulgaria al pago de daños y compensación por expropiación.<sup>1139</sup>

Bulgaria por su parte, rechazó la jurisdicción del CIADI y alegó que las pretensiones de Plama están fuera de la competencia de este.<sup>1140</sup>

Este caso es extremadamente interesante. Plama intentó fundamentar la jurisdicción del tribunal arbitral del CIADI, por un lado, en la ECT, por otro lado, en el APPRI Bulgaria-Chipre, el cual no contiene en su cláusula de solución de controversias al CIADI como foro para dirimir diferencias, y por tanto, tampoco contiene consentimiento alguno para someterse a la jurisdicción del Centro. Lo único que contiene dicho acuerdo bilateral es una cláusula de solución de controversias para los casos en que el monto de una expropiación no pueda ser determinado, previendo a la Corte Internacional de Arbitraje como foro para un arbitraje *ad hoc*<sup>1141</sup> y a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI como las aplicables al procedimiento.<sup>1142</sup> Lo anterior está previsto en el artículo 4o. (4.1-4.5) del APPRI búlgaro-chipriota.<sup>1143</sup>

<sup>1137</sup> Bulgaria ratificó la ECT el 15 de noviembre de 1996, Chipre el 16 de enero de 1998.

<sup>1138</sup> Agreement between The Government of the people's Republic of Bulgaria and The Government of the Republic of Cyprus on Mutual Encouragement and Protection of Investments, del 12 de noviembre de 1987. También citado como APPRI Bulgaria-Chipre.

<sup>1139</sup> *Plama vs. Bulgaria*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 21.

<sup>1140</sup> *Ibidem*, párrs. 23 y 24. Bulgaria ratificó el Convenio de Washington el 13 de mayo del 2001, Chipre lo hizo el 25 de noviembre de 1996.

<sup>1141</sup> APPRI Bulgaria-Chipre, *cit.*, artículo 4o. (4.1).

<sup>1142</sup> *Ibidem*, artículo 4o. (4.3).

<sup>1143</sup> APPRI Bulgaria-Chipre, *cit.*, artículo 4o.: "4.1. The legality of the expropriation shall be checked at the request of the concerned investor through the regular administrative and legal procedure of the Contracting Party that had taken the expropriation steps. In cases of dispute with regard to the amount of the compensation, which disputes were not settled in an administrative order, the concerned investor and the legal representatives of the other Contracting Party shall hold consultations for fixing this value. If within 3 months after the beginning of the consultations no agreement is reached, the amount of the compensation at the request of the concerned investor shall be checked either in a legal regular procedure of the Contracting Party which had taken the measure on expropriation or by an international 'Ad Hoc' Arbitration Court.

4.2. The International Court of Arbitration mentioned in paragraph 4.1 of Article 4 shall be established on a case-by-case basis. Each Contracting Party shall designate one arbitrator, and the two arbitrators agree upon a national of a third state to be a Chairman. The members are to be nominated within two months' time, and the Chairman within three months upon the notice of one of the Contracting Parties to the other about its wish to refer the dispute to the Arbitration Court. If the appointments are not made within the time period specified above, and if no other arrangement is agreed, either Contracting Party

En este contexto, Plama invocó la CNMF contenida en el artículo 3o. del APPRI Bulgaria-Chipre el cual prevé:

Artículo 3o. (1) Cada Parte Contratante debe aplicar a las inversiones en su territorio de inversores de otra Parte Contratante un tratamiento el cual no será menos favorable que el otorgado a inversiones de inversores de terceros estados.

(2) Este tratamiento no será aplicable a los privilegios que cada Parte Contratante acuerde a inversores de terceros estados en virtud de su participación en comunidades económicas y uniones, uniones aduaneras o área de libre comercio.<sup>1144</sup>

La intención de Plama fue utilizar la CNMF antes citada para atraer no únicamente el consentimiento de Bulgaria para someterse a la jurisdicción del CIADI, sino también la cláusula entera de solución de controversias contenida en el artículo 8o. del APPRI Bulgaria-Finlandia.<sup>1145</sup> Dicha cláusula prevé al CIADI como foro para dirimir las controversias que se susciten entre un inversor y una de las partes contratantes.<sup>1146</sup>

may request the Chairman of the Court of Arbitration to the Chamber of Commerce in Stockholm to make the necessary appointments. The Chairman and the members of the Arbitration Court have to be nationals of states with which the two Contracting Parties maintain diplomatic relations.

4.3. The arbitration procedure is determined by the Arbitration Court itself, by applying the arbitration regulations of the U. N. Commission For International Trade Law (UNCITRAL) of 15th December 1976. The Court shall decide on the basis of the provisions of the present Agreement, the relevant domestic laws of the country where the investment was made and the principles of international law accepted by both Contracting Parties.

4.4. The decision of the Arbitration Court is taken by a majority of votes. The decision is final and binding and implemented according to the internal law of the respective country. The decision should specify in detail the juridical and factual basis on which it has been taken.

4.5. Each Party to the dispute bears the costs of the member appointed by that Party as well as the costs for its representation in the arbitral proceedings. The costs of the Chairman as well as any other costs shall be borne in equal parts by the two Parties to the dispute”.

<sup>1144</sup> *Ibidem*, artículo 3o. (1), *cf.* orig. “each Contracting Party shall apply to the investments in its territory by investors of the other Contracting Party a treatment which is not less favourable than that accorded to investments by investors of third states”.

<sup>1145</sup> Agreement between The Government of the Republic of Finland and The Government of the Republic of Bulgaria on the Promotion and Protection of Investments, del 3 de octubre de 1997. También citado como APPRI Bulgaria-Finlandia.

<sup>1146</sup> *Ibidem*, artículo 8o. (2) “If such a dispute cannot be settled within three months from the date either party to the dispute requested amicable settlement, the investor concerned may submit the dispute... or alternatively to the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID)... in case both Contracting Parties are parties to the Convention...”.

Plama arguyó respecto al APPRI Bulgaria-Chipre que Bulgaria consintió al arbitraje del CIADI en virtud de la CNMF contenida en el tratado bulgaro-chiprés. Plama arguyó que la CNMF debe interpretarse como extensora de mecanismos de solución de controversias más favorables contenidos en otros APPRIs celebrados por Bulgaria, e incorporarse al contenido en el APPRI Bulgaria-Chipre. Plama sostuvo que las objeciones búlgaras fundamentadas en política pública son irrelevantes y equivocadas,<sup>1147</sup> así retomó el tribunal arbitral lo dicho por Plama:

...el alcance de la CNMF contenida en el APPRI Bulgaria-Chipre se extiende a solución de controversias y eso por la operación de la CNMF, las disposiciones de solución de controversias de otros APPRIs búlgaros como el APPRI Bulgaria-Finlandia, el cual prevé la posibilidad del arbitraje del CIADI, sean importadas al APPRI Bulgaria-Chipre. La demandada, por tanto, a través de la CNMF, ha consentido someter controversias de inversión con inversores de Chipre al arbitraje del CIADI a pesar del alcance de la disposición de solución de controversias del APPRI Bulgaria-Chipre, y ninguna de las excepciones de [orden] público de la operación de la CNMF invocado por la demandante aplica en el presente caso.<sup>1148</sup>

Por su parte Bulgaria arguyó que la CNMF contenida en el APPRI Bulgaria-Chipre no puede utilizarse para importar a ese APPRI de otro tratado un foro para la solución de disputas diferente al foro designado en el tratado base.<sup>1149</sup>

Para poder resolver la controversia relativa a la jurisdicción del tribunal arbitral, este comenzó su análisis e hizo referencia al método interpretativo inmerso en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.<sup>1150</sup> Después realizó un detallado estudio de la jurisdicción del tribunal arbitral derivada de la aplicación del Tratado sobre la Carta de la Energía y confirmó su competencia conforme al ECT para conocer sobre el fondo del asunto.<sup>1151</sup> El tribunal arbitral concluyó tener jurisdicción para decidir sobre el fondo de las reclamaciones de la demandante contra Bulgaria por presuntas violaciones a la parte III del ECT y confirmó su jurisdicción de conformidad con el Convenio de Washington. Por otra parte, rechazó la aplicación de la excepción contenida en el artículo 17 (1) del ECT.<sup>1152</sup>

<sup>1147</sup> *Plama vs. Bulgaria, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 51.

<sup>1148</sup> *Ibidem*, párr. 79.

<sup>1149</sup> *Ibidem*, párr. 89.

<sup>1150</sup> *Ibidem*, párr. 117.

<sup>1151</sup> *Ibidem*, párrs. 121-179.

<sup>1152</sup> *Ibidem*, párrs. 179 y 240 (A, B).

Respecto a la determinación de su jurisdicción basada en el APPRI Bulgaria-Chipre, el tribunal arbitral realizó dicho análisis como expondremos a continuación.

La premisa expuesta por Plama para determinar la jurisdicción del tribunal arbitral conforme al APPRI búlgaro-chipriota, para el caso de que el tribunal arbitral hubiera negado su jurisdicción conforme al ECT, es que “Bulgaria consintió al arbitraje de CIADI de la presente diferencia mediante el APPRI Bulgaria-Chipre de 1987 a través de la CNMF contenida en él”.<sup>1153</sup>

El mecanismo por el cual Plama llega a dicha conclusión es el siguiente:

- a) La demandante califica como un inversor conforme al APPRI Bulgaria-Chipre;
- b) El APPRI Bulgaria-Chipre contiene una CNMF;
- c) La CNMF contenida en el APPRI Bulgaria-Chipre aplica a todos los aspectos de “tratamiento”;
- d) “Tratamiento” cubre las disposiciones de solución de controversias en otros APPRIs de los cuales Bulgaria es parte contratante;
- e) En este contexto, Plama se remite al APPRI Bulgaria-Finlandia, entre otros.

No obstante lo argüido por Plama, el tribunal arbitral concluyó que la CNMF contenida en el APPRI búlgaro-finés no puede ser interpretada como otorgante del consentimiento para someterse al arbitraje del CIADI.<sup>1154</sup> El tribunal encontró que no es clara la interpretación del significado de la palabra “tratamiento” contenida en el artículo 3o. del APPRI búlgaro-chipriota. En este sentido, no quedó claro si incluye o excluye las disposiciones relativas a la solución de controversias contenidas en el APPRI antes citado.

A continuación, el tribunal arbitral analizó si la diferencia entre el término “tratamiento otorgado a inversiones” que aparece en el artículo 3o. (1) del APPRI en estudio y el “tratamiento otorgado a inversores”, como aparece en otros APPRIs, es de relevancia o no. El Tribunal no otorgó especial significado a dicha diferencia conceptual puesto que el término “inversiones de inversores” también está contenido en el precepto mismo del acuerdo bilateral citado.<sup>1155</sup> El tribunal apuntó que la demandante intentó fundamen-

<sup>1153</sup> *Ibidem*, párr. 183.

<sup>1154</sup> *Ibidem*, párr. 184.

<sup>1155</sup> *Ibidem*, párr. 190.

tar su argumentación con ayuda de suficiente precedente y evidencia como, por ejemplo, un recuento detallado de la práctica búlgara en relación con la negociación de APPRIs celebrados con fecha posterior al APPRI base con el fin de fundamentar que, a través del uso de la CNMF contenida en el APPRI Bulgaria-Chipre, era posible importar la cláusula de solución de controversias de otro tratado.<sup>1156</sup> El tribunal arbitral citó brevemente el contexto en el cual fue celebrado el tratado base; Chipre y Bulgaria limitaron las disputas que pueden someterse al arbitraje, así como el foro en el que se dirimirán.

El tribunal arbitral recordó además que si bien Bulgaria celebró otros APPRIs que incluyen una cláusula de solución de controversias mucho más amplia que sigue la práctica internacional de celebración de APPRIs, en el caso del APPRI base, hace falta el “acuerdo de arbitraje” para someterse a la jurisdicción del CIADI, el cual, según el principio bien establecido en derecho nacional e internacional, debe ser “claro e inequívoco”.<sup>1157</sup> En este sentido, el tribunal señaló que “en el marco de un ABI,<sup>1158</sup> el acuerdo de arbitraje es acordado con el consentimiento al arbitraje que el Estado otorga previamente respecto a disputas de inversión que caen bajo el ámbito de aplicación del ABI, y la aceptación del mismo por el inversor si el segundo así lo desea”.<sup>1159</sup>

El tribunal arbitral afirmó que dudas respecto a la intención clara e inequívoca de las partes podrían, originarse si el acuerdo de arbitraje es alcanzado a través de la “incorporación por referencia” (*incorporation by reference*).<sup>1160</sup> La demandante sugiere que la CNMF en el contexto de inversión opera en el mismo sentido que en el contexto comercial.<sup>1161</sup> Plama pretendió persuadir al tribunal arbitral de que la redacción del artículo 3o. (1) del APPRI Bulgaria-Chipre, era mucho más amplia que la prevista en el artículo 1103 del TLCAN<sup>1162</sup> e incluso del artículo 5o. del capítulo

<sup>1156</sup> Cabe mencionar que el APPRI Bulgaria-Chipre fue revisado por las partes y no hubo modificación alguna a la cláusula de solución de controversias contenida en su artículo 3o. *Plama vs. Bulgaria, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 195.

<sup>1157</sup> *Plama vs. Bulgaria, cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 197 y 198.

<sup>1158</sup> ABI es un “acuerdo bilateral de inversión”, es decir, un sinónimo de APPRI.

<sup>1159</sup> *Plama vs. Bulgaria, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 198.

<sup>1160</sup> *Ibidem*, párr. 199.

<sup>1161</sup> *Ibidem*, párrs. 199 y 200.

<sup>1162</sup> TLCAN, artículo 1103 (1). “Trato de nación más favorecida. 1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones”.

XVI del borrador del FTAA,<sup>1163</sup> ofreció la redacción del artículo 3o. (3) del APPRI Modelo del Reino Unido<sup>1164</sup> como prueba de que las cláusulas de solución de controversias deban beneficiarse por la CNMF y neutralizar dudas respecto a su interpretación.<sup>1165</sup> En este orden de ideas, la expresión “con respecto a todas las materias” contenida en otros acuerdos bilaterales no esclarece del todo las dudas sobre la extensión de la CNMF a cláusulas de solución de controversias, tal como sucedió en el caso *Siemens vs. Argentina*.<sup>1166</sup> Sin embargo, se cuestiona el tribunal arbitral, qué sucede con APPRIs cuya cláusula de solución de controversias es limitada, como lo es la del artículo 4o. (4.1) y (4.2) del APPRI Bulgaria-Chipre, que prevé que dichas controversias serán resueltas conforme a dicho tratado<sup>1167</sup> y además dicha cláusula prevé un tribunal *ad hoc* formado bajo las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI y no el CIADI. ¿En realidad es más favorable el arbitraje del CIADI que un tribunal *ad hoc* formado de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI?<sup>1168</sup>

Para el tribunal arbitral no existió evidencia sobre si debido a que en un APPRI específico se determinó un tipo específico de solución de controversias, como lo es en el APPRI base, las partes hayan pretendido que

<sup>1163</sup> *Plama vs. Bulgaria, cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 200-203. Borrador del Tratado de Libre Comercio de las Américas (FTAA por sus siglas en inglés) del 21 de noviembre de 2003, negociaciones que no tienen mira a ser finalizadas para firmar dicho tratado a causa de oposiciones de diversa índole por los Estados latinoamericanos. Nota al pie no. 13 del artículo 5o. del capítulo XVII: “Note: One delegation proposes the following footnote to be included in the negotiating history as a reflection of the Parties’ shared understanding of the Most-Favored-Nation Article and the Maffezini case. This footnote would be deleted in the final text of the Agreement:

The Parties note the recent decision of the arbitral tribunal in *Maffezini (Arg.) vs. Kingdom of Spain*, which found an unusually broad most favored nation clause in an Argentina-Spain agreement to encompass international dispute resolution procedures. See Decision on Jurisdiction §§ 38-64 (January 25, 2000), reprinted in 16 ICSID Rev. – F. I. L. J. 212 (2002). By contrast, the Most-Favored-Nation Article of this Agreement is expressly limited in its scope to matters ‘with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments’. The Parties share the understanding and intent that this clause does not encompass international dispute resolution mechanisms such as those contained in Section C.2.b. (Dispute Settlement between a Party and an Investor of Another Party) of this Chapter, and therefore could not reasonably lead to a conclusion similar to that of the *Maffezini* case”.

<sup>1164</sup> APPRI UK Modelo, “artículo 3 (3). For avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of articles 1 to 11 of this Agreement”.

<sup>1165</sup> *Plama vs. Bulgaria, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 204.

<sup>1166</sup> *Siemens vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción.

<sup>1167</sup> *Plama vs. Bulgaria, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 207.

<sup>1168</sup> *Ibidem*, párr. 208.

este sea suplido en su totalidad, con ayuda de la CNMF, por un sistema totalmente diferente. El tribunal opinó que una cosa es adicionar un tratamiento más favorable al tratamiento ya otorgado y otra muy diferente suplir un mecanismo específico de solución de controversias por otro totalmente distinto.<sup>1169</sup>

A pesar de que la demandante intentó ofrecer evidencia que apoyara su posición, el tribunal pareció no sorprenderse de la falta de precedente para sostenerla. Así lo expresó:

Al concluir un tratado de inversión multilateral o bilateral con disposiciones de solución de controversias específicas, los Estados no pueden esperar abandonar dichas disposiciones para el remplazo futuro a través de la operación de la disposición de la NMF de disposiciones de solución de controversias diferentes, excepto si los Estados lo han acordado explícitamente (como es el caso del APPRI Modelo del Reino Unido).<sup>1170</sup>

El tribunal realizó una observación por demás interesante y recordó que lo anterior también puede ser apoyado por la “teoría de la separabilidad” de la cláusula arbitral la cual establece que el acuerdo arbitral es en sí un acuerdo independiente del resto de las disposiciones que lo contengan. El tribunal señaló: “Esta cuestión también puede ser vista como parte del generalmente aceptado principio de separabilidad de la cláusula arbitral. Disposiciones de solución de controversias constituyen un acuerdo en sí, usualmente con disposiciones interrelacionadas”.<sup>1171</sup>

Enseguida, el tribunal centró su atención y realizó un breve análisis de los casos:

- *Caso Concerniente a los Derechos de los Nacionales de USA en Marruecos.*
- *Caso Anglo-Iranian Oil Company.*
- *Ambatielos.*
- *Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España.*

<sup>1169</sup> *Ibidem*, párr. 209.

<sup>1170</sup> *Ibidem*, párr. 212, *cf.* orig. “when including a multilateral or bilateral investment treaty with specific dispute resolution provisions, states cannot be expected to leave those provisions to future (partial) replacement by different dispute resolution provisions through the operation of an MFN provision, unless the State have explicitly agreed (as in the case of BITs based on the UK Model BIT)”.

<sup>1171</sup> *Plama vs. Bulgaria, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 212, *cf.* orig. “This matter can also be viewed as forming part of the nowadays generally accepted principle of separability (autonomy) of arbitration clause. Dispute resolution provisions constitute an agreement on their own, usually with interrelated provisions”.

El análisis realizado sobre el caso *Maffezini vs. España* es por demás interesante. Recordó que en este caso la pregunta que surgió ante los ojos del tribunal arbitral fue si el requerimiento expuesto en las disposiciones relativas a la solución de controversias del APPRI Argentina-España, el cual prevé que “las cortes domésticas tienen la oportunidad de conocer una disputa por un periodo de dieciocho meses antes que ésta sea sometida a arbitraje” era inaplicable debido a la atracción de las disposiciones relativas de solución de controversia del APPRI Chile-España —el cual no imponía dicha condición— a través de la operación de la CNMF del tratado Argentina-España. El tribunal respondió dicho cuestionamiento de forma afirmativa.

El tribunal *Plama* recordó que el tribunal arbitral *Maffezini* se basó en los casos: *Caso Concerniente a los Nacionales de USA en Marruecos*, *Anglo Iranian y Ambatielos*. Sin embargo previó que según la revisión realizada por él, la respuesta del tribunal arbitral en el caso *Maffezini* no es concluyente.

Señalamiento clave resaltado por el tribunal arbitral en *Plama vs. Bulgaria* fue que recordó que el tribunal *Maffezini* consideró distintas redacciones de CNMF contenidas en distintos APPRI, entre ellas resalta la redacción:

- “all rights container in the present Agreement”, o
- “all matters subject to this Agreement”.

En el segundo supuesto (*all matters subject to this Agreement*) según el tribunal arbitral del caso *Maffezini* “debe determinarse si la omisión (en el APPRI Argentina-España) fue incorporada por las partes o puede ser razonablemente deducida de la práctica seguida por las partes en su tratamiento a inversores extranjeros y a sus propios inversores”.<sup>1172</sup>

Así el tribunal arbitral del caso *Plama* consideró dicha premisa como inapropiada para responder la pregunta sobre si disposiciones relativas a la solución de controversias contenidas en el tratado base pueden ser reemplazadas por disposiciones relativas a la solución de controversias contenidas en otro tratado. De tal suerte, el tribunal arbitral defendió la premisa de que “una cláusula arbitral debe ser clara e inequívoca y la referencia a una cláusula de arbitraje debe ser de tal modo que haga la cláusula parte del contrato (tratado)”.<sup>1173</sup>

Respecto a la afirmación del tribunal arbitral en el caso *Maffezini* que sostuvo que “el hecho de que la aplicación de la cláusula de la nación más

<sup>1172</sup> *Maffezini vs. España*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 53; *Plama vs. Bulgaria*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 218.

<sup>1173</sup> *Plama vs. Bulgaria*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 218, *cf.* orig. “an arbitration clause must be such as to make the clause part of the contract (treaty)”.

favorecida a sus obligaciones relativas a la solución de controversias en el contexto de tratados de inversión podría conllevar a la armonización y ampliación del alcance de dichas obligaciones”, el tribunal Plama no considera plausible la idea que la armonización de las disposiciones de solución de controversias pueda ser alcanzada a través de la utilización de la CNMF. Más aún, afirma el tribunal arbitral del caso *Plama*, ese “cesto de tratamiento”<sup>1174</sup> y “auto adaptación de la CNMF”<sup>1175</sup> respecto a las disposiciones de solución de controversias tiene por efecto que un inversor tenga la opción de escoger las disposiciones de distintos APPRI. Si eso fuera cierto, un Estado anfitrión que no hubiera acordado específicamente dicha situación podría ser confrontado con gran número de permutas de disposiciones relativas a la solución de controversias provenientes de distintos APPRI que este hubiera celebrado, de tal forma que se podría hacer un *cocktail* de disposiciones más favorables. Este escenario lleno de caos no puede contribuir de forma alguna a la armonización ni tampoco puede ser presumida como resultado de la intención de las partes contratantes.

El tribunal arbitral del caso *Plama*, para echar abajo la argumentación presentada por el tribunal arbitral del caso *Maffezini*, se abocó a lo citado por el propio tribunal arbitral el cual da ejemplos de cuestiones de “política pública” donde sería inaplicable la aplicación de los beneficios de la CNMF respecto a disposiciones relativas a la solución de controversias, las cuales se resumen en:

- 1) Condiciones relativas al agotamiento de recursos locales;
- 2) Las disposiciones relativas a la cláusula de bifurcación;
- 3) Un foro de arbitraje determinado, como el CIADI;
- 4) Un sistema particularmente especializado de solución de controversias, con reglas precisas de procedimiento, como es el caso del TLCAN.<sup>1176</sup>

Así el tribunal en el caso *Plama* se dio a la tarea de descifrar cuál es el concepto de política pública en el orden de ideas en que fue planteado en el caso *Maffezini vs. España*.

Respecto a las consideraciones de política pública el tribunal arbitral citó lo dicho por el tribunal arbitral del caso *Maffezini*:

En todo caso, debe quedar clara la distinción entre la legítima extensión de derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula, por una parte,

<sup>1174</sup> Cfr. orig. “basket of treatment”.

<sup>1175</sup> Cfr. orig. “self-adaptation of an MFN provision”.

<sup>1176</sup> *Plama vs. Bulgaria*, cit., decisión a la jurisdicción, párrs. 220 y 221; *Maffezini vs. España*, cit., decisión a la jurisdicción, párr. 63.

y la alternativa nociva de tratar de aplicar diversos tratados para alterar los objetivos de política en que se fundamentan algunas disposiciones específicas [*treaty shopping*], por la otra.<sup>1177</sup>

Así el tribunal arbitral en el caso *Plama* expresó:

El presente tribunal está de acuerdo con esa observación, no obstante que el principio con múltiples excepciones señalado por el tribunal del caso *Maffezini* debería de ser un principio diferente con una sola excepción: una disposición de la NMF en un tratado base que no incorpora por referencia disposiciones de solución de controversias en todo o en parte descritas en otro tratado, a menos que la disposición de la NMF del tratado base no da lugar a duda de que las partes contratantes pretendieron incorporarlas.<sup>1178</sup>

Sin embargo, el tribunal arbitral simpatizó con la excepción realizada por el tribunal arbitral en el caso *Maffezini* y añadió

...no obstante que el principio con las múltiples excepciones como lo expuso el tribunal en el caso *Maffezini* pareciera ser un principio con una única excepción: la CNMF contenida en un tratado base no incorpora por referencia disposiciones de solución de controversias en todo o en parte contenidas en otro tratado, excepto que la CNMF del tratado base no deje duda alguna de que las partes contratantes pretendieron que así fuera.<sup>1179</sup>

El tribunal se mostró indulgente con la decisión tomada por el tribunal *Maffezini vs. España*, debido a que en el segundo caso se trató de un “curioso requerimiento, que durante los primeros 18 meses la disputa se presentara ante tribunales locales”, de tal modo que el tribunal *Plama* toleró la decisión *Maffezini* debido a que dicha disposición no tiene efectos esenciales prácticos. Sin embargo, el tribunal *Plama* previno que dicha excepción, hasta cierto punto comprensible, no puede ser tomada como un principio general del cual tribunales arbitrales puedan guiarse, sino se trata de una excepción a la regla.<sup>1180</sup>

<sup>1177</sup> *Maffezini vs. España, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 63.

<sup>1178</sup> *Plama vs. Bulgaria, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 223, *cf.* orig. “the present Tribunal agrees with that observation, albeit that the principle with multiple exceptions as stated by the tribunal in the Maffezini case should instead be a different principle with one, single exception: an MFN provision in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them”.

<sup>1179</sup> *Idem.*

<sup>1180</sup> *Ibidem*, párr. 224.

El tribunal arbitral *Plama* llamó la atención acerca de la ausencia argumentativa basada en el caso *Salini vs. Jordania*,<sup>1181</sup> laudo publicado justo 4 meses antes de la presente decisión, cuyo razonamiento se basó en la línea argumentativa del tribunal *Plama vs. Bulgaria*.

Finalmente, al referirse a la decisión del caso *Siemens vs. Argentina*, el tribunal arbitral previno sobre el peligro al aplicar la interpretación basada en el razonamiento *Maffezini vs. España*,<sup>1182</sup> la cual fue retomada por el tribunal *Siemens vs. Argentina*, razonamiento que fue considerado por el tribunal *Plama* como jurídicamente insuficiente<sup>1183</sup> y extremadamente general.<sup>1184</sup>

Por tanto, el tribunal *Plama* concluyó que

...las disposiciones de la NMF del APPRI Bulgaria-Chipre no pueden ser interpretadas como otorgantes de consentimiento para someter una disputa bajo el ámbito de aplicación del APPRI Bulgaria-Chipre al arbitraje del CIADI y la demandante no puede contar con las disposiciones de solución de controversias contenidas en otros APPRI de los cuales Bulgaria sea parte contratante para el presente caso.<sup>1185</sup>

## B. Atracción de una cláusula más amplia de solución de controversias

### a. *Berschader vs. Rusia* (SCC, laudo, 21 de abril del 2006)

El caso *Berschader vs. Rusia*<sup>1186</sup> se desarrolló en el marco de la Cámara Internacional de Estocolmo (SCC), a través de su Instituto de Arbitraje; el APPRI base fue el APPRI BeLux-Rusia.<sup>1187</sup> De conformidad con el artículo 2o.<sup>1188</sup> y

<sup>1181</sup> *Salini vs. Jordania*, cit., decisión a la jurisdicción.

<sup>1182</sup> *Siemens vs. Argentina*, cit. decisión a la jurisdicción, párrs. 105, 109 y 120.

<sup>1183</sup> *Ibidem*, párr. 81.

<sup>1184</sup> *Ibidem*, párr. 193.

<sup>1185</sup> *Plama vs. Bulgaria*, cit., decisión a la jurisdicción, párrs. 227 y 240 (C).

<sup>1186</sup> *Berschader vs. Russia*, SCC Case No. 080/2004 (Belgium/Russia BIT), award, 21 April 2006 (Sjövall, Lebedev, Weiler). También citado: caso *Berschader vs. Rusia*, SCC, laudo.

<sup>1187</sup> Agreement between the Governments of the Kingdom of Belgium and the Grand Duchy of Luxembourg and the Soviet Union on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, del 9 de febrero de 1989. En adelante citado como APPRI BeLux-Rusia.

<sup>1188</sup> *Ibidem*, artículo 2o., “each Contracting Party guarantees that the *most favoured nation clause* shall be applied to investors of the other Contracting Party in all matters covered by the *present Treaty*, and in particular in Articles 4, 5 and 6, with exception of benefits provided by one Contracting Party to investors of a third country on the basis

- of its participation in a customs union or other international economic organisations, or
- of an agreement to avoid double taxation and other taxation issues [énfasis añadido].”

10<sup>1189</sup> del APPRI base, la demandante intentó atraer una cláusula de solución de diferencias más amplia que la prevista en el tratado base.

No obstante que esta controversia se desarrolló fuera del marco del CIADI será analizada brevemente debido a su relación con el tema que nos ocupa, que es la atracción de derechos contenidos en la cláusula de solución de controversias al tratado base procedente de un tratado referencia a través del uso de la CNMF.

El APPRI BeLux-Rusia contiene una cláusula de solución de controversias muy estrecha; únicamente prevé su aplicación respecto del contenido del artículo 5o. del propio tratado base que contiene las disposiciones relativas a la expropiación y las reglas para determinar el monto de la indemnización.

El artículo 5o. del APPRI BeLux-Rusia establece:

Artículo 5o. Inversiones realizadas por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no debe ser expropiada, nacionalizada, o ser sujeto de cualquier otra medida que tenga un efecto similar, excepto cuando dichas medidas sean tomadas por interés público, de conformidad con el debido procedimiento legal, y no sean discriminatorias.

Adicionalmente, deberán ser acompañadas por pago de compensación, cuyo monto deberá corresponder al valor real de la inversión en cuestión inmediatamente antes del día en que las medidas fueron tomadas o se hicieron públicas.

Dicha compensación deberá ser pagada a los inversores sin demora, en moneda libremente convertible, y transferida sin demora.<sup>1190</sup>

<sup>1189</sup> *Ibidem*, artículo 10.

“(1) Any dispute between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning the amount or mode of compensation to be paid under article 5 of the present Treaty shall be subject of a written notice, accompanied by a detailed memorandum, to be submitted by the investor to the Contracting Party involved in the dispute. Whenever possible, the parties to this dispute shall endeavor to settle amicably and to their mutual satisfaction.

(2) If such a dispute has not been settled in this way within a period of six months from the date of the written notification mentioned in paragraph 1... it shall be submitted at the investor's choice to:

2.1 the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, or

2.2 An ‘ad hoc’ arbitration tribunal established under the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)”.

<sup>1190</sup> *Ibidem*, artículo 5o., *cf. orig.* “Investments made by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party may not be expropriated, nationalized, or subjected to any other measures having similar effect, except when such measures are taken for public interest, according to legal process, and are not discriminatory.

Así, relevante al caso fue determinar si debido al alcance restringido del artículo 10 del tratado base, las demandantes podían invocar la cláusula de solución de controversias más amplia contenida en el APPRI referencia celebrado por Rusia, a través de la aplicación de la CNMF contenida en el artículo 2o. del tratado base; en específico las cláusulas de solución de controversias contenidas en el artículo 8o. del APPRI Noruega-Rusia,<sup>1191</sup> o en el artículo 8o. del APPRI Dinamarca-Rusia.<sup>1192</sup>

Sin duda alguna las cláusulas de solución de controversia de los APPRI referencia son mucho más amplias, pues prevén prácticamente cualquier controversia originada en relación con la inversión de un inversor.

El tribunal arbitral decidió aplicar el principio por el cual una disposición de NMF en un APPRI, solo incorpora por referencia una cláusula arbitral de otro APPRI cuando los términos del APPRI original así lo esta-

In addition, they must be accompanied by payment of compensation, the amount of which must correspond to the real value of the investments in question immediately before the date the measures were taken or made public.

Such compensation shall be paid to the investors without delay, in freely convertible currency, and transferred without delay”.

<sup>1191</sup> Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Russian Federation on Promotion and Mutual Protection of Investments, firmado en Oslo el 4 de octubre de 1995. También citado como APPRI Noruega-Rusia, artículo 8o. Controversias entre un inversor de una parte contratante y otra parte contratante. “Disputes between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party arising in connection with an investment in its territory and concerning the consequences of the non-implementation, or the incorrect implementation of the obligations under this Agreement shall, to the extent possible, be settled amicably.

If such a dispute has not been amicably settled within a period of six months from written notification of a claim, it may be submitted by either party to the dispute to:

(a) Ad hoc arbitration tribunal established under the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), or

(b) The Institute of Arbitration of the Chamber of Commerce in Stockholm”.

<sup>1192</sup> *Berschader vs. Rusia, SCC, cit.*, laudo, párr. 159; Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Kingdom of Denmark concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, firmado en Copenhague el 4 de noviembre de 1993. También citado como APPRI Dinamarca-Rusia, artículo 8o. Controversias entre un inversor de una parte contratante y la otra parte contratante. “(1) Any dispute which may arise between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party in connection with an investment on the territory of that other Contracting Party shall be subject to negotiations parties in dispute.

(2) If the dispute cannot be settled in such a way within a period of six months from the date of written notification of the claim, the investor shall be entitled to submit the case either to:

(a) a sole arbitrator or an ad hoc arbitral tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), or

(b) the Institute of Arbitration of the Chamber of Commerce in Stockholm”.

blezcan clara e inequívocamente, o cuando pueda ser deducido visiblemente de este que así fue la intención de las partes.<sup>1193</sup> En este orden de ideas, el tribunal sostuvo la imposibilidad de derivar el requisito para la clarificación y falta de ambigüedad envuelta en este *test* a ningún principio general para efectos de que las cláusulas arbitrales puedan interpretarse de forma más restrictiva en comparación con otros acuerdos; este *test* está garantizado, en opinión del tribunal, por los problemas particulares discutidos anteriormente que han sido expuestos para la construcción del alcance de la CNMF contenida en los APPRI.<sup>1194</sup>

La CNMF contenida en el APPRI Belux-Rusia en su artículo 2o. establece:

Cada Parte Contratante garantizará que la cláusula de la nación más favorecida deberá aplicar a inversores de la otra Parte Contratante *en todas las materias cubiertas por el presente tratado*, y en particular en los artículos 4, 5 y 6, con excepción de los beneficios establecidos por las Partes Contratantes a inversores de un tercer país en la base

— de su participación en uniones aduaneras u otra organización económica internacional, o

— de un acuerdo para evitar la doble tributación y otras cuestiones tributarias [énfasis añadido].<sup>1195</sup>

Las demandantes sostuvieron que la expresión “todas las materias cubiertas por el presente tratado” responde la pregunta: si la CNMF se extiende para todas las materias cubiertas por el tratado, seguramente el sentido corriente de esta expresión será que la misma se extienda a las disposiciones relativas a la solución de controversias.<sup>1196</sup> El tribunal arbitral no compartió dicho razonamiento y añadió que respecto a la construcción de la expresión “todas las materias” o “todos los derechos” cubiertos por el tratado debe señalarse que hasta un lenguaje aparentemente claro como este puede considerarse ambiguo en el contexto de la CNMF. Como fue enfatizado en el

<sup>1193</sup> *Berschader vs. Rusia, SCC, cit.*, laudo, párr. 181.

<sup>1194</sup> *Ibidem*, párr. 182.

<sup>1195</sup> APPRI BeLux-Rusia, artículo 2o., *cfi*: orig. “Each Contracting Party guarantees that the most favoured nation clause shall be applied to investors of the other Contracting Party in all matters covered by the present Treaty, and in particular in Articles 4, 5 and 6, with exception of benefits provided by one Contracting Party to investors of a third country on the basis

— of its participation in a customs union or other international economic organisations, or  
— of an agreement to avoid double taxation and other taxation issues”.

<sup>1196</sup> *Berschader vs. Rusia, SCC, cit.*, laudo, párr. 183.

tribunal *Maffezini vs. España* respecto a los tratados cuyas CNMF establecen “todos los derechos” o “todas las materias” del tratado en cuestión, pero que no establecen *expresamente* que la solución de controversias como tal está cubierta por la cláusula, “debe fundamentarse si la omisión de las partes fue intencional o si puede ser razonablemente deducida de la práctica seguida por las partes en su tratamiento a inversores extranjeros y a sus propios inversores”.<sup>1197</sup>

El tribunal arbitral sostuvo que el sentido corriente de las palabras “todas las materias cubiertas por el presente tratado” es clara. Sin embargo, dicha expresión debe analizarse en su contexto, particularmente la relación del concepto con el cual esta es entrelazada en el texto del tratado, por ejemplo, en la CNMF.<sup>1198</sup> Así, la pregunta a resolver por el tribunal arbitral fue, si es posible aplicar a una CNMF definida en este tenor “no obstante vaga” a “todas las materias cubiertas por el presente tratado” como se deriva del artículo 2o. del APPRI Belux-Rusia; en opinión del tribunal arbitral no es posible. Así, mencionó tres razones para sostener su dicho. La primera, los artículos 9o. y 11 del tratado se ocupan de las relaciones exclusivas de las partes contratantes, la CNMF no puede aplicar a estas disposiciones; segunda, los artículos 1o. y 7o. tratan con materias que no se relacionan con el tratamiento a inversores, es difícil imaginar que la CNMF aplique a estas disposiciones; tercera, los artículos 8o., 12 y 13 se relacionan con materias respecto a las cuales la aplicación de la CNMF es una posibilidad teórica.<sup>1199</sup>

A criterio del tribunal el examen realizado mostró que el texto “todas las materias cubiertas por el presente tratado” no puede ser entendido de manera literal. En este sentido, la CNMF no aplica a la totalidad de las materias contenidas en el tratado.<sup>1200</sup> Por otra parte, el tribunal sostuvo que las partes estuvieron conscientes de la ambigüedad de la expresión “todas las materias cubiertas por el presente tratado” pues agregaron la aclaración “particularmente a los artículos 4o., 5o. y 6o”. Estos artículos incluyen los elementos clásicos de protección material de las inversiones. El artículo 10 que contiene las disposiciones relativas a la solución de controversias inversor-Estado no está incluido en dicha aclaración.<sup>1201</sup> Por tanto, el tribunal concluyó que la expresión “todas las materias cubiertas por el presente tratado” no significa realmente que la CNMF sea extensible a todas las materias cubiertas por el tratado. En consecuencia, el “sentido corriente” de esa expresión

<sup>1197</sup> *Ibidem*, párr. 184.

<sup>1198</sup> *Ibidem*, párr. 185.

<sup>1199</sup> *Ibidem*, párrs. 186-191.

<sup>1200</sup> *Ibidem*, párr. 192.

<sup>1201</sup> *Ibidem*, párr. 193.

no presta ayuda en el presente caso y la expresión como tal no garantiza la conclusión de que las partes pretendieron que la CNMF sea extensible a la cláusula de solución de diferencias. El tribunal agregó que parecería que las partes contratantes estuvieron conscientes y aceptaron que algunas cuestiones comprendidas por el tratado serían excluidas de la aplicación de la CNMF.<sup>1202</sup> Esta última aseveración del tribunal arbitral nos parece extremadamente teleológica y no la compartimos. Sin duda alguna, no puede presumirse que la expresión “todas las materias comprendidas por el presente tratado” clara e inequívocamente comprenda “todas las materias comprendidas en el tratado, incluyendo la cláusula de solución de diferencias”; no obstante, la cautela debe aplicarse del mismo modo a la presunta intención de las partes para que la cláusula de solución de diferencias quedara excluida de dicha expresión.

Ante la presunción tan atrevida que hizo el propio tribunal arbitral este dispuso responder si la cláusula de solución de diferencias era una de las materias presuntamente excluidas de la aplicación de la CNMF. Así, este sostuvo que los defensores de que la cláusula de solución de controversias está cubierta por la CNMF argüirían que el derecho al arbitraje es *de facto* una forma de protección de la inversión de básicamente el mismo tipo (*ejusdem generis*) que la protección material ofrecida por el tratado. En consecuencia, el derecho a arbitraje debe ser cubierto por cualquier cláusula que establezca el TNMF de la protección de las inversiones.<sup>1203</sup> Otro de los argumentos detectados por el tribunal arbitral, frecuentemente utilizado en este sentido, es que el acceso al arbitraje es *de facto* una forma importante de protección de las inversiones, y la falta de extensión de las disposiciones de la NMF a las cláusulas arbitrales se efectuaría en contra del objeto y propósito de un APPRI, que es promover y proteger la inversión.<sup>1204</sup> El problema que encontró el tribunal, posición a la que nos unimos, es que estos argumentos tienen un carácter extremadamente general; estos derivan en el apoyo a la conclusión de que una disposición de la NMF es, en general, capaz de incorporar por referencia una cláusula de solución de diferencias, y que dicha incorporación fomenta los propósitos de los APPRIs. No obstante, dichos argumentos ofrecen muy poca o nula guía respecto a si las partes contratantes del tratado en cuestión, realmente tuvieron la intención de que la cláusula arbitral fuera extendida en el futuro a otro tipo de controversias.<sup>1205</sup>

<sup>1202</sup> *Ibidem*, párr. 194.

<sup>1203</sup> *Ibidem*, párr. 195.

<sup>1204</sup> *Ibidem*, párr. 196.

<sup>1205</sup> *Ibidem*, párr. 197.

Tras un análisis histórico y del contexto en el cual el tratado fue celebrado, el tribunal concluyó que esta no fue la intención de las partes, de otro modo lo hubieran incluido en el texto del artículo 2o.<sup>1206</sup>

Finalmente, el tribunal arbitral concluyó con un resumen de la discusión la cual sintetizamos como sigue:

*Primero:* el punto de partida para determinar si una CNMF comprende o no la cláusula de solución de diferencias contenida en tratados referencia siempre “debe ser” una valoración de la intención de las partes contratantes sobre la celebración del tratado base. El tribunal aplicó el principio de que una disposición de la NMF en un APPRI únicamente incorpora por referencia una cláusula arbitral de otro APPRI, cuando los términos del APPRI base así lo establecen clara e inequívocamente o cuando puede ser claramente deducido que esta fue la intención de las partes contratantes.<sup>1207</sup>

*Segundo:* la interpretación del texto del tratado de conformidad con los principios encerrados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no es concluyente. No puede atribuirse el “sentido corriente” a los términos del artículo 2o. del APPRI BeLux-Rusia. El objeto y propósito del tratado es indudablemente promover y proteger las inversiones, pero esa afirmación tan general no contribuye a la construcción de los términos del artículo 2o. Ningún trabajo preparatorio o cualquier otro instrumento o acuerdo relacionado con el tratado base o acuerdos posteriores o práctica respecto a la aplicación del tratado proveen guía al respecto.<sup>1208</sup>

*Tercero:* una interpretación razonable respecto a la intención de las partes contratantes a la luz del texto del tratado y otros hechos relevantes muestra que es improbable que la parte contratante soviética pretendiera que las disposiciones de la NMF comprendieran cuestiones de arbitraje. Es más, ni siquiera el balance de los hechos disponibles apoyan la conclusión de que la parte Belga haya tenido una intención en este sentido. En este tenor, el tribunal concluyó que:

...el tribunal encuentra que el tratado no prevé clara e inequívocamente la incorporación por referencia de las cláusulas arbitrales en otros ABIs. Por tanto, la jurisdicción del tribunal únicamente puede ser basada en la cláusula arbitral contenida en el artículo 10 del tratado. Como se ha discutido anteriormente, dicha cláusula arbitral no extiende a las materias presentadas ante el tribunal por las demandantes.<sup>1209</sup>

<sup>1206</sup> *Ibidem*, párrs. 199-202.

<sup>1207</sup> *Ibidem*, párr. 206.

<sup>1208</sup> *Ibidem*, párr. 207.

<sup>1209</sup> *Ibidem*, párr. 208.

En este orden de ideas, el tribunal rechazó las reclamaciones de la demandada.<sup>1210</sup>

*b. Telenor vs. Hungría* (laudo, 13 de septiembre del 2006)

La controversia *Telenor vs. Hungría*<sup>1211</sup> se derivó de un contrato de concesión para el suministro de servicios públicos de radio teléfonos móviles celebrado entre el Ministerio de Transporte, Comunicaciones y Administración de Aguas húngaro y la empresa Pannon GSM Telecommunications RT (Pannon). Pannon es una subsidiaria de Telenor. El 75% del capital social de Telenor es propiedad del Estado noruego.<sup>1212</sup>

Telenor demandó el pago de daños presuntamente sufridos a raíz de supuestas violaciones al APPRI Hungría-Noruega<sup>1213</sup> realizadas en forma de expropiación indirecta y progresiva en el marco de ciertas medidas adoptadas por el Gobierno húngaro.

Los preceptos relevantes en el presente caso fueron los artículos IV, VI y XI del APPRI Noruega-Hungría. El artículo IV (1) del APPRI en cuestión contiene la CNMF que a la letra dice:

Artículo IV. Trato de la nación más favorecida.

Inversiones realizadas por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, así como a sus ganancias, se les concederá

<sup>1210</sup> *Ibidem*, párr. 212, *cf.* orig. “in conclusion, the Tribunal finds that the types of indirect investment relied upon by the Claimants do not come within the scope of Article 1.2 of the Treaty. Moreover, the Claimants’ shares in BI do not constitute an investment in the territory of the Russian Federation. Accordingly, the investments relied on by the Claimants in these proceedings do not constitute qualifying investments within the terms of the Treaty. The Tribunal further finds that the claims presented by the Claimants are not encompassed by the arbitration clause in Article 10.1 of the Treaty. Moreover, the MFN clause contained in Article 2 does not clearly and unambiguously provide for the incorporation by reference of the arbitration clauses in other BITs. For these reasons, the Tribunal holds that the Claimants’ claims must be dismissed”.

<sup>1211</sup> *Telenor Mobile Communications AS vs. Republica de Hungría*, ICSID Case No. ARB/04/15, award, 13 de septiembre de 2006 (Goode, Allard, Marriot). También citado como caso *Telenor vs. Hungría*, laudo.

<sup>1212</sup> *Ibidem*, párr. 16. Véase acerca de la responsabilidad de entidades de Estado establecidas en forma de corporación Chalmers, Jane, “State Responsibility for Acts of Parastatals Organised in Corporate Form”, *American Society of International Law Proceedings* (ASIL), EE.UU., 1990.

<sup>1213</sup> Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Republic of Hungary on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, del 8 de abril de 1991, en vigor el 4 de diciembre de 1992. En adelante APPRI Noruega-Hungría.

un trato no menos favorable que aquel otorgado a inversiones realizadas por inversores de cualquier tercer Estado.<sup>1214</sup>

Otro de los preceptos invocados por Telenor fue el artículo VI del APPRI en estudio, el cual contiene las disposiciones relativas a la expropiación, tal precepto establece:

Artículo VI. Expropiación y Compensación.

1. Inversiones realizadas por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no pueden ser expropiados, nacionalizados o ser sujetos de cualquier otra medida que tenga un efecto similar (en adelante como “expropiación”) a menos que las siguientes condiciones sean satisfechas:

(I) La expropiación debe ser realizada por utilidad pública y conforme a un debido procedimiento legal.

(II) no debe ser discriminatoria.

(III) debe realizarse a cambio de una compensación.<sup>1215</sup>

2. Dicha compensación deberá corresponder al valor de mercado de la inversión inmediatamente antes de la fecha de expropiación y deberá ser pagada sin demora e incluir el monto anual de intereses equivalente a 12 meses de LIBOR<sup>1216</sup> presupuestado para la moneda en la cual haya sido realizada la inversión hasta la fecha de pago. El pago de dicha compensación deberá ser efectivo realizable y libremente transferible.<sup>1217</sup>

<sup>1214</sup> *Ibidem*, artículo IV (1), *cf.*: orig. “Most favoured nation treatment. 1. Investments made by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, as also the returns therefrom, shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to investments made by investors of any third State”.

<sup>1215</sup> *Idem*.

<sup>1216</sup> LIBOR es la abreviación del interés interbancario del mercado de Londres (*London Interbank Offered Rate*).

<sup>1217</sup> APPRI Noruega-Hungría, artículo VI. *cf.*: orig. “artículo VI. Expropriation and Compensation.

1. Investments made by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party cannot be expropriated, nationalized or subjected to other measures having a similar effect (hereinafter to as “Expropriation”) unless the following conditions are fulfilled:

(i) The expropriation shall be done for public interest and under due process of law.

(ii) It shall not be discriminatory.

(iii) It shall be done against compensation.

2. Such compensation shall amount to the market value of the investment immediately before the date of expropriation and shall be paid without delay and shall carry an annual rate of interest equal to 12 months LIBOR quoted for the currency in which the investment was made until the time of payment. The payment of such compensation shall be effectively realizable and freely transferable”.

Por su parte, el artículo XI del APPRI Noruega-Hungría contiene la cláusula de solución de controversias redactada de forma por demás estrecha. Esta únicamente prevé la posibilidad de someter al arbitraje del CIADI las controversias relacionadas con el monto de pago de compensaciones en caso de conflicto armado (artículo V) y en caso de expropiación (artículo VI), o las relativas a la falta de implementación o implementación incorrecta de la repatriación de las inversiones y sus ganancias. El artículo XI prevé:

Artículo XI. Solución de Controversias entre un inversor y una Parte Contratante:

1. Este artículo deberá aplicar a toda controversia de naturaleza jurídica entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante en relación con una inversión *of the former other* relativa al monto o pago de la compensación con referencia al artículo V y VI del presente acuerdo o concerniente a las consecuencias de la falta de implementación o de la implementación incorrecta del artículo VII del presente acuerdo.

2. Cualquiera de dichas controversias que no haya sido solucionada amigablemente dentro de un periodo de tres meses a partir de la notificación de la reclamación, debe si cualquiera de la partes así lo desea, ser sometida a conciliación o al arbitraje conforme al Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, del 18 de marzo de 1965 (el Convenio de Washington).<sup>1218</sup>

El tribunal inició su análisis para determinar si los actos realizados por el Gobierno húngaro constituían una expropiación en contra de Telenor en el sentido del artículo VI del APPRI Noruega-Hungría.<sup>1219</sup> En realidad, el tribunal expresó desde un inicio la dificultad con la que fue confrontado para determinar las presuntas violaciones al APPRI que nos atañe así como para declarar su jurisdicción al caso, por tanto, se vio obligado

<sup>1218</sup> *Ibidem*, artículo XI. *cf.* orig. “Disputes between an investor and a Contracting Party.

1. This article shall apply to any legal disputes between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party in relation to an investment of the former either concerning the amount of payment of compensation under article V and VI of the present agreement, or concerning any other matter consequential upon an act of expropriation in accordance with article VI of the present agreement or concerning the consequences of the non implementation or of the incorrect implementation of article VII of the present agreement.

2. Any such disputes which have not been amicably settled within a period of three months from written notification of a claim. Shall if either party to the dispute so wishes, be submitted for conciliation or arbitration under the Convention of 18 march 1965 on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (The Washington Convention)”.

<sup>1219</sup> *Telenor vs. Hungría*, cit., laudo, párr. 26.

a analizar el fondo del asunto.<sup>1220</sup> El tribunal arbitral solicitó a Telenor la descripción exacta del acto o los actos presuntamente constitutivos de una expropiación.<sup>1221</sup> Tras la supuesta aclaración de los actos reclamados, réplicas y dúplicas de Telenor y Hungría al respecto,<sup>1222</sup> el tribunal comenzó con el análisis de lo que constituye una expropiación y si los actos argüidos por Telenor eran constitutivos de esta. El argumento de Telenor es que se trataba de una expropiación indirecta y progresiva constituida por una serie de actos del Gobierno húngaro realizados durante un determinado periodo de tiempo.<sup>1223</sup> Sin embargo, Telenor no fue capaz de presentar ante el tribunal arbitral las presuntas pérdidas. En suma, prácticamente todo el argumento de Telenor fue mal planteado, fundamentado y motivado; no fue capaz de persuadir al tribunal acerca de sus pretensiones ni tampoco sobre los daños o pérdidas presuntamente sufridos, de tal suerte que el tribunal arbitral señaló “no hay evidencia ante el tribunal que sugiera cualquier actividad de parte del Gobierno húngaro que se aproxime remotamente al efecto de expropiación”.<sup>1224</sup>

Respecto a la invocación de la CNMF el tribunal arbitral enfatizó que no está referido en el artículo XI, por tanto, *prima facie*, dicho precepto está fuera de la jurisdicción de este. Sin embargo, Telenor invocó dicho precepto en un estadio avanzado del procedimiento con la pretensión de que la CNMF contenida en el artículo IV del APPRI Noruega-Hungría concede un puente procesal con el artículo III del APPRI en cuestión, mediante el cual Telenor tiene derecho a gozar de cualquier cláusula de solución de controversias contenida en cualquier APPRI que Hungría haya celebrado con terceros Estados. En cambio, Telenor olvidó invocar una cláusula específica contenida en un APPRI específico celebrado entre Hungría y un tercer Estado.<sup>1225</sup>

Telenor hizo alusión a los casos *Maffezini vs. España* y *Siemens vs. Argentina*.<sup>1226</sup> El tribunal arbitral citó además el caso *Plama vs. Bulgaria* y *Salini vs. Jordania*<sup>1227</sup> y añadió que refrendaba el análisis realizado en el caso *Plama vs. Bulgaria*. Al respecto señaló:

<sup>1220</sup> *Ibidem*, párr. 34.

<sup>1221</sup> *Ibidem*, párrs. 37 y 38.

<sup>1222</sup> *Ibidem*, párrs. 39-58.

<sup>1223</sup> *Ibidem*, párrs. 69-72.

<sup>1224</sup> *Ibidem*, párr. 79. Sobre expropiación indirecta véase OECD, “Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law”, *cit.*

<sup>1225</sup> *Telenor vs. Hungría*, *cit.*, laudo, párr. 83.

<sup>1226</sup> *Ibidem*, párrs. 85-88.

<sup>1227</sup> *Ibidem*, párr. 89.

...este tribunal refrenda totalmente el análisis y exposición del principio provisto por el tribunal *Plama*.<sup>1228</sup>

Hay por lo menos cuatro razones convincentes del porqué una cláusula de la NMF en un APPRI que provee un tratamiento de la nación más favorecida no puede ser construida como extensiva de la jurisdicción de un tribunal arbitral a categorías de controversias más allá de aquellas dispuestas en el APPRI mismo en ausencia de un lenguaje claro de que ésta es la intención de las partes.<sup>1229</sup>

En primer lugar invocó la Regla de Interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena<sup>1230</sup> y añadió:

Una cosa es estipular que el inversor deba tener el beneficio del tratamiento de la NMF a su inversión y otra muy distinta usar una CNMF en un APPRI para eludir una limitación del mismo APPRI cuando las partes no han escogido el lenguaje en la CNMF que muestre una intención para hacerlo, como ha sido hecho en algunos APPRIs.<sup>1231</sup>

En segundo lugar, y haciendo alusión al tribunal *Plama vs. Bulgaria* señaló que el efecto de una interpretación amplia de la CNMF expone al Estado anfitrión al *treaty shopping* por parte del inversor a través de un número indeterminado de tratados hasta encontrar la CNMF lo suficientemente amplia como para cubrir una disputa que queda fuera del ámbito de aplicación de la cláusula de solución de controversias del tratado base, y aun en este escenario, existirían preguntas sobre si el inversor podría seleccionar aquellos elementos de una cláusula de solución de controversias más amplia, aptos para tal propósito y desechar los que no lo son.<sup>1232</sup> En tercer lugar, apuntó el tribunal, una interpretación amplia genera inestabilidad e incertidumbre: “en un primer momento, la limitación del tratado base es operativa, y, en otro momento, ésta es anulada por una cláusula de solución de controversias más amplia de un nuevo APPRI celebrado por el Estado anfitrión”.<sup>1233</sup> La cuarta razón expuesta por el tribunal arbitral fue la relevancia que tiene la práctica de los Estados al formular una cláusula de solución de controversias. El tribunal rechazó la interpretación extremadamente teleológica de

<sup>1228</sup> *Ibidem*, párr. 90, *cf.* orig. “this tribunal wholeheartedly endorses the analysis and statement of principle furnished by the *Plama* tribunal”.

<sup>1229</sup> *Ibidem*, párr. 91.

<sup>1230</sup> *Ibidem*, párr. 92.

<sup>1231</sup> *Idem*.

<sup>1232</sup> *Ibidem*, párr. 93.

<sup>1233</sup> *Ibidem*, párr. 94.

aquellos que ignoran analizar acerca de la verdadera intención de las partes de un APPRI y añadió que los que ignoran esta situación es porque se posicionan del lado del inversor y no analizan a fondo cual fue la intención de los Estados que son las partes contratantes. El tribunal señaló que no pretende restar importancia al arbitraje independiente a que tiene derecho el inversor y que no puede ser denegado. Sin embargo, subrayó que no deben utilizarse los “cánones ordinarios de interpretación” en *pro* de la protección del inversor a costa de desplazar el mecanismo de solución de controversias específicamente negociado por las partes.<sup>1234</sup>

El tribunal arbitral utilizó el método histórico para analizar los quince APPRIs que Noruega tiene en vigor; de ellos, el APPRI con Hungría es el único que tiene señalamiento expreso acerca del tipo de controversias que serán sometidas al CIADI; en los catorce restantes Noruega tiene una redacción amplia de las controversias que serán sometidas a la jurisdicción del Centro. Por otra parte, el tribunal señaló que de los 22 APPRIs celebrados entre Hungría y otros siete Estados restringen el arbitraje a casos de expropiación o nacionalización, trece prevén el arbitraje para solucionar cualquier controversia jurídica y únicamente dos APPRIs, incluyendo el APPRI Noruega-Hungría, prevén categorías específicas de controversias que pueden ser sometidas al arbitraje del CIADI.<sup>1235</sup> Por tanto, el tribunal subraya que en el artículo XI del APPRI Noruega-Hungría se hizo una restricción deliberada para limitar el acceso al arbitraje a las categorías de controversias detalladas en el contenido de dicho precepto.<sup>1236</sup>

A continuación, el tribunal realizó una distinción clara entre el caso *Plama vs. Bulgaria* y el caso *Suez vs. Argentina*<sup>1237</sup> y refrendó los argumentos y razonamientos utilizados por el tribunal arbitral del caso *Plama vs. Bulgaria*.<sup>1238</sup> El primero fue que la CNMF en el caso *Plama vs. Bulgaria* era más estrecha que la cláusula del caso *Suez vs. Argentina*. El segundo, en *Plama vs. Bulgaria* existió evidencia clara de que los Estados contratantes no pretendieron incluir la solución de controversias en el ámbito de aplicación de la CNMF, mientras que en *Suez vs. Argentina* no existió tal evidencia. En tercer lugar, en el caso *Plama vs. Bulgaria* la demandante pretendió reemplazar una cláusula de solución de controversias existente por una nueva proveniente de un tratado referencia, lo cual tiene a todas luces un “efecto radical”, mientras que en el caso *Suez vs. Argentina* únicamente se abolió un paso preliminar

<sup>1234</sup> *Ibidem*, párr. 95.

<sup>1235</sup> *Ibidem*, párr. 96.

<sup>1236</sup> *Ibidem*, párr. 97.

<sup>1237</sup> *Suez vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción, *cit.*

<sup>1238</sup> *Telenor vs. Hungría*, *cit.*, laudo, párr. 98.

para acceder al mecanismo de solución de controversias establecido en el propio tratado.<sup>1239</sup> En este orden de ideas, el tribunal arbitral subrayó que la CNMF del APPRI Noruega-Hungría es más limitada que la cláusula del caso *Suez vs. Argentina*,<sup>1240</sup> de tal suerte que concluyó que en el caso *Telenor vs. Hungría* la CNMF no puede ser invocada con el fin de extender la jurisdicción del tribunal arbitral a otras cuestiones que no sean a las acciones derivadas de una expropiación; de otro modo se trastornaría la voluntad de las partes, Hungría y Noruega, expresada en el APPRI en cuestión.<sup>1241</sup>

Tras el razonamiento y el análisis antes citados, el tribunal rechazó las pretensiones de Telenor y declinó su jurisdicción para conocer del caso.<sup>1242</sup>

##### 5. *Atracción de la instancia revisora – tribunal de apelación (CAFTA)*

A pesar de que aún no se ha presentado ningún caso práctico relativo a la atracción de una instancia revisora de apelación al procedimiento arbitral a través de una CNMF contenida en un determinado APPRI, queremos señalar que el CAFTA contempla la creación de una instancia de apelación relativa a las resoluciones dictadas por los tribunales arbitrales internacionales.<sup>1243</sup>

Actualmente existen cuatro casos activos en el marco del CAFTA<sup>1244</sup> ante el CIADI; ninguno de ellos se ha relacionado con el tema. No obstante, queremos realizar brevemente un análisis hipotético al respecto.

La existencia de un tribunal de revisión o apelación en el CAFTA es sin duda una categoría especial negociada por las partes del tratado. Se trata evidentemente de una previsión de carácter especial calificada por los tribunales *Maffezini vs. España*, *Plama vs. Bulgaria* y *Wintershall vs. Argentina* como normas relativas al orden público de los Estados involucrados. En este sentido, la hipotética atracción de un mecanismo de apelación para revisar

<sup>1239</sup> *Suez vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción, *cit.*, párr. 63.

<sup>1240</sup> *Telenor vs. Hungría*, *cit.*, laudo, párr. 98

<sup>1241</sup> *Ibidem*, párr. 100.

<sup>1242</sup> *Ibidem*, párr. 108.

<sup>1243</sup> *Supra*, capítulo tercero III.5.

<sup>1244</sup> *TCW Group, Inc & Dominican Energy Holdings, L. P. vs. The Dominican Republic*, UNCITRAL (Central America-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement), laudo de mutuo acuerdo, 16 de julio de 2009; *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. vs. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17 (CAFTA and Foreign Investment Law), laudo, 14 de mayo de 2011, en este caso el tribunal arbitral se declaró incompetente para conocer del asunto; *Pac Rim Cayman LLC vs. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Preliminary Objections under CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5, 2 de agosto de 2010, aún no se ha emitido laudo arbitral.

un laudo arbitral en el marco del CIADI sería una clara trasgresión a una norma de orden público del Estado anfitrión; un mecanismo de apelación como el que pudiera surgir en el marco del CAFTA es parte de un mecanismo altamente especializado, y por tanto, no podría atraerse bajo ningún supuesto, incluso no podría hacerse si las partes así lo especificaran en su BIT correspondiente, a menos que fueran Estados miembro del CAFTA.

La regla *ejusdem generis* sería igualmente trasgredida pues seguramente la CNMF no contemplaría su ámbito de aplicación para una probable atracción de un mecanismo de este tipo.

La atracción de un mecanismo de apelación trasgrediría además el ámbito de aplicación del tratado base, pues seguramente esta materia no estaría contemplada en este tratado.

## 6. *Atracción de pretensiones contractuales a través de la CNMF*

### A. *Diferencia entre violaciones contractuales y violaciones convencionales*

En materia de inversión extranjera un escenario frecuente es la existencia de contratos de Estado internacionales (CEI) celebrados entre un inversor extranjero y el Estado anfitrión o receptor de la inversión, para la realización de una inversión concreta. En muchos casos existe un marco jurídico internacional que se traduce en algún APPRI o AII celebrado entre el Estado del cual es nacional el inversor y el Estado anfitrión. Cuando surge alguna controversia en el transcurso de la inversión, los mismos hechos pueden dar origen a acciones distintas.<sup>1245</sup> Por un lado, pueden existir violaciones contractuales que se tratarían de violaciones en el marco del CEI, también conocidas como *contract claims*; y por el otro lado, violaciones convencionales (*treaty claims*) traducidas en violaciones directas al tratado internacional aplicable al caso concreto.<sup>1246</sup>

<sup>1245</sup> Schreuer, Christoph, “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – The Vivendi I Case Considered”, en *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Gran Bretaña, Cameron May, 2005, pp. 295 y 296; Wackernagel, Clemens, “Das Verhältnis von treaty und contract claims in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit”, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, cuaderno 82, Wittenberg, enero de 2009, pp. 1-38.

<sup>1246</sup> Gill y Birt, “Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A comparative Review of the SGS Cases”, *Journal of International Arbitration*, vol. 21, nr. 5, 2004, p. 397; Mehren, George M. Von *et al.*, “Navigating Through Investor-State Arbitrations – an overview of Bilateral Investment Treaty claims”, *DRJ*, Nueva York, vol. 59, núm. 1, febrero-abril de 2004, pp. 70 y ss.

Es preciso señalar que se trata de dos acciones distintas que coexisten. En muchos CEI están previstos los foros nacionales o internacionales para conocer sobre las controversias que se susciten en relación con un CEI.<sup>1247</sup> Cuando un CEI prevé algún foro alterno internacional para la solución de disputas,<sup>1248</sup> el inversor estará posibilitado en someter sus pretensiones contractuales ante un tribunal arbitral internacional. No obstante lo anterior, existen muchos casos en los que la cláusula de solución de controversias contenida en el CEI no prevé al CIADI como foro de solución de controversias para resolver sobre las violaciones contractuales.

En la práctica, los mismos hechos violatorios pueden dar origen a dos acciones distintas. Es decir, pueden originarse acciones contractuales respecto al CEI y acciones convencionales, violatorias de algún AII de inversión. En este sentido, hay que tener presente que no cualquier violación contractual realizada por un Estado anfitrión constituye *per se* una violación al derecho internacional y viceversa.<sup>1249</sup>

Cuando existe un AII aplicable al caso concreto y este prevé el arbitraje internacional, en especial del CIADI, el inversor tiene la opción de acudir al tribunal internacional para dirimir sus controversias convencionales, siempre y cuando, estas controversias violen lo previsto en el AII, pero ¿puede someter el inversor las violaciones contractuales al tribunal arbitral del CIADI?

En ciertos casos, un tribunal internacional del CIADI, puede conocer de cuestiones contractuales; sin embargo, no es sencillo determinarlo. A pesar de la divergencia de criterios entre la doctrina y los tribunales arbitrales, los segundos han reconocido los derechos de las partes en el conflicto para someter cuestiones contractuales al arbitraje internacional basado en la violación de un tratado internacional en cuestión: 1) cuando una violación contractual equivalga a una violación al tratado,<sup>1250</sup> 2) a través de la

<sup>1247</sup> Fernández Masía, Enrique, *op. cit.*, p. 41.

<sup>1248</sup> Rábago Dorbecker, Miguel, *op. cit.*, pp. 22-38.

<sup>1249</sup> Véase: American Law Institute, *Restatement of the Law, Foreign Relations Law of the United States*, 1986, §712, Comment h, vol. 2, p. 201: “not every repudiation or breach by a state of a contract with a foreign national constitutes a violation of international law”; Fernández Masía, Enrique, *op. cit.*, p. 45, párr. 18. “es posible que un Estado pueda violar sus obligaciones contempladas en un TPPI y por tanto estar incurriendo en responsabilidad internacional sin considerarse que ha incumplido sus obligaciones contractuales de acuerdo al derecho interno y viceversa”.

<sup>1250</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal vs. República Argentina*, cit., decisión sobre anulación, 3 de julio de 2002. También citado como caso *Vivendi I*, párrs. 60, 108-111; *Salini vs. Marruecos*, cit., decisión a la jurisdicción, párr. 61; *Azurix vs. Argentina*, cit., decisión a la jurisdicción, 8 de diciembre de 2003, párr. 79; *Noble Ventures vs. Rumania*, cit., laudo,

aplicación de una cláusula amplia de solución de controversias contenida en el AII en cuestión,<sup>1251</sup> y 3) cuando exista una cláusula de cumplimiento de las obligaciones, mejor conocida como cláusula paraguas (*umbrella clause*).<sup>1252</sup>

Tras realizar la acotación anterior, se analizarán los casos donde se instó a un tribunal arbitral para conocer pretensiones contractuales a través de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida.

### B. *Salini vs. Jordania (decisión a la jurisdicción, 29 de noviembre del 2004)*

El caso *Salini vs. Jordania*,<sup>1253</sup> controversia originada en el marco del APPRI Italia-Jordania, resultó del conflicto entre dos compañías de origen italiano que formaron una *joint venture* en Jordania con la finalidad de tomar parte en una licitación pública y participar en un proyecto llamado “*Construction of the Karameh Dam Project*”. Las compañías presentaron la mejor oferta, de tal suerte que el 4 de noviembre de 1993 firmaron un contrato con el Ministerio de Aguas e Irrigación jordano (*Ministry of Water and Irrigation-Jordan*, en ade-

párr. 53; Cremades, Bernardo M., “Litigating Annulment Proceedings. The *Vivendi* Matter: Contract and Treaty Claims in: Annulment of ICSID Awards”, *IAI*, Washington, D. C., International Arbitration Series, núm. 1, 2004, pp. 87 y ss.; Fernández Masía, Enrique, *op. cit.*, pp. 40-52, párrs. 16-21.

<sup>1251</sup> *Salini vs. Marruecos*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 61; *SGS vs. Filipinas*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 131 y 132; *SGS vs. Pakistán*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 161 y 162; Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *op. cit.*, p. 244.

<sup>1252</sup> Alexandrov, Stanimir A., “Breaches of Contract and Breaches of Treaty. The jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to decide Breach of Contract Claims in *SGS vs. Pakistan* and *SGS vs. Philippines*”, *JWIT*, vol. 5, nr. 4, agosto de 2004, pp. 555 y ss.; Cremades, Bernardo M. y Cairns, David J. A., “Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes”, en Horn y Kröll (eds.) *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, *cit.*, pp. 325-351; Gaffney, John P. y Loftis, James L., “The ‘Effective Ordinary Meaning’ of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims”, *JWIT*, vol. 8, nr. 1, febrero de 2007, pp. 5-67; Gailard, Emmanuel, “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the *SGS* Cases Considered”, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Gran Bretaña, Cameron May, 2005, pp. 325 y ss.; Gallus, Nick, “An Umbrella just for Two? BIT Obligations Observance Clauses and the Parties to a Contract”, en *Arbitration International*, vol. 24, nr. 1, 2008, pp. 157 y ss.; Rodríguez Jiménez, Sonia, “¿Violaciones contractuales o convencionales? La tendencia en los tribunales arbitrales CIADI”, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Universidad Carlos III, Colex, 2006, pp. 573-596; Schreuer, Christoph H., “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – The *Vivendi I* Case Considered”, *cit.*; Wendlandt, Matthew, “*SGS vs. Philippines* and the Role of ICSID Tribunals in Investor-State Contract Disputes”, *Texas International Law Journal*, Texas, vol. 43, núm. 3, 2008, pp. 523-556.

<sup>1253</sup> *Salini vs. Jordania*, *cit.*, decisión a la jurisdicción (Guillaume, Cremades, Sinclair).

lante Entidad de Aguas jordana). El trabajo fue completado en octubre de 1997. Salini presentó su *estado de cuenta* sobre el monto final utilizado para la construcción, el cual ascendió a 28 millones de dólares estadounidenses. Sin embargo, Jordania únicamente estaba dispuesta a pagar 33,759.54 dinares jordanos (el equivalente a 49,140 dólares estadounidenses).<sup>1254</sup>

Según la demandante, tras múltiples esfuerzos para llegar a un acuerdo amistoso sobre el monto que liquidaría Jordania a Salini por la realización del proyecto, la demandante recibió una carta del secretario general del Ministerio de Aguas e Irrigación jordano en la que comunicaba a Salini, entre otras cosas, que la demandada no estaba dispuesta a pagar monto alguno que excediera los 33,759.54 dinares jordanos.<sup>1255</sup>

Para fortuna de Salini, el APPRI Italia-Jordania fue firmado el 21 de julio de 1996 y entró en vigor el 17 de enero del 2000.<sup>1256</sup> Con escrito fechado el 12 de diciembre del 2001 Salini notificó a la demandada que había violado el APPRI Italia-Jordania, y debido a que no fue posible llegar a un acuerdo amistoso, esta sometería su controversia ante el CIADI de conformidad con el artículo 9o. (3) (b) del APPRI Italia-Jordania.<sup>1257</sup>

Este caso es muy interesante pues encierra diferentes cuestiones controvertidas en la práctica y la doctrina del arbitraje internacional en materia de inversiones, por ejemplo, el tema de aplicación de la cláusula paraguas (*umbrella clause*) y su utilización con la finalidad de que el tribunal arbitral conozca de pretensiones contractuales.<sup>1258</sup> Por otra parte, toda la argumentación presentada por Salini persigue un solo fin: Salini pretendió a toda costa que

<sup>1254</sup> *Ibidem*, párrs. 14 y 15.

<sup>1255</sup> *Ibidem*, párrs. 16 y 17.

<sup>1256</sup> Agreement Between the Government of the Hashemite Kingdom of Jordan and the Government of the Italian Republic on the Promotion and Protection of Investments, firmado el 21 de julio de 1996, en vigor el 17 de enero de 2000. En adelante APPRI Italia-Jordania.

<sup>1257</sup> *Salini vs. Jordania, cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 17 y 19. APPRI Italia-Jordania, artículo 9o. "Settlement of Disputes between Investors and Contracting Parties. (3) In the event that such dispute cannot be settled amicably within six months from the date of the written application for settlement, the investor in question may submit at his choice the dispute for settlement to...

b) to the International Center for The Settlement of Investment Disputes (the Center)".

<sup>1258</sup> Queremos rescatar el tema de la aplicación de la llamada cláusula paraguas o *umbrella clause* y su utilización con la finalidad de que un tribunal arbitral conozca de cuestiones no únicamente convencionales, es decir, derivadas de la presunta violación de un APPRI, sino también contractuales. Por supuesto que los temas de pretensiones convencionales (*treaty claims*) y pretensiones contractuales (*contract claims*) también son materia del laudo que nos ocupa. Sin duda alguna su análisis es materia suficiente para dedicarle un estudio en particular. Véase *Salini vs. Jordania, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 64 "(d) whether Article 3(1) of the

el tribunal arbitral conociera de las cuestiones contractuales que derivaron del contrato de construcción celebrado con la Entidad de Aguas jordana.

Respecto al análisis de la aplicación de la CNMF, para definir si a través de la aplicación de dicho precepto el tribunal arbitral pudo conocer de cuestiones contractuales, el tribunal hizo notar que la demandante presentó dos tipos de pretensiones: por un lado, las violatorias del contrato de fecha 4 de noviembre de 1993 (*contract claims*); por el otro, las derivadas del APPRI Italia-Jordania (*treaty claims*).<sup>1259</sup> Además, este destacó tanto la cláusula de solución de controversias contenida en el APPRI Italia-Jordania contenida en el artículo 9o., como la contenida en el contrato de construcción.<sup>1260</sup> El artículo 9o. prevé lo siguiente:

Artículo 9o. Solución de Controversias entre un Inversor y un Estado Contratante.

1. Cualquier disputa que se origine entre una de las Partes Contratantes y el inversor de la otra Parte Contratante en inversiones, incluidas las disputas relativas al monto de compensación, deberán ser resueltas amigablemente, en la medida de lo posible.

2. En caso de que el inversor y una entidad de la parte contratante hayan estipulado un Acuerdo de Inversión, el procedimiento previsto en dicho Acuerdo de Inversión deberá aplicar.

3. En el caso de que dicha disputa no pueda ser resuelta amigablemente dentro de seis meses contados a partir de la fecha de la notificación escrita para la solución, el inversor en cuestión puede someter a su elección para la solución de la controversia a:

- a. La corte del Estado Contratante que tenga jurisdicción territorial;
- b. Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el Centro).<sup>1261</sup>

*BIT (most favoured nation clause) gives jurisdiction to the Tribunal, in particular with respect to contractual claims*”, párrs. 120-130.

<sup>1259</sup> *Salini vs. Jordania, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 68.

<sup>1260</sup> Para conocer el contenido completo de las cláusulas 67.1, 67.2, 67.3 y 67.4 véase *Salini vs. Jordania, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 71.

<sup>1261</sup> APPRI Italia-Jordania, *cf.* orig. “article 9. Settlement of Disputes between Investors and Contracting Parties

1. Any disputes which may arise between one of the Contracting Parties and the investors of the other Contracting Party on investments, including disputes relating to the amount of compensation, shall be settled amicably, as far as possible.

2. In case the investor and an entity of the Contracting Parties have stipulated an investment Agreement, the procedure foreseen in such investment Agreement shall apply.

3. In the event that such dispute cannot be settled amicably within six months from the date of the written application for settlement, the investor in question may submit at his choice the dispute for settlement to:

Salini intentó persuadir al tribunal arbitral para que el segundo resolviera que el artículo 9o. (2) del APPRI italo-jordano solo aplicaba a procedimientos para la resolución amistosa de conflictos. Por el contrario, el tribunal arbitral señaló que dicho párrafo fue incorporado en el precepto relativo a la solución de controversias inversor-Estado en general. Dicho párrafo cubre “el procedimiento previsto en el Acuerdo de Inversión estipulado entre un inversor y una entidad de un Estado Contratante”. En este orden de ideas, el tribunal arbitral señaló que este tipo de procedimiento generalmente consta de diversos pasos interconectados unos con otros, el último de ellos será recurrir a las cortes o al arbitraje. En el caso que nos ocupa, la cláusula 67 del Acuerdo de Inversión o contrato de construcción contiene los siguientes pasos: (1) la disputa debe ser referida al ingeniero apuntado señalado por Jordania, (2) el ingeniero debe tomar una decisión al respecto, (3) debe existir una nota de inicio de litigio o arbitraje, (4) se debe intentar resolver la controversia amigablemente, en caso de no funcionar, (5) comenzar litigio o arbitraje. Según el tribunal arbitral el artículo 9o. (2) del APPRI Italia-Jordania cubre dichos pasos.<sup>1262</sup>

El tribunal criticó la interpretación sostenida por Salini respecto al artículo 9o. (2) del APPRI que nos ocupa, y agregó: “los argumentos trazados por las demandantes sobre el contexto no pueden prevalecer sobre el texto mismo”.<sup>1263</sup> El tribunal señaló que si bien el artículo 9o. (2) del APPRI representaba una excepción a las cláusulas de solución de controversias estándar, no podía interpretarse como si ese párrafo aplicara únicamente a la solución de controversias amistosas. En todo caso dicho precepto también podía interpretarse como aplicable únicamente al artículo 9o. (3). Además, podría considerarse que el artículo 9o. (2) aplica a ambas, es decir, tanto a la solución amistosa como a la solución ante las cortes o al arbitraje. En efecto, el tribunal arbitral reconoce que el artículo 9o. (2) es una cláusula excepcional incluida en el APPRI que nos ocupa.<sup>1264</sup> El tribunal finaliza dicho razonamiento y añade: “la intención común de las Partes está reflejada en este texto claro que el tribunal tiene que aplicar”.<sup>1265</sup>

Tras comprobar que la controversia en cuestión se había tratado de una originada en un acuerdo de inversión entre una entidad de Estado jordana

- a) the Contracting Party’s court having territorial-jurisdiction;
- b) To The International Center For The Settlement of Investment Disputes (the Center)”.

<sup>1262</sup> *Salini vs. Jordania*, cit., decisión a la jurisdicción, párr. 76.

<sup>1263</sup> *Ibidem*, párr. 77, *cfi.* orig. “the arguments drawn by the Claimants from the context cannot prevail over the text itself”.

<sup>1264</sup> *Ibidem*, párrs. 77-79.

<sup>1265</sup> *Ibidem*, párr. 79.

y Salini,<sup>1266</sup> el tribunal señaló que la controversia encuadraba en el artículo 9o. (2) del APPRI italo-jordano. Así lo señaló el tribunal arbitral:

...un contrato de inversión fue celebrado entre la Jordanian Valley Authority, una entidad del Estado jordano, con las demandantes. Por tanto, el artículo 9o. (2) no priva al tribunal de la jurisdicción que podría tener de conformidad con el ámbito de aplicación de otra disposición del APPRI para considerar pretensiones convencionales. Por consiguiente, aplica el procedimiento previsto en el Acuerdo de Inversión.<sup>1267</sup>

Respecto a la CNMF las demandantes invocaron el artículo 3o. del APPRI Italia-Jordania<sup>1268</sup> como una estrategia alterna para que el tribunal conociera sobre las pretensiones contractuales.

El tribunal observó que las circunstancias en el caso *Salini vs. Jordania* eran diferentes a las planteadas en el caso *Maffezini vs. España*. Con justa razón el tribunal declaró que únicamente podía conocer de pretensiones convencionales, es decir, las basadas en la violación de alguna norma contenida en el APPRI Italia-Jordania, pues estas eran las consentidas por las partes para ser sometidas al CIADI. El tribunal arbitral agregó que el artículo 3o. del APPRI Italo-jordano no incluye disposición alguna que extienda su aplicación a disposiciones relativas a la solución de controversias. Este precepto no prevé “todos los derechos o materias cubiertas por el Acuerdo”.<sup>1269</sup> Es más, no existe indicio alguno de las partes que pudiera ser interpretado

<sup>1266</sup> *Ibidem*, párrs. 80-92.

<sup>1267</sup> *Ibidem*, párr. 92, *cf.* orig. “an investment Contract was concluded between the Jordanian Valley Authority, an entity of the Jordanian State, with the Claimants. Therefore Article 9(2) does not deprive the Tribunal of the jurisdiction it may have under other provisions of the BIT to entertain such treaty claims. The procedure foreseen in the investment Agreement accordingly applies”.

<sup>1268</sup> APPRI Italia-Jordania, artículo 3o., “National Treatment and Most Favoured Nation Clause

1. Both Contracting Parties, within the bounds of their own territory, shall grant investments effected by, and the income accruing to, investors of the other Contracting Party no less favourable treatment than that accorded to investments effected by, and income accruing to, its own nationals or investors of Third States.

2. In case, from the legislation of one of the Contracting Parties, or from the international obligations in force or that may come into force for the future for one of the Contracting Parties, should come out a legal framework according to which the investors of the other Contracting Party would be granted a more favourable treatment than the one foreseen in this Agreement, the treatment granted to the investors of such other Parties will apply also for outstanding relationships”.

<sup>1269</sup> Con ello hizo referencia a los casos *Maffezini vs. España* y *Ambatielos*, donde sí existieron CNMF redactadas en este sentido.

como la intención común de estas para que la CNMF aplicara a la solución de controversias. Por el contrario, de conformidad con el artículo 9o. (2) del APPRI italo-jordano la intención de las partes fue excluir de la jurisdicción del CIADI controversias contractuales entre un inversor y una entidad de Estado de una de las partes contratantes con la finalidad de que dichas disputas fueran resueltas de conformidad con el procedimiento previsto en el Acuerdo de Inversión correspondiente (es decir, en el contrato de construcción). Finalmente, las demandantes no citaron práctica alguna jordana o italiana que sustentara sus pretensiones.<sup>1270</sup> Así, el tribunal concluyó que el artículo 3o. del APPRI Italia-Jordania no es aplicable a la cláusula de solución de controversias. Por tanto, las disputas previstas en el artículo 9o. (1) del APPRI en cuestión deben ser resueltas de conformidad con dicho precepto. Así, cuando una disputa sea entre un inversor y una entidad del Estado jordano, las diferencias contractuales deben ser resueltas de conformidad con el artículo 9o. (2), es decir, bajo el procedimiento previsto en el propio Acuerdo de Inversión. En consecuencia, el tribunal arbitral declinó su competencia para conocer de ellas.<sup>1271</sup>

A pesar de que el tribunal arbitral en el caso *Salini vs. Jordania* no mencionó la Regla de Interpretación derivada de la Convención de Viena, su metodología interpretativa la sigue. Sin duda alguna, el tribunal arbitral instó por una interpretación mucho más restrictiva de la CNMF pues negó su aplicación a disposiciones relativas a la solución de controversias. El tribunal arbitral realizó una diferenciación clara entre la redacción más amplia de la CNMF contenida en el APPRI Argentina-España del caso *Maffezini vs. España* de la contenida en el APPRI Italia-Jordania en su artículo 3o. (1) y (2). El método teleológico de interpretación fue empleado de manera moderada por el tribunal arbitral puesto que en la argumentación de este no existió presunción alguna sobre la intención de las partes.

Finalmente, el tribunal arbitral citó la jurisprudencia relevante derivada de los casos *Anglo Iranian Oil Company*, *Caso Concerniente a los Derechos de los Nacionales de USA en Marruecos* y el multicitado caso *Ambatielos*.<sup>1272</sup> Además, analizó el caso *Maffezini vs. España*<sup>1273</sup> y comparó el caso *Salini vs. Jordania* con este, al tiempo que instó sobre la prudencia acerca de su interpretación, pues una mala interpretación del caso *Maffezini vs. España* puede derivar en riesgo de *treaty shopping*.<sup>1274</sup>

<sup>1270</sup> *Salini vs. Jordania*, cit., decisión a la jurisdicción, párr. 118.

<sup>1271</sup> *Ibidem*, párr. 119.

<sup>1272</sup> *Ibidem*, párrs. 106-112.

<sup>1273</sup> *Ibidem*, párrs. 113-116.

<sup>1274</sup> *Ibidem*, párr. 115.

C. Impregilo vs. Pakistán (decisión a la jurisdicción, 22 de abril de 2005)

La controversia *Impregilo vs. Pakistán*<sup>1275</sup> se suscitó entre Impregilo S.p.A. (Impregilo) una compañía italiana y Pakistán en el marco del APPRI Italia-Pakistán.<sup>1276</sup> El caso es por demás complejo pues se desarrolló en el marco de una *joint venture* e involucra diversos derechos contractuales derivados de contratos internacionales de Estado celebrados entre la *joint venture* conformada en abril de 1995 bajo el derecho suizo llamada *Ghazi-Barotha Contractors* (GBC en adelante) y una entidad de Estado del Gobierno pakistaní.

Según la demandante se formó una *joint venture* GBC con la finalidad de preparar la solicitud, concursar y en su caso obtener la adjudicación de una licitación pública destinada a la construcción de una planta hidroeléctrica en Pakistán. Dicho proyecto fue llamado *Ghazi-Barotha Hydropower* (en adelante referido como el Proyecto). El Proyecto está ubicado inmediatamente río abajo de la represa Tarbela en el río Indus, situado en el norte de Pakistán.<sup>1277</sup>

GBG está compuesta por cinco empresas (dos pakistaníes, una alemana, una francesa e Impregilo). Impregilo fue elegida como líder de la *joint venture*. En este contexto se celebraron dos contratos entre GBC y la autoridad de aguas pakistaní, la *Pakistan Water and Power Development Authority* (WAPDA en adelante). El primer contrato, “C-01”, fue celebrado para la construcción de una barrera río abajo de la presa Tarbela que controlaría el cauce del río Indus. El segundo contrato, “C-02”, celebrado para la construcción de un canal de 52 kilómetros que conduciría el agua de la barrera a la central (*powerhouse*), así como la construcción de cuarenta y siete estructuras de puente, un puente ferroviario y treinta estructuras de drenaje. Ambos contratos fueron valuados en aproximadamente 500 millones de dólares. El desarrollo de los contratos estuvo controlado por un ingeniero, que actuaba como un agente de WAPDA. *Pakistan Hydro Consultants* (PHC o el “ingeniero” en adelante) fue seleccionado por WAPDA para realizar esta actividad.<sup>1278</sup>

Según Impregilo fueron cometidas una serie de presuntas anomalías por WAPDA en contra de Impregilo a través del ingeniero.<sup>1279</sup> El ingeniero rechazó la mayoría de las pretensiones de GBC e Impregilo así como las

<sup>1275</sup> *Impregilo vs. Pakistán, cit.*, decisión a la jurisdicción (Guillaume, Cremades, Landau).

<sup>1276</sup> Agreement between the Government of the Italian Republic and the Government of the Islamic Republic of Pakistan on The Promotion and Protection of Investments, firmado el 19 de julio de 1997, en vigor el 22 de junio de 2000, en adelante APPRI Italia-Pakistán.

<sup>1277</sup> *Impregilo vs. Pakistán, cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 8 y 9.

<sup>1278</sup> *Ibidem*, párrs. 10, 11, 13 y 14.

<sup>1279</sup> *Ibidem*, párrs. 15-25.

reclamaciones por supuestos pagos adicionales erogados por Impregilo. En consecuencia, WAPDA rechazó pagar a GBC casi todos esos costos.<sup>1280</sup>

Por tal razón, Impregilo presentó su reclamación ante el Centro y arguyó que el tribunal contaba con jurisdicción para conocer de la controversia conforme al artículo 9o. del APPRI Italia-Pakistán y el artículo 25 (1) del Convenio de Washington.<sup>1281</sup>

Respecto a la jurisdicción *ratione personae*, Impregilo arguyó que este es un inversor italiano para los efectos del APPRI que nos ocupa y que en su calidad de líder de la *joint venture* este tiene derecho a representar a GBC en todas las materias relacionadas con los contratos en disputa. De este modo, Impregilo pretendió someter la controversia ante el Centro en nombre de las cinco empresas que participaban en la *joint venture*, es decir, de GBC en su conjunto.<sup>1282</sup> Como era de esperarse, el tribunal arbitral realizó una intensa prueba sobre la naturaleza jurídica de GBC, la cual era una *joint venture*.<sup>1283</sup> Impregilo era la empresa dominante de la *joint venture* con 57.80% de esta. Además, el contrato de la *joint venture* (JVA) prevé detalladamente la organización y estructura interna de la *joint venture*, en su cláusula 32.1 establece: “Este acuerdo no constituye una sociedad o cualquier otra forma de compañía permanente u organización entre las partes de conformidad con cualquier derecho aplicable”.<sup>1284</sup>

Además, el derecho suizo no contiene un régimen jurídico especial para la *joint venture*. Por tanto, esta se regula de conformidad con las disposiciones aplicables a las sociedades (*sociétés*). De acuerdo con el artículo 530 (2) del código suizo de obligaciones (*Code des Obligations*), GBC es clasificada como una sociedad simple (*société simple*). Como tal, GBC no tiene personalidad jurídica conforme al derecho suizo.<sup>1285</sup> En este orden de ideas, GBC tampoco está investido de personalidad jurídica bajo el derecho pakistaní.<sup>1286</sup> En consecuencia, el tribunal decidió que cada una de las empresas debía comenzar una acción en lo particular puesto que GBC no es una persona jurídica en el sentido del artículo 25 (1) del Convenio de Washington; además el consentimiento otorgado en el APPRI en cuestión tampoco cubre las pretensiones de GBC,<sup>1287</sup> de tal modo que cada empresa de GBC debe re-

<sup>1280</sup> *Ibidem*, párr. 18.

<sup>1281</sup> *Ibidem*, párr. 26.

<sup>1282</sup> *Ibidem*, párr. 27.

<sup>1283</sup> *Ibidem*, párr. 115.

<sup>1284</sup> *Ibidem*, párr. 117, *cf.* orig. “this Agreement does not constitute a partnership or other form of permanent company or organization between the Parties under any applicable law”.

<sup>1285</sup> *Ibidem*, párr. 119.

<sup>1286</sup> *Ibidem*, párr. 121.

<sup>1287</sup> *Ibidem*, párr. 131-134.

clamar en lo individual contra Pakistán.<sup>1288</sup> Cada miembro de la *joint venture* debe reclamar sus presuntos daños a Pakistán como nacional del Estado al que pertenece, si es que cuentan con un AII para ello, con el fin de poder calificar como nacional de conformidad con el artículo 25 (1) del Convenio de Washington.<sup>1289</sup> En este orden de ideas el tribunal sostuvo:

Como lo anotó Pakistán, esta conclusión va en el sentido de cierto número de decisiones del tribunales del CIADI, así como otras cortes internacionales y tribunales arbitrales. En efecto, hay un principio de derecho internacional establecido que un accionista de una compañía o un miembro de una sociedad o *joint venture*, no puede demandar por la totalidad de las pérdidas sufridas a la totalidad de la sociedad o grupo.<sup>1290</sup>

Finalmente, el tribunal concluyó que tenía jurisdicción *ratione personae* sobre las pretensiones de Impregilo, en la medida en que dichas pretensiones ocupen las alegadas pérdidas, siendo proporcionales a su participación en la *joint venture*.<sup>1291</sup>

Respecto a la jurisdicción *ratione materiae* Impregilo sostuvo que la controversia era “una diferencia de naturaleza jurídica que surge directamente de una inversión” y agregó que los derechos y activos que tiene en Pakistán son inversiones en el sentido del artículo 25 (1) del Convenio y el artículo 1o. (1) del APPRI Italia-Pakistán. Impregilo aseguró que Pakistán violó y continúa violando ambos contratos (el C-01 y C-02), así como diversos derechos conferidos a este por el APPRI Italia-Pakistán.<sup>1292</sup>

Es importante señalar que los contratos contenían cláusulas de solución de controversias. De conformidad con estas, las diferencias deberán someterse al ingeniero, el cual rendirá una decisión dentro de un periodo de 28 días. Si cualquier parte estuviera inconforme con dicha decisión, esta será sometida a un consejo de revisión “*Disputes Review Board (DRB)*” dentro de 14 días. Dicho consejo se compondrá por tres miembros, uno seleccionado por GBC, uno por WAPDA y el tercero, quien presidirá el consejo, será nombrado por los dos miembros del tribunal con aprobación de las partes

<sup>1288</sup> *Ibidem*, párr. 135.

<sup>1289</sup> *Ibidem*, párr. 136

<sup>1290</sup> *Ibidem*, párr. 154, *cf.* orig. “as Pakistan has pointed out, this conclusion is in line with a number of decisions of ICSID tribunals, as well as other international courts and arbitral tribunals. Indeed, there is an established principle of international law that a shareholder of a company, or one member of a partnership or joint venture, may not claim for the entire loss suffered by the corporate entity or group”.

<sup>1291</sup> *Ibidem*, párr. 184 y 316 inciso (a).

<sup>1292</sup> *Ibidem*, párr. 30.

contendientes. Si cualquier parte estuviera inconforme con la recomendación del comité, se comenzará un arbitraje en Lahore dentro de 14 días.<sup>1293</sup>

Respecto a la aplicación de la CNMF para atraer derechos adjetivos contenidos en la cláusula de solución de controversias, Impregilo intentó persuadir al tribunal arbitral para que este conociera de las pretensiones contractuales (*contract claims*) derivadas de los dos contratos celebrados entre Impregilo y la WAPDA. Impregilo señaló en su memorial una serie de presuntas violaciones a los dos contratos (*contract claims*).<sup>1294</sup> A diferencia de otros APPRIs celebrados por Pakistán, el APPRI Italia-Pakistán no contiene una cláusula de “cumplimiento de las obligaciones”, también conocida como “cláusula paraguas o *umbrella clause*”, de tal suerte que Impregilo centró su estrategia para persuadir al tribunal arbitral para conocer de pretensiones contractuales (*contract claims*) en la interpretación y aplicación de los artículos 3o. y 9o. del APPRI Italia-Pakistán cuyas partes relevantes disponen:

Artículo 3o. Trato nacional y cláusula de la nación más favorecida.

1. Ambas Partes Contratantes, dentro de los límites de su propio territorio, deberán ofrecer a inversiones realizadas por, y a los ingresos acumulados de, inversores de la otra Parte Contratante un trato no menos favorable que aquel otorgado a las inversiones realizadas por, y a los ingresos acumulados de, sus propios nacionales o inversores de terceros Estados.<sup>1295</sup>

Artículo 9o. Solución de controversias entre inversores y la Parte Contratante.

1. Cualquier controversia originada entre una Parte Contratante y el inversor de la otra, incluyendo controversias relativas a la compensación por

<sup>1293</sup> *Ibidem*, párr. 20.

<sup>1294</sup> *Ibidem*, párr. 186.

<sup>1295</sup> APPRI Italia-Pakistán, artículo 3o., *cf.* orig., “National treatment and the most favoured nation clause.”

1. Both Contracting Parties, within the bounds of their own territory, shall offer investments effected by, and the income accruing to, investors of the other Contracting Party no less favorable treatment than that accorded to investments effected by, and income accruing to, its own national or investors of third States.

2. The treatment accorded to the activities connected with the investment of investors of either Contracting Party shall not be less favourable than that accorded to similar activities connected with investments made by their own investors or by investors of any Third country.

3. The provisions of paragraphs 1 and 2 of this Article do not apply to any advantages or privileges which one Contracting Party grants or may grant at some future time to Third States by virtue of its membership in Custom or Economic Unions, Common Market associations, Free Trade Areas regional or sub-regional Agreements, international multilateral economic Agreements, or economic Agreements entered into in order to prevent double taxation or to facilitate cross-border trade”.

expropiación, nacionalización, requerimiento o medidas similares, y controversias relativas al monto de los pagos relevantes, deben ser resueltas amigablemente en la medida de lo posible.

2. En caso de que una controversia de este tipo no pueda ser resuelta amigablemente dentro de seis meses de la fecha de la solicitud por escrito, el inversor en cuestión puede someter su controversia, a su discreción, para su solución a...

(c) el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, ...el Convenio de Washington del 18 de marzo de 1965...<sup>1296</sup>

La demandante primero se basó en la aplicación del artículo 9o. del APPRI Italia-Pakistán el cual prevé que un inversor puede activar el mecanismo de solución de controversias para resolver “cualquier controversia originada entre una Parte Contratante y un inversor de la otra”.<sup>1297</sup> Impregilo arguyó que la frase “cualquier controversia” era lo suficientemente amplia para que esta no solo cubriera las controversias relativas a las violaciones convencionales (del APPRI Italia-Pakistán), sino cualquier controversia originada entre una parte contratante y el inversor de la otra parte contratante, incluyendo controversias por presuntas violaciones contractuales (*contract claims*).<sup>1298</sup> La argumentación de Impregilo fue que los actos alejados y omisiones realizadas por WAPDA, el ingeniero y otras autoridades gubernamentales pakistaníes, habían originado reclamos contra WAPDA, de conformidad con los contratos. Dichos reclamos contractuales, según Impregilo, son actos contra el Estado de Pakistán en el presente procedimiento con base en que WAPDA es un órgano del Gobierno pakistaní cuyas

<sup>1296</sup> APPRI Italia-Pakistán, artículo 9o., *cf.* orig., “settlement of disputes between investors and the contracting party.

1. Any disputes arising between a Contracting Party and the investors of the other, including disputes relating to compensation for expropriation, nationalization, requisition or similar measures, and disputes relating to the amount of the relevant payments, shall be settled amicably, as far as possible.

2. In the case that such a dispute cannot be settled amicably within six months of the date of a written application, the investor in question may submit the dispute, at his discretion, for settlement to:

(a) the Contracting Party’s Court, at all instances, having territorial jurisdiction;

(b) an ad hoc Arbitration Tribunal in accordance with the Arbitration Rules of the ‘UN Commission on International Trade Law’ (UNCITRAL).

(c) the ‘International Centre for the Settlement of Investment Disputes’, for the application of the arbitration procedures provided by the Washington Convention of 18th March 1965 on the ‘settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States’, whenever, or as soon as both Contracting Parties have validly acceded to it”.

<sup>1297</sup> APPRI Italia-Pakistán, artículo 9o.

<sup>1298</sup> *Impregilo vs. Pakistán*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 189.

acciones y omisiones son atribuibles a Pakistán según el derecho internacional.<sup>1299</sup> Por supuesto que Pakistán no estuvo de acuerdo con esta visión. Según Pakistán el tribunal arbitral carecía de jurisdicción para conocer de las violaciones contractuales puesto que WAPDA, y no Pakistán, es parte de los contratos. Pakistán arguyó que WAPDA es un cuerpo corporativo distinto del Estado de Pakistán y que el Estado no puede ser responsable por violaciones de los contratos celebrados por WAPDA.

En este escenario el tribunal arbitral analizó los siguientes cuestionamientos: (1) si el artículo 9o. del APPRI Italia-Pakistán cubre controversias entre Impregilo y Pakistán originadas de la implementación de los contratos celebrados entre GBC y WAPDA; (2) si en caso de que el artículo 9o. no se extienda a dichas disputas el tribunal tiene jurisdicción para conocerlas en virtud de la CNMF, contenida en el artículo 3o. del APPRI en cuestión; (3) si el tribunal tiene jurisdicción sobre las pretensiones contractuales de Impregilo en virtud de los artículos 9o. y 3o. del APPRI, si la existencia de las disposiciones relativas a solución de controversias contenidas en los contratos privan al tribunal arbitral de dicha jurisdicción, o vuelve inadmisibles las pretensiones contractuales.

- a. El artículo 9o. del APPRI Italia-Pakistán no cubre controversias entre Impregilo y Pakistán originadas de la implementación de los contratos celebrados entre GBC y WAPDA (*contract claims*)

El tribunal arbitral recordó que los contratos “C-1” y “C-2” fueron celebrados por WAPDA, no por Pakistán, por tanto, decidió precisar acerca del estatus de dicha autoridad y determinar las consecuencias legales de dicha condición.<sup>1300</sup> Tras realizar un análisis acerca de la situación jurídica de WAPDA, en el esquema de organización del Estado pakistaní,<sup>1301</sup> el tribunal arbitral sostuvo que:

...no obstante que el Gobierno de Pakistán ejerce un control estricto en WAPDA a la luz de los términos de la ley de 1958 que la crea [WAPDA fue creada por la *Pakistan Water and Power Development Authority Act* de 1958], el tribunal considera que WAPDA es propiamente caracterizada como un cuerpo corporativamente autónomo, legal y financieramente distinto de Pakistán.<sup>1302</sup>

<sup>1299</sup> *Ibidem*, párr. 190.

<sup>1300</sup> *Ibidem*, párr. 198.

<sup>1301</sup> *Ibidem*, párrs. 199-208.

<sup>1302</sup> *Ibidem*, párrs. 200 y 209.

Por otra parte, el tribunal recordó que muchos de los argumentos presentados por Impregilo son relativos a la responsabilidad internacional de los Estados en derecho internacional, así como su atribución. Sin embargo, este acotó que existe una diferencia clara entre la responsabilidad de un Estado por la conducta de una entidad que viola el derecho internacional (por ejemplo un tratado) y la responsabilidad de un Estado por la conducta de una de sus entidades que viola el derecho contractual municipal (por ejemplo, las pretensiones contractuales de Impregilo).<sup>1303</sup> Así, el tribunal arbitral concluyó que el artículo 9o. del APPRI Italia-Pakistán únicamente cubre “disputas originadas entre una Parte Contratante y el inversor de la otra”.<sup>1304</sup>

El tribunal rechazó el argumento de la demandante porque la WAPDA no era una parte contratante para los efectos del artículo 9o., el cual limitaba su jurisdicción a disputas entre una “Parte Contratante y el Inversor”.

b. A través del uso de la CNMF contenida en el artículo 3o.  
el tribunal arbitral no puede conocer de violaciones  
contractuales (*contract claims*)

Al buscar una estrategia alterna para su defensa, Impregilo invocó la protección del artículo 3o. (2) del APPRI Italia-Pakistán, el cual contiene la CNMF. Además, Impregilo arguyó que Pakistán ha ofrecido la protección de cláusulas de cumplimiento de las obligaciones (cláusulas paraguas) bajo otros APPRIs y que Impregilo gozaba de esa protección a través de la operación de la CNMF contenida en el APPRI Italia-Pakistán. De acuerdo con la demandante, Pakistán está obligado a extender la misma protección otorgada para el cumplimiento de obligaciones contractuales contenida en el artículo 11 del APPRI Suiza-Pakistán<sup>1305</sup> al tratado base.

Al respecto, el Tribunal encontró que incluso si Impregilo pudiera invocar la protección de la cláusula de cumplimiento de las obligaciones (cláusula paraguas) a través del uso de la CNMF, la cláusula no ofrecería protec-

<sup>1303</sup> *Ibidem*, párr. 210. Véase respecto a la responsabilidad de Estado por actos de entidades de Estado organizadas en forma de corporación a Chalmers, Jane, *op. cit.*, pp. 60-62; Kene Omalu, Mirian, *op. cit.*, pp. 145 y 146.

<sup>1304</sup> *Ibidem*, párr. 211.

<sup>1305</sup> Accord entre la Confédération suisse et la République islamique du Pakistan concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, celebrado el 11 de julio de 1995, en vigor el 6 de mayo de 1996. También citado como APPRI Suiza-Pakistán, artículo 11. “Respect des engagements. Chacune des Parties Contractantes assure à tout moment le respect des engagements assumés par elle à l’égard des investissements des investisseurs de l’autre Partie Contractante”.

ción alguna; al respecto el tribunal apunto: “aun aceptando que Pakistán, a través de la CNMF y el APPRI Suiza-Pakistán, garantizara la observancia de obligaciones contractuales que asumieron junto con los inversores italianos, dicha garantía no cubre los presentes contratos dado que éstos son acuerdos los cuales éste no ha asumido, los contratos fueron celebrados por una entidad distinta y separada”.<sup>1306</sup> En este orden de ideas, el tribunal refuló la acción de Impregilo basada en la misma razón por la cual el tribunal rechazó la acción bajo el artículo 9o.: el contrato de Impregilo fue celebrado con una entidad estatal, el WAPDA, y no con el Estado mismo.

Es interesante observar que el beneficio de la CNMF se vea truncado con el argumento de que “no fue el Estado mismo el que se comprometió con un inversor, sino que fue a través de una de sus entidades de Estado”. En nuestra opinión, el tribunal arbitral debió argumentar acerca del alcance del contenido del propio tratado base, es decir, que existe una limitante basada en el ámbito de aplicación del APPRI Italia-Pakistán. En otras palabras, no puede invocarse el beneficio de una cláusula contenida en el tratado referencia (la cláusula paraguas contenida en el artículo 11 del APPRI Suiza-Pakistán) relacionada con un tema que no esté regulado en el propio tratado base.

En consecuencia, el tribunal declaró su incompetencia *ratione materiae* sobre las reclamaciones contractuales de Impregilo.<sup>1307</sup>

## II. SUBSUNCIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN BASADA EN LAS CORRIENTES *MAFFEZINI* Y *PLAMA* – ATRACCIÓN DE DISPOSICIONES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS A TRAVÉS DE LA CNMF

Para responder la pregunta sobre si la CNMF es aplicable a derechos adjetivos contenidos en la cláusula de solución de controversias debemos, en primera instancia, alejarnos del argumento expresado por varios tribunales arbitrales según el cual el beneficio de dicha extensión se pretende adjudicar a una cuestión tan general como la contenida en un sinnúmero de preámbulos de diferentes APPRIs, los cuales expresan generalmente que la finalidad primordial que persiguen es “la promoción y protección de las inversiones”.<sup>1308</sup>

<sup>1306</sup> *Impregilo vs. Pakistán, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 223.

<sup>1307</sup> *Ibidem*, párrs. 291, inciso (a) y 316, inciso (b).

<sup>1308</sup> Véase por ejemplo *Siemens vs. Argentina, cit.* decisión a la jurisdicción, párr. 81; *Renta 4 vs. Rusia, cit.*, SCC, laudo sobre jurisdicción, párr. 90; Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims, cit.*, párr. 669.

Es cierto que con esta finalidad son celebrados la gran mayoría de los APPRI y otros AII; sin embargo, un argumento tan vago y general en su formulación resulta insuficiente para decidir sobre un caso particular.

Observamos que en los casos en los que se adoptó esta sección del APPRI como premisa para resolver la cuestión que nos compete, indudable y vagamente condujo a una respuesta afirmativa respecto a la extensión de la protección de la CNMF a derechos adjetivos.

Sin duda alguna, sostener la premisa “perseguir la promoción y protección de las inversiones” como cuerpo de análisis nos llevará a una respuesta afirmativa en todos los casos. Es por ello que debemos ser cautelosos y rechazamos el uso aislado de este argumento para responder la interrogante que nos ocupa.

#### 1. *El caso Ambatielos – error en su interpretación y supuestos jurídicos* (Maffezini vs. España)

Es necesario interpretar lo resuelto por la Comisión de Arbitraje en el caso *Ambatielos*; esta falló en *abstracto* que el ámbito de aplicación de la CNMF relativa a materias de “comercio y navegación” podría abarcar la “administración de justicia”. Así, es indispensable determinar si el ámbito de aplicación de la CNMF abarca el marco jurisdiccional para la sumisión de pretensiones al arbitraje internacional.<sup>1309</sup>

Como lo analizó el tribunal arbitral del caso *Plama vs. Bulgaria*<sup>1310</sup> el fallo de la Comisión de Arbitraje en el caso *Ambatielos* “se refiere a disposiciones relativas a la protección sustantiva en el sentido de denegación de justicia en las cortes domésticas. No se refiere a la importación de disposiciones de solución de controversia de otro tratado al tratado base”.<sup>1311</sup>

Sin embargo, en el 2000 el tribunal arbitral en el caso *Maffezini vs. España* dio una interpretación equívoca a lo dicho por la Comisión de Arbitraje del caso *Ambatielos* al decidir que

...la Comisión aceptó la extensión de la cláusula a materias relativas a la administración de justicia y consideró que ello era compatible con la regla *ejusdem generis*. Concluyó que la protección de los derechos de las personas dedi-

<sup>1309</sup> Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, cit., p. 355, párr. 659.

<sup>1310</sup> *Plama vs. Bulgaria*, cit., decisión a la jurisdicción.

<sup>1311</sup> *Ibidem*, párr. 215, *cfi.* orig., “the *Ambatielos* ruling] relates to provisions concerning substantive protection in the sense of denial of justice in domestic courts. It does not relate to the import of dispute resolution provisions of another treaty into the basic treaty”.

cadadas al comercio y la navegación mediante disposiciones sobre solución de controversias queda comprendida en el tratamiento general de los comerciantes cubiertos por la cláusula.<sup>1312</sup>

El tribunal *Maffezini vs. España* erró en la interpretación de lo decidido en el caso *Ambatielos*;<sup>1313</sup> la Comisión de Arbitraje de este caso no extendió la aplicación de la CNMF a disposiciones relativas a la solución de controversias. El Gobierno helénico pretendió ampliar la protección sustantiva otorgada a sus nacionales para que incluyera la “administración de justicia” frente a las cortes británicas. En ese sentido está formulada la decisión de la Comisión de Arbitraje pues esta tuvo que ver con el alcance de la protección sustantiva para el caso de denegación de justicia, no así, con disposiciones jurisdiccionales contenidas en el tratado base.

Como lo afirmó el tribunal arbitral en *Salini vs. Jordania*<sup>1314</sup>

...en este caso [Ambatielos] Grecia invocó la cláusula de la nación más favorecida con vista a proteger, a uno de sus nacionales, no la aplicación de una cláusula de solución de controversias, sino la aplicación de disposiciones sustantivas de tratados entre el Reino Unido y muchos otros países de conformidad con los cuales sus nacionales debían ser tratados de conformidad con ‘justicia’, ‘derecho’ y ‘equidad’. La solución adoptada por la Comisión de Arbitraje no puede, por tanto, ser directamente transportada en este caso específico.<sup>1315</sup>

Lamentamos que la mala interpretación realizada por el tribunal *Maffezini vs. España* respecto a la decisión de la Comisión de Arbitraje del caso *Ambatielos* haya sido retomada por distintos tribunales arbitrales subsecuentes así como por parte de la doctrina,<sup>1316</sup> tal como sucedió en el caso *Siemens vs. Argentina*,<sup>1317</sup> donde el tribunal arbitral apuntó que “la Demandada ha

<sup>1312</sup> *Maffezini vs. España*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 54.

<sup>1313</sup> McLachlan, Campbell *et al.*, *op. cit.* párr. 7.166.

<sup>1314</sup> *Salini vs. Jordania*, *cit.*, decisión a la jurisdicción.

<sup>1315</sup> *Ibidem*, párr. 112, *cf.* orig. “...in this case, Greece invoked the most-favored-nation clause with a view to securing, for one of its nationals, not the application of a dispute settlement clause, but the application of substantive provisions in treaties between the United Kingdom and several other countries under which their nationals were to be treated in accordance with ‘justice’, ‘right’ and ‘equity’. The solution adopted by the Arbitration Commission cannot therefore be directly transposed in this specific instance”.

<sup>1316</sup> Radi, Yannick, “The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the “Trojan Horse””, *EJIL*, núm. 18, 2007, pp. 764.

<sup>1317</sup> *Siemens vs. Argentina*, *cit.*, decisión a la jurisdicción.

alegado que, en *Ambatielos*, la administración de justicia se refiere a derechos procesales sustantivos como el trato justo y equitativo y no a cuestiones puramente jurisdiccionales. El Tribunal no encuentra ninguna base en el razonamiento de la Comisión para justificar tal distinción”.<sup>1318</sup> Finalmente, queremos recordar que en el *Caso Concerniente a los Derechos de los Nacionales de USA en Marruecos* y en el caso *Anglo-Iranian Oil Company* la CIJ rechazó la aplicación de la CNMF a cuestiones jurisdiccionales.

Aun asumiendo que la CNMF aplique a derechos adjetivos,<sup>1319</sup> es necesario determinar los límites a la jurisdicción del propio tribunal arbitral.

## 2. *El consentimiento a arbitraje debe estar plasmado de manera “clara e inequívoca”*

Otra condición *sine qua non* para extender la aplicación de la CNMF a las cláusulas de solución de controversias se deriva de la existencia de la intención clara e inequívoca de las partes de un AII.<sup>1320</sup> En palabras del tribunal arbitral del caso *Plama vs. Bulgaria*, el cual señaló respecto al acuerdo de arbitraje de las partes que “es un principio bien establecido, en derecho doméstico y en derecho internacional que un Acuerdo debe ser claro e inequívoco”<sup>1321</sup> de tal forma que “dudas como la intención clara e inequívoca de las partes pueden surgir si dicho acuerdo es alcanzado en incorporación por referencia”.<sup>1322</sup> Así lo decidió el tribunal *Plama vs. Bulgaria*, posición apoyada por parte de la doctrina<sup>1323</sup> a la cual nos adherimos. El tribunal en este caso señaló:

Al concluir un tratado de inversión multilateral o bilateral con disposiciones de solución de controversias específicas, los Estados no pueden esperar abandonar dichas disposiciones para el remplazo futuro a través de la operación

<sup>1318</sup> *Ibidem*, párr. 112.

<sup>1319</sup> *Hochtief vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 75.

<sup>1320</sup> *Plama vs. Bulgaria, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 204.

<sup>1321</sup> *Ibidem*, párr. 198.

<sup>1322</sup> *Ibidem*, párr. 199; véase también al respecto *Berschader vs. Rusia, SCC, cit.*, laudo, párr. 177, “an arbitration clause in a BIT is an agreement to arbitrate, and such agreements should be clear and unambiguous. If this means that, generally speaking, arbitration agreements should be construed in a manner which is different in principle from that applied to the construction of other agreements, this Tribunal finds it doubtful whether such a general principle can be said to exist. At least under Swedish law, the traditional view that arbitration clauses should be construed restrictively now tends to be replaced by a more neutral approach to the effect that arbitration agreements are construed much in the same manner as other agreements. In many jurisdictions, there may in fact exist a tendency to interpret arbitration clauses rather widely”.

<sup>1323</sup> McLachlan, Campbell *et al.*, *op. cit.* párr. 7.165.

de la disposición de la NMF de disposiciones de solución de controversias diferentes, excepto si los Estados lo han acordado explícitamente (como es el caso del APPRI Modelo del Reino Unido).<sup>1324</sup>

Por otra parte, la formulación de ciertas CNMF en diferentes APPRI que contienen la frase “con respecto a todas las materias” no es una redacción suficientemente satisfactoria para aclarar la duda sobre si fue intención de las partes contratantes aplicar la CNMF a la cláusula de solución de diferencias. Como resultado del análisis de los laudos arbitrales y lo comentado por la doctrina, no estamos de acuerdo con el presupuesto de suplantar el contenido de la cláusula de solución de controversias por uno distinto atraído de un tratado referencia, excepto cuando existe una intención clara e inequívoca de las partes para que así suceda; el tribunal *Beschander vs. Rusia* apoya esta posición.<sup>1325</sup>

A continuación, citamos algunas cláusulas que ejemplifican en su contenido la intención clara e inequívoca para aplicar el beneficio de la CNMF a derechos adjetivos contenidos en la cláusula de solución de controversias. Comenzamos con el artículo 3o. (3) del APPRI modelo del Reino Unido,<sup>1326</sup> que prevé: “para evitar duda se confirma que el tratamiento previsto en el párrafo 1 y 2 anteriores aplicarán a las disposiciones de los artículos 1o. a 11 de éste Acuerdo”.<sup>1327</sup>

<sup>1324</sup> *Plama vs. Bulgaria, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 212, *cfi* orig. “when including a multilateral or bilateral investment treaty with specific dispute resolution provisions, states cannot be expected to leave those provisions to future (partial) replacement by different dispute resolution provisions through the operation of an MFN provision, unless the State have explicitly agreed (as in the case of BITs based on the UK Model BIT)”.

<sup>1325</sup> *Berschader vs. Rusia, SCC, cit.*, laudo, párrs. 206, 207 y 212.

<sup>1326</sup> APPRI Modelo del Reino Unido. “United Kingdom Model BIT (2005, with 2006 amendments). Draft Agreement Between The Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and The Government of [Country] for the Promotion and Protection of Investments. Article 3 National Treatment and Most favoured nation Provisions.

(1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of its own nationals or companies or to investments or returns of nationals or companies of any third State.

(2) Neither Contracting Party shall in its territory subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State.

(3) For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 12 of this Agreement”, impreso en Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims, cit.*, pp. 559-567.

<sup>1327</sup> APPRI Modelo del Reino Unido, *cfi* orig., “for avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions

La influencia británica respecto del alcance de la CNMF contenida en su APPRI modelo tuvo repercusiones en el contenido de cláusulas similares en los APPRI Reino Unido-Albania,<sup>1328</sup> Reino Unido-Chile,<sup>1329</sup> Reino Unido-Honduras<sup>1330</sup> y Reino Unido-Perú.<sup>1331</sup> La redacción del artículo que contiene la CNMF de los APPRI antes citados incluye un párrafo que muestra el consentimiento claro e inequívoco de las partes para la aplicación del beneficio de la CNMF a la cláusula de solución de controversias; por ejemplo, el artículo 3o. del APPRI Reino Unido-Albania prevé:

Artículo 3o. Trato nacional y cláusula de nación más favorecida (1) Ninguna Parte Contratante someterá en su territorio a las inversiones y las ganancias de inversores de la otra Parte Contratante a un trato menos favorable que el otorgado a las inversiones y ganancias de sus propios inversores o a las inversiones y ganancias de inversores de cualquier tercer Estado.

(2) Ninguna Parte Contratante someterá en su territorio a los inversores de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación de sus inversiones, a un trato menos favorable que el otorgado a sus propios inversores o a los inversores de cualquier tercer Estado.

(3) Para evitar dudas, queda confirmado que el trato entre los apartados (1) y (2) precedentes *se aplicará a las disposiciones de los artículo 1o. a 11 de este Convenio [cursivas añadidas]*.<sup>1332</sup>

of Articles 1 to 11 of this Agreement”. Articles 8 and 9 of the UK Model BIT provide for dispute settlement. The drafters of the UK Model BIT rightly noted that there could be doubt and expressly neutralized that doubt.

<sup>1328</sup> Agreement Between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Albania for the Promotion and Protection of Investments, Londres, 30 de marzo de 1994, en vigor el 30 de agosto de 1995. También citado como APPRI Reino Unido-Albania.

<sup>1329</sup> Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Chile for the Promotion and Protection of Investments with Protocol, Santiago, el 8 de enero de 1996, en vigor el 21 de abril de 1997. También citado como APPRI Reino Unido-Chile.

<sup>1330</sup> Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Honduras for the Promotion and Protection of Investments, Tegucigalpa, 7 de diciembre de 1993, en vigor el 8 de marzo de 1995. También citado como APPRI Reino Unido-Honduras.

<sup>1331</sup> Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investments, hecho en Londres, 4 de octubre de 1993, en vigor el 21 de abril de 1994. También citado como APPRI Reino Unido-Perú.

<sup>1332</sup> APPRI Reino Unido-Albania, *cf.* orig., “article 3. National Treatment and Most-favoured-nation Provisions

(1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investment or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than that

El artículo 3o. del APPRI Reino Unido-Chile<sup>1333</sup> y el artículo 3o. del APPRI Reino Unido-Perú,<sup>1334</sup> están redactados en el mismo tenor.

Existe otra categoría de CNMF que también es presentada como ejemplo de una redacción presuntamente amplia y clara respecto del alcance de la CNMF. Este modelo se encuentra en el APPRI Modelo turco,<sup>1335</sup> así como en diversos APPRI celebrados por Turquía. Por ejemplo, el artículo

which it accords to investments or returns of its own nationals or companies or to investments or returns of nationals or companies of any third State.

(2) Neither Contracting Party shall in its territory subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regards the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State.

(3) For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 of this Agreement”. Cabe aclarar que la cláusula de solución de controversias del APPRI Albania-Reino Unido está contenida en el artículo 8o. “Referencia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones”.

<sup>1333</sup> APPRI Reino Unido-Chile, artículo 3o., *cf.* orig. “Article 3. National Treatment and Most-favoured-nation Provisions

(1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of investors of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of its own investors or to investments or returns of investors of any third State.

(2) Neither Contracting Party shall in its territory subject investors of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than which it accords to its own investors or to investors of any third State.

(3) ...

For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) to (3) above shall apply to the provisions of Article 1 to 10 of this agreement”.

<sup>1334</sup> APPRI Reino Unido-Perú, artículo 3o., *cf.* orig. “National Treatment and Most-Favoured-Nation Provision.

(1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of its own nationals or companies or to investments or returns of nationals or companies of any third State.

(2) Neither Contracting Party shall in its territory subject nationals or companies of the other Contracting Party as regards their management, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State.

(3) For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 of this Agreement”.

<sup>1335</sup> “Turkey Model BIT (2000). Agreement Between The Republic of Turkey and [Country] Concerning The Reciprocal Promotion and Protection of investments”, en Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, *cit.*, pp. 553-558. También citado como APPRI Modelo de Turquía, “article III (2) each Party shall accord to these investments, once established, treatment no less favourable than that accorded in similar situations to invest-

IV (2) del APPRI Chile-Turquía<sup>1336</sup> establece que “cada Parte Contratante otorgará a estas inversiones, una vez establecidas, un tratamiento no menos favorable que aquel otorgado en situaciones similares a inversiones de sus propios inversores o a las inversiones de inversores de cualquier tercer país, *cualquiera que sea más favorable*”.<sup>1337</sup> En el mismo sentido está redactado el artículo II del APPRI Turquía-USA<sup>1338</sup> y el artículo 3o. del APPRI Turquía-Países Bajos.<sup>1339</sup>

ments of its investor or to investments of investors of any third country, whichever is the most favourable”.

<sup>1336</sup> Agreement between the Republic of Chile and the Republic of Turkey concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, hecho en Santiago el 21 de agosto de 1998. También citado como APPRI Chile-Turquía. Cabe señalar que Turquía y Chile han celebrado un Tratado de Libre Comercio (TLC Chile-Turquía), el cual entró en vigor el 1o. de marzo de 2011. Conforme al artículo 61 (2) del tratado, ambos Estados se comprometen a negociar lo relativo a las inversiones dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigor de este.

<sup>1337</sup> APPRI Chile-Turquía, artículo IV (2), *cf. orig.*, “each Contracting Party shall accord to these investments, once established, treatment no less favourable than that accorded in similar situations to investments of its own investors or to investments of investors of any third country, *whichever is the most favourable*”.

<sup>1338</sup> Treaty Between the United States of America and the Republic of Turkey concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, del 3 de diciembre de 1985, en vigor el 18 de mayo de 1990. También citado como APPRI USA-Turquía, artículo II, “1. Each Party shall permit in its territory investments, and activities associated therewith, on a basis no less favorable than that accorded in like situations to investments of nationals or companies of any third country, and within the framework of its laws and regulations, no less favorable than that accorded in like situations to investments of its own nationals and companies.

2. Each Party shall accord to these investments, once established, and associated activities, treatment no less favorable than that accorded in like situations to investments of its own nationals and companies or to investments of nationals and companies of any third country, whichever is most favorable”.

<sup>1339</sup> Agreement on Reciprocal Encouragement and Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Turkey, hecho en Ankara el 27 de marzo de 1986, en vigor el 1o. de noviembre de 1989. También citado como APPRI Turquía-Países Bajos, artículo 3o., “1) Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment sale or liquidation thereof by those investors.

2) Each Contracting Party shall accord to such investments full security and protection which in any case shall not be less than that accorded to investments of its own investors or to investments of investors of any third State, whichever is more favourable to the investor. Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments”.

En el mismo sentido está redactada la cláusula del APPRI Modelo de los Países Bajos, “article 3 (2) More particularly, each Contracting Party shall accord to such investments

No obstante, surgen dudas debido a la formulación tan general que presenta. Tememos que al invocar una cláusula de este tipo para atraer derechos adjetivos contenidos en otros tratados, se presente el mismo problema que se presentó con la frase “en todas las materias regidas por el presente acuerdo” contenida, por ejemplo, en el artículo IV (2) del APPRI Argentina-España,<sup>1340</sup> tal como se citó en diversas ocasiones en el cuerpo de la presente investigación. Para sostener tal aseveración nos apoyamos en los criterios expuestos en los casos *Plama vs. Bulgaria*, *Wintershall vs. Argentina*, *Beschander vs. Rusia et al.* de tal suerte que rechazamos un modelo de este tipo como ejemplar para mostrar la intención clara e inequívoca de las partes contratantes de extender la aplicación de una CNMF redactada en el tenor antes citado a la cláusula de solución de diferencias.

### 3. La cláusula de solución de controversias como un todo jurídico

La concepción de la cláusula de solución de controversias como un todo o una unidad es uno de los argumentos sostenidos por algunos tribunales arbitrales. Si pretende atraerse dicha cláusula deberá ser el régimen de solución de diferencias completo del tratado referencia. Los elementos contenidos en un sistema de solución de controversias de un APPRI determinado no pueden incorporarse de forma aislada; en todo caso debe incorporarse el sistema entero contenido en la cláusula de solución de diferencias de un tratado referencia. Esta premisa la sostuvo el tribunal arbitral en el caso *Hochtief vs. Argentina*. Al respecto el tribunal arbitral señaló:

La cláusula NMF no permite seleccionar componentes de cada uno de los conjuntos de condiciones para fabricar un conjunto artificial de condiciones a las que ningún nacional del Estado tendría derecho. La demandante de este caso no puede alegar la inexistencia, en el TBI Argentina-Chile, del requisito de un litigio previo durante 18 meses y pasar por alto el hecho de que el artículo 10 (2) del TBI Argentina-Chile impone un régimen de “bifurcación de caminos”: debe basarse en la totalidad del régimen.<sup>1341</sup>

El Tribunal toma nota de los límites que impone a su jurisdicción el TBI Argentina-Alemania. Admite que los procedimientos establecidos para someter una diferencia ante el Tribunal se rigen por el artículo 3o. del TBI Argen-

treatment which in any case shall not be less favourable than that accorded either to investments of its own nationals or to investments of nationals of any third State, whichever is more favourable to the national concerned”, Netherlands Model BIT (1997).

<sup>1340</sup> APPRI Argentina-España, artículo IV (2), *cit.*

<sup>1341</sup> *Hochtief vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 98.

tina-Alemania. El Tribunal acepta asimismo que la demandante puede, por tanto, ampararse en los procedimientos establecidos en el artículo 10 del TBI Argentina-Chile (incluida la disposición sobre ‘bifurcación de caminos’). En consecuencia, la cláusula NMF opera en este caso dentro de la jurisdicción del Tribunal tal como la establece el TBI Argentina-Alemania, y da lugar a la modificación de los procedimientos aplicables al conocimiento de un asunto por el Tribunal. No es necesario decidir cuál habría sido la posición si el TBI Argentina-Chile hubiera establecido para los tribunales una jurisdicción más amplia que la establecida en el TBI Argentina-Alemania, por lo cual el Tribunal no se pronuncia sobre esta cuestión.<sup>1342</sup>

#### 4. *Justificación para la excepción de atracción de disposiciones de solución de controversias (Maffezini vs. España)*

Así, presentamos la excepción sobre la aplicación de la CNMF a la cláusula de solución de controversias; se trata de la abolición del periodo de espera, por ejemplo, de dieciocho meses en combinación con el sometimiento de la controversia ante los tribunales locales del Estado demandado. Por supuesto que nos referimos a la decisión a la jurisdicción del caso *Maffezini vs. España*. No obstante, rechazamos la interpretación confusa aplicada en el caso *Siemens vs. Argentina*, así como la raquítica argumentación presentada en el caso *Camuzzi vs. Argentina*; siendo este último un caso decidido al vapor.

Subrayamos que el tribunal *Plama* notó curioso el razonamiento del tribunal *Maffezini* respecto a la aplicación de la CNMF para abolir el periodo de espera de dieciocho meses en combinación con el sometimiento de la controversia ante los tribunales nacionales. No obstante, el propio tribunal teme que la interpretación adoptada por *Maffezini* pueda volcar todo el sistema de solución de controversias. Esta errónea interpretación lejos de contribuir con la armonización de las disposiciones de solución de diferencias puede crear una situación caótica.<sup>1343</sup>

Hay que subrayar que esta justificación solo aplica porque abstenerse de someter la controversia durante un periodo de dieciocho meses ante los tribunales nacionales del Estado anfitrión no genera la creación de derechos nuevos, cuando estos no están contemplados en el APPRI base. Nos referimos al caso *Hochtief vs. Argentina*, donde el tribunal arbitral estableció que

<sup>1342</sup> *Ibidem*, párr. 99.

<sup>1343</sup> *Plama vs. Bulgaria, cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 219, 224 y 227; Kurtz, Jürgen, “The Delicate Extension of Most – Favoured-Nation Treatment to Foreign Investors: *Maffezini vs. Kingdom of Spain*”, *International Investment Law and Arbitration. Leading Cases from the ICSID, NAFTA, BT and Customary International Law*, Cameron May, 2005, pp. 523 y ss.

“la cláusula de la NMF estipula un estándar de trato y lo define en función del trato que ha de darse a terceros”.<sup>1344</sup> El límite a esta regla será la irrupción de los límites a la jurisdicción del tribunal arbitral establecidos en la cláusula de solución de diferencias del propio tratado base.<sup>1345</sup>

### 5. *La CNMF y las restricciones de política pública*

Los tribunales arbitrales internacionales han utilizado los términos “política pública” y “orden público” de manera indistinta en algunos laudos arbitrales. Algunos autores también han tenido problemas con diferenciar el llamado *public policy* del término *public order*.<sup>1346</sup> Por ello, es preciso delimitar ambos conceptos, que aunque van de la mano, son diferentes.

La problemática conceptual se presenta desde el fallo *Maffezini*; este tribunal arbitral se refiere a la política pública de los Estados como una limitante para la aplicación de la CNMF. El propio tribunal arbitral reconoció la frontera para la atracción de derechos procesales relativos a la solución de controversias contenidos en los APPRI en “las consideraciones de política pública que puedan haber previsto las partes contratantes como condiciones fundamentales para su aceptación”.<sup>1347</sup> En palabras del tribunal arbitral:

<sup>1344</sup> *Hochtief vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 81.

<sup>1345</sup> *Ibidem*, párr. 99. El tribunal arbitral advirtió: “En consecuencia, la cláusula NMF opera en este caso dentro de la jurisdicción del Tribunal tal como la establece el TBI Argentina-Alemania, y da lugar a la modificación de los procedimientos aplicables al conocimiento de un asunto por el Tribunal. No es necesario decidir cuál habría sido la posición si el TBI Argentina-Chile hubiera establecido para los tribunales una jurisdicción más amplia que la establecida en el TBI Argentina-Alemania, por lo cual el Tribunal no se pronuncia sobre esta cuestión”.

<sup>1346</sup> Kessedjian, Catherine, “Public order in European Law”, *Erasmus Law Review*, Erasmus School of Law at the Erasmus University in Rotterdam, the Netherlands, vol. 1, Issue 1, 2008, p. 26. Respecto al concepto de orden público la autora señala: “Before we address the question as such, we need to clarify the content of the concept of ‘public order’. Indeed, our starting point is the French expression ‘ordre public’. It is translated into English as either ‘public policy’ or ‘public order’. To this date it is unclear to me whether there is a difference in content or method between the concepts in French law and in English law or common law. In order for the reader to be aware of our basic premise, we offer the following clarification: by either of the often used expressions, we mean to cover in substance all mandatory rules, whatever name they take in French (lois de police, lois d’application immediate, règles d’ordre public): namely, rules from which parties have no freedom to derogate. These mandatory rules have different sources. They are either created by the states unilaterally to protect the fundamental values of their society, or they are created at the regional level, or even at an international/multilateral level. If created within the international legal order, they may qualify as jus cogens rules”.

<sup>1347</sup> *Maffezini vs. España, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 62

No obstante que la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a los arreglos de solución de controversias en el contexto de los tratados sobre inversiones puede llevar al resultado de alcanzar la armonización y la ampliación del alcance de tales mecanismos, hay ciertos límites importantes que han de tenerse en cuenta. Como cuestión de principio, el beneficiario de la cláusula no debe tener la posibilidad de dejar sin efecto las consideraciones de *política pública* que puedan haber previsto las partes contratantes como condiciones fundamentales para su aceptación del convenio de que se trate, especialmente si el beneficiario es un inversionista privado, como sucede con frecuencia. El alcance de la cláusula puede por consiguiente ser más limitado que lo que parece a primera vista.<sup>1348</sup>

Para ejemplificar a qué se refería con “condiciones de política pública” el tribunal arbitral señaló:

En este sentido, es posible prever numerosas situaciones que no guardan relación con el caso actual. En primer lugar, si una parte contratante ha condicionado su consentimiento para el arbitraje al agotamiento de los recursos internos, condición que está permitida por el Convenio del CIADI, no podría prescindirse de esta exigencia invocando la cláusula de la nación más favorecida en relación a un acuerdo con terceros que no contenga este elemento, debido a que la condición estipulada refleja una regla fundamental de derecho internacional.<sup>1349</sup> Segundo, si las partes han acordado un mecanismo de solución de controversias que incluya la llamada “bifurcación del camino”, esto es, la opción de someterse a los tribunales nacionales o bien al arbitraje internacional, pero en que una vez tomada la decisión esta es definitiva e irrevocable,<sup>1350</sup> esta estipulación no puede ignorarse mediante la invocación de la cláusula. Esta conclusión es imperativa cuando se considera que de otro modo se alteraría el carácter definitivo de los arreglos pactados que muchos países estiman importantes como cuestión de política pública. En tercer lugar, si el acuerdo escoge un mecanismo determinado para el arbitraje, como por ejemplo el CIADI, esta opción no se puede cambiar invocando la cláusula, buscando someter la controversia a un sistema distinto de arbitraje. Finalmente, si las partes han acordado someterse a un sistema de arbitraje altamente institucionalizado que incorpore reglas de procedimiento precisas, como sucede, por ejemplo, con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y mecanismos similares, es claro que ninguno de ellos podría ser alterado mediante la aplicación de la cláusula pues *estas disposiciones específicas denotan*

<sup>1348</sup> *Idem.*

<sup>1349</sup> *The Mavrommatis Palestine Concessions* (Grecia c. R. U.), Corte Permanente de Justicia Internacional, 1924, Serie A, núm. 2, 12; *Interhandel Case* (Suiza c. Estados Unidos de América), *cit.*, 27.

<sup>1350</sup> Véase, por ejemplo, el APPRI Chile-España, artículo 10 (2).

*la voluntad precisa de las partes contratantes*. Sin duda que las partes o los tribunales identificarán otros elementos de *política pública* que limiten el funcionamiento de la cláusula. En todo caso, debe quedar clara la distinción entre la *legítima extensión de derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula*, por una parte, y *la alternativa nociva de tratar de aplicar diversos tratados para alterar los objetivos de política en que se fundamentan algunas disposiciones específicas*, por la otra [énfasis añadido].<sup>1351</sup>

Por otra parte, el tribunal arbitral en el caso *Plama vs. Bulgaria*,<sup>1352</sup> también se refirió a los párrafos antes citados del caso *Maffezini vs. España* y señaló:

El presente tribunal está confundido acerca de cuál es el origen de esas “consideraciones de *política pública*”. Cuando fue cuestionado por el tribunal en la audiencia, el abogado de la demandada respondió: ellos solo lo inventaron (*they just made it up*). El presente tribunal no desea ir tan lejos en la evaluación de la decisión *Maffezini*. Más bien, parece que el efecto de las “consideraciones de *política pública*” es lo que quita mucho de la amplitud de las observaciones previas realizadas por el tribunal en *Maffezini* [énfasis añadido].<sup>1353</sup>

Además, en el caso *Siemens vs. Argentina*, cuando el tribunal arbitral se cuestionó acerca de las consideraciones de *política pública* este agregó:

Para concluir, el Tribunal considera que en general la reclamación de una ventaja a través de la cláusula de la NMF no conlleva la aceptación de todos los términos del tratado donde se prevé dicha ventaja sean o no considerados ventajosos para quien presenta la reclamación; tampoco conlleva que la parte que reclama la ventaja tenga derecho a todas las ventajas previstas en dicho tratado. El que sea así va a depender de los términos de la CNMF y de otros términos de los tratados involucrados. El Tribunal concuerda con *Maffezini* en que el beneficiario de la CNMF no puede dejar sin efecto consideraciones de *orden público* que las partes de un tratado hayan considerado esenciales para llegar al acuerdo.<sup>1354</sup> Como ya se ha señalado, el Tribunal opina que las

<sup>1351</sup> *Maffezini vs. España, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 63. Queremos señalar que el laudo original es en español con traducción no oficial al idioma inglés.

<sup>1352</sup> *Plama vs. Bulgaria, cit.*, decisión a la jurisdicción. El laudo original está en inglés.

<sup>1353</sup> *Ibidem, cfr. orig.*, párr. 221, “The present Tribunal was puzzled as to what the origin of these ‘public policy considerations’ is. When asked by the Tribunal at the Hearing, counsel for the Claimant responded: ‘They just made it up’. [D2.134]. The present Tribunal does not wish to go that far in its appraisal of the *Maffezini* decision. Rather, it seems that the effect of the ‘public policy considerations’ is that they take away much of the breadth of the preceding observations made by the tribunal in *Maffezini*”.

<sup>1354</sup> *Maffezini vs. España, cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 62 y 63.

consideraciones de *orden público* argumentadas por la demandada no son pertinentes en este caso [énfasis añadido].<sup>1355</sup>

Así, con los ejemplos citados observamos que existe una aplicación distinta de los términos “política pública” y “orden público”, por lo que consideramos preciso detenernos para analizar ambos conceptos. La pregunta que salta a la vista es: ¿qué son las consideraciones de política pública que puedan haber previsto las partes contratantes como condiciones fundamentales para su aceptación del convenio de que se trate? O mejor dicho, ¿qué son las políticas públicas?, y ¿las disposiciones contenidas en la cláusula de solución de controversias de un APPRI son la materialización de las políticas públicas o se trata de normas de carácter de orden público?

Las políticas públicas son producto del sistema político de un Estado. El sistema político abarca una serie de elementos e ideas tales como:

- (1) El régimen político. Integrado por el Estado, poderes y su entramado institucional, la Constitución Política y las leyes fundamentales reguladoras de la política, la sociedad y la economía;
- (2) Los actores sociales. Tales como los partidos políticos, grupos de presión y los movimientos sociales, entre otros;
- (3) La cultura política, y
- (4) El escenario internacional.<sup>1356</sup>

En un sistema político todos los elementos interactúan unos con otros sin jerarquización, de tal suerte que alguna variación en alguno de sus elementos puede llegar a afectar el conjunto, es decir, la totalidad del sis-

<sup>1355</sup> *Siemens vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 109.

<sup>1356</sup> Un sistema político está integrado por: (1) elementos institucionales, denominados también como régimen político, que representan los poderes políticos y sus reglas de interacción consigo mismo y frente a la sociedad, así como también a las normas escritas o consuetudinarias que hacen referencia a las formas de tenencia de la propiedad, a su transmisión, su enajenación y sus restricciones; (2) los actores institucionalizados con los que la sociedad se organiza de forma pasiva o activa para transmitir sus demandas, influir o modificar en mayor o menor medida en las decisiones del gobierno; (3) los valores de los individuos y los grupos sociales que componen la sociedad en cuanto se refiere a la comprensión de la actividad política derivados de elementos estrictamente culturales así como de experiencias históricas; (4) finalmente, la existencia de un sistema político “de carácter nacional” está inmerso en el entramado internacional, del cual puede recibir influencias ya sea como consecuencia de la actuación de otros sistemas políticos de carácter nacional o bien como resultado de acciones del propio sistema internacional. Véase Alcántara Sáenz, Manuel, *Gobernabilidad, crisis y cambio: elementos para el estudio de la gobernabilidad de los sistemas políticos en épocas de crisis y cambio*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 56.

tema.<sup>1357</sup> El sistema está en constante movimiento, generando cambios y transformaciones; sin embargo, el análisis de estos cambios es tarea de la ciencia política.<sup>1358</sup> Lo que en efecto nos atañe es que las políticas públicas son producto del sistema político, su análisis y estudio impacta al sistema en su conjunto. A través de las políticas públicas puede originarse un clima de tranquilidad o de inestabilidad; estas sirven como indicador para evaluar al sistema político en su conjunto.

Según Peters las políticas públicas son “el conjunto de actividades de las instituciones de gobierno, actuando directamente o a través de agentes, y que van dirigidas a tener una influencia determinada sobre la vida de los ciudadanos”.<sup>1359</sup>

Las políticas públicas se encuentran dentro del sistema político en lo que llamamos elemento institucional del régimen político: “las mismas se consideran como determinados flujos del régimen político hacia la sociedad. Son concebidas como productos del sistema político, no deben entenderse como partes exógenas del mismo, sino como constitutivas de las acciones o de los resultados de las actuaciones de los elementos formalmente institucionalizados del sistema político adscrito al ámbito del Estado”.<sup>1360</sup>

“Las políticas públicas son las acciones de gobierno, es el gobierno en acción, que busca como dar respuestas a las diversas demandas de la sociedad se pueden entender como uso estratégico de recursos para aliviar los problemas nacionales”.<sup>1361</sup> Uno de esos problemas nacionales puede ser, por ejemplo, la necesidad del Estado “A” para atraer inversión extranjera directa. Además, existen métodos definidos para poder analizar las políticas públicas.<sup>1362</sup> Sin embargo, la acción de gobierno no se expresa directamen-

<sup>1357</sup> Dentro del sistema político existen además relaciones de poder, mando, obediencia, satisfacción de necesidades, legitimidad, apoyo, eficiencia, efectividad y eficacia.

<sup>1358</sup> Por ello, limitamos su mención en este estudio y sugerimos al lector acercarse a los textos de Alcántara Suárez para conocer la ciencia política.

<sup>1359</sup> Peters, *American Public Policy*; Nueva York, Franklin Wats Pubs, 1982, en Pallares, Francesc, “Las políticas públicas: el sistema político en acción”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, núm. 62, 1988, pp. 142 y 143.

<sup>1360</sup> Alcántara Sáenz, Manuel, *op. cit.*, p. 106.

<sup>1361</sup> *Cfr.* orig., “Strategic use of resources to alleviate national problems of governmental concern”, véase Chandler y Plano, *The Public Administration Dictionary*, Clio Dictionaries in Political Science, May, 1988, en Alcántara Sáenz, Manuel, *op. cit.*, p. 106.

<sup>1362</sup> Por ejemplo, el método desarrollado por Bardach que consiste en ocho pasos para poder analizar las políticas públicas: (1) definición del problema, (2) obtención de información, (3) construcción de alternativas, (4) selección de criterios, (5) proyección de resultados, (6) confrontación de costos, (7) decisión, (8) cuente su historia, véase Bardach, Eugene, *Los ocho pasos para el análisis de políticas públicas*, México, CIDE-Miguel Angel Porrúa, 2004, pp. 14, 17-76.

te a través de las políticas, sino a través de los productos primarios de esta acción (*outputs*), los cuales, a través de su impacto sobre la sociedad, dan lugar a unos “resultados” (*outcomes*).<sup>1363</sup> Es decir, el “producto” de una política pública es aquello que una institución de gobierno está haciendo en (a) un momento y en (b) un ámbito determinado.<sup>1364</sup> Así, el ámbito de la inversión extranjera directa puede ser implementada por un gobierno del Estado “A”, por ejemplo, a través de su Ministerio de Economía; podemos considerar como productos de una política de inversiones: la celebración de AII, tales como APPRIs o tratados de libre comercio, así como la modificación de la legislación nacional en materia de inversión extranjera, entre otras. Los resultados, previstos e imprevistos, son los que permiten evaluar el rendimiento (*performance*) de una política al relacionarla con sus fines;<sup>1365</sup> en nuestro caso concreto sería, por ejemplo, el incremento de la inversión extranjera directa. En cambio, el control de la obtención o no del nivel deseado de productos permite detectar los problemas durante la implementación y guiar su desarrollo,<sup>1366</sup> por ejemplo, modificar el sentido en el que se celebran los AII en uno o varios de sus componentes, continuar con la modificación de la legislación nacional, etcétera, para lograr la anhelada atracción de inversión extranjera directa.

Así, los AII celebrados por el Estado “A” serán productos de una política pública; por lo tanto, las normas contenidas en estos AII, que pueden ser cláusulas, también lo serán, así como el sentido en que estas están redactadas. Estas cláusulas podrán ser las de la NMF o la de solución de controversias.

De este modo, para poder calificar la celebración de tratados de inversión en su conjunto como una cuestión de política pública, es decir, para poder decir que ciertas normas son parte de las políticas públicas, debe existir cierta coherencia. Si un Estado, por ejemplo, el Estado “A”, celebró un determinado número de APPRIs en un periodo comprendido entre 1980 y el 2000, puede analizarse cierto comportamiento de este Estado para determinar si el sentido en que fueron celebrados los AII puede ser parte de su política pública.

Si, continuando con el ejemplo, el Estado “A” celebró veinte AII en ese periodo y todos ellos contienen CNMF y cláusulas de solución de controversias distintas, no podría afirmarse que estas cláusulas son parte de la política pública uniforme del Estado “A”, es decir, para poder realizar tal

<sup>1363</sup> Pallares, Francesc, *op. cit.*, p. 144.

<sup>1364</sup> *Idem.*

<sup>1365</sup> *Idem.*

<sup>1366</sup> *Idem.*

afirmación tendría que existir un cierto comportamiento uniforme en los “productos” (AII).

Las políticas públicas y el orden público no son lo mismo. No obstante, van de la mano, de tal suerte que las políticas públicas pueden transformarse en orden público. En un ejemplo hipotético extremo podríamos afirmar que una modificación en el sistema político del Estado “A” podría impactar tanto sus políticas públicas como su orden público, por ejemplo, del cambio de un sistema político con régimen islámico a uno de régimen laico. Por otra parte, con el paso del tiempo y la reiterada práctica de una política pública esta puede llegar a reflejar los valores de la sociedad en que se encuentra hasta volverse parte del orden público del Estado “A”.

Algunos tribunales arbitrales utilizan de forma indiscriminada el término políticas públicas y orden público. Nosotros realizaremos una clara división conceptual y añadiremos que en efecto, una cuestión de política pública puede transformarse en una de orden público. No obstante, en el análisis que realizaremos a continuación nos referimos claramente al orden público, *ordre public* o *public order*.

## 6. La CNMF y las restricciones de orden público (ordre public)

El respeto al orden público de los Estados contratantes fue un argumento utilizado por diferentes tribunales arbitrales respecto a la cautela con que estos deben decidir sobre el alcance de la extensión de la CNMF a derechos adjetivos contenidos en la cláusula de solución de diferencias. Por tanto, analizaremos brevemente qué entendemos por orden público para determinar si efectivamente es una limitante para la atracción de normas contenidas en la cláusula de solución de controversias contenidas en los APPRIs.

### A. El orden público

El orden público parte de la idea de orden jurídico; en este sentido, todo orden jurídico responde a un conjunto de principios o valores que en consecuencia intenta preservar. Así, el orden público es consubstancial a todo ordenamiento jurídico,<sup>1367</sup> este es nacional, lo que significa que cada país tiene su propia concepción del mismo, por lo que puede ocurrir que una

<sup>1367</sup> Pérez Vera, Elisa *et al.*, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Colex, t. I, pp. 164 y ss., en Mansilla y Mejía, María Elena, “Naturaleza jurídica del orden público en el derecho internacional privado”, *Anales de Jurisprudencia*, México, sexta época, tercera etapa, núm. 261, sección de previa, 2003, p. 346.

institución extranjera quebrante el orden público de un país y en otro no lo haga.<sup>1368</sup> Además, la noción de orden público no varía únicamente de Estado en Estado, sino que puede variar al interior de un Estado dependiendo de una época en concreto.

Federico Carlos de Savigny, en 1848, sistematizó la noción de orden público, aunque no lo llamó así. Este afirmó que el orden público, al que llamaba “límites locales a la aplicación de las leyes extranjeras”, no era otra cosa que la determinación para cada relación jurídica, del dominio del derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esa relación jurídica, sea derecho nacional o extranjero, una vez que esa es la conclusión impuesta por la comunidad jurídica de los Estados, comunidad que se asienta en los pilares del derecho romano y del cristianismo.<sup>1369</sup>

Lo que llama la atención en la obra de Savigny es que si bien reconoce la importancia del orden público para la noción de comunidad internacional de Estados, advierte que tal principio no es absoluto sino relativo, una vez que “hay varias clases de leyes cuya naturaleza especial no admite esta independencia de la comunidad de derecho entre diferentes Estados”.<sup>1370</sup> Según Savigny, cuando se está frente a leyes de carácter absoluto, es decir, rigurosamente obligatorias, el derecho a ser aplicado es el nacional como forma de limitación a la ley extranjera.<sup>1371</sup>

Jacob Dolinger es quien mejor identifica las tres principales características del orden público clasificándolas de la siguiente forma: (a) relatividad/ inestabilidad; (b) contemporaneidad, y (c) factor exógeno.<sup>1372</sup>

De este modo, se considera que el concepto de orden público es relativo, inestable, variando en el tiempo y en el espacio. Según Dolinger: “Una noción de orden público no es idéntica de un país a otro, de una región a otra, tampoco es estable, alterándose a través de la evolución de los fenómenos sociales dentro de cada región”.<sup>1373</sup>

<sup>1368</sup> Mansilla y Mejía, María Elena, *op. cit.*, p. 342.

<sup>1369</sup> Savigny, en Biocca, Stella Maris *et al.*, *Lecciones de derecho internacional privado: parte general*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, pp. 197 y 198.

<sup>1370</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>1371</sup> *Ibidem*, pp. 198 y 199. Savigny todavía resalta que se deja de aplicar el derecho extranjero cuando hay instituciones del Estado extranjero cuya existencia no está reconocida por el derecho del juez llamado a aplicar el derecho extranjero y cuando hay leyes de naturaleza rigurosamente obligatorias.

<sup>1372</sup> Dolinger, Jacob, *Direito Internacional Privado (parte general)*, 5a. ed., Río de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 352-358.

<sup>1373</sup> *Ibidem*, p. 352, *cfi.* orig. “a noção de ordem pública não é idéntica de um país para outro, de uma região para outra, também não é estável, alterando-se ao sabor da evolução dos fenómenos sociais dentro de cada região”.

Para Martín Wolf una norma jurídica extranjera que normalmente se aplicaría en ciertos casos y situaciones concretas, no se puede aplicar por razones especiales. Este incumplimiento solo podría realizarse derogando la norma, y es claro que una disposición no puede derogarse solo con fundamento en que la autoridad se niegue a cumplir con su norma que le indica aplicar el derecho extranjero. Para que la autoridad niegue la aplicación del derecho extranjero, debe existir una razón muy poderosa, y esta solo es con base en el orden público. Es decir, el orden público solo se puede invocar ante una hipótesis en la que normalmente se aplicaría el derecho extranjero; solo a través de la figura del orden público se puede evadir la aplicación de la norma extranjera. Solo puede invocarse el orden público cuando de aplicarse la norma extranjera derive un peligro o un perjuicio a la comunidad o sea contrario a los principios fundamentales de esa sociedad, situación que debe evitarse a toda costa.<sup>1374</sup>

*B. Orden público como impedimento para atraer normas de solución de controversias de un APPRI*

Respetar el orden público de los Estados parte, en concreto del Estado anfitrión, a nuestro parecer, representa la frontera entre lo que pudiera verse beneficiado por la atracción de una CNMF redactada en sentido amplio de lo que no.

En este orden de ideas, la amplitud de la CNMF no podrá ir más allá de la irrupción del orden público de un Estado determinado, de tal suerte que esta representará la frontera en su aplicación. La única excepción a esta regla se presentará en los casos en que la redacción de la CNMF no deje duda alguna sobre su alcance respecto a los derechos adjetivos, en concreto, de las disposiciones relativas a la solución de diferencias contenidas en un tratado específico; la intención de las partes debe ser clara e inequívoca al respecto.

A *contrario sensu*, tampoco será suficiente afirmar que tal o cual disposición es de “orden público”, sino el Estado que pretenda que se reconozca una norma como una de este tipo, debe probarlo.

El propio tribunal *Maffezini vs. España* señaló que “como cuestión de principio, el beneficiario de la cláusula no debe tener la posibilidad de dejar sin efecto las consideraciones de política pública que puedan haber previsto las partes contratantes como condiciones fundamentales para su aceptación del convenio de que se trate, especialmente si el beneficiario es un inversio-

<sup>1374</sup> Mansilla y Mejía, María Elena, *op. cit.*, pp. 333-351.

nista privado, como sucede con frecuencia”.<sup>1375</sup> Entre las materias identificadas por el propio tribunal arbitral se encontraron el agotamiento de recursos internos, la cláusula de bifurcación, un mecanismo determinado de solución de controversias como el del CIADI, el sometimiento a un sistema arbitral especializado y dejó abierta la posibilidad de encontrar otras disposiciones que son de orden público.<sup>1376</sup> El tribunal *Plama* refrendó la posición del tribunal arbitral *Maffezini*.<sup>1377</sup>

En el caso *Siemens vs. Argentina*<sup>1378</sup> el tribunal aceptó la abolición del periodo de dieciocho meses de sometimiento de la controversia ante las cortes argentinas, requerimiento contenido en el APPRI Argentina-Alemania, en su artículo 10 (3) (a); el tribunal arbitral abogó por la posición adoptada por el tribunal arbitral del caso *Maffezini vs. España*, sin estudiar a profundidad el concepto de orden público al parecer por la deficiencia argumentativa presentada por la demandada Argentina. El tribunal arbitral *Siemens vs. Argentina* criticó la deficiencia argumentativa argentina respecto a la defensa de su política pública, así lo dijo:

En cuanto a la alegación de que el artículo 10 (2) refleja la política de Argentina, la demandada no ha presentado ninguna prueba más allá de sus afirmaciones al efecto en los alegatos escritos. *El Tribunal consideraría una indicación de la existencia de una política de la demandada si se hubiese incluido de forma consistente un requerimiento en tratados similares concluidos por la demandada.* El APPRI de Chile fue firmado el 2 de agosto de 1991, solo unos meses antes del Tratado. El APPRI de España entró en vigor el 3 de octubre de 1991. El APPRI de EEUU, que no requiere incoar procedimientos judiciales previos al arbitraje, fue ejecutado el 14 de noviembre de 1991. Esta falta de consistencia entre los APPRI concluidos por la demandada durante el mismo año en que el Tratado fue firmado desmiente el argumento de que el recurso ante los tribunales locales sea una cuestión de política económica y exterior “delicada” o que *sea una parte esencial del consentimiento de la demandada al arbitraje.* Demuestra lo contrario, que la demandada ha tratado de conseguir para sus nacionales cuando invierten en Chile o Estados Unidos el trato que reclama Siemens [énfasis añadido].<sup>1379</sup>

El tribunal arbitral en el caso *Siemens vs. Argentina* adoptó, sin embargo, la posición defendida por *Maffezini* y señaló:

<sup>1375</sup> *Maffezini vs. España, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 62.

<sup>1376</sup> *Idem.*

<sup>1377</sup> *Plama vs. Bulgaria, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 223.

<sup>1378</sup> *Siemens vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 109.

<sup>1379</sup> *Ibidem*, párr. 105.

...el Tribunal considera que en general la reclamación de una ventaja a través de la cláusula de la NMF no conlleva la aceptación de todos los términos del tratado donde se prevé dicha ventaja sean o no considerados ventajosos para quien presenta la reclamación; tampoco conlleva que la parte que reclama la ventaja tenga derecho a todas las ventajas previstas en dicho tratado. El que sea así va a depender de los términos de la CNMF y de otros términos de los tratados involucrados. El Tribunal concuerda con *Maffezini* en que el beneficiario de la CNMF *no puede dejar sin efecto consideraciones de orden público que las partes de un tratado hayan considerado esenciales para llegar al acuerdo*.<sup>1380</sup> Como ya se ha señalado, el Tribunal opina que las consideraciones de orden público argumentadas por la demandada no son pertinentes en este caso [énfasis añadido].<sup>1381</sup>

Como lo hemos señalado, el tribunal *Maffezini* en su texto original en habla española, anotó claramente el término políticas públicas. No obstante, creemos que la terminología correcta que debió utilizar es la de orden público. La razón por la que realizamos esta aseveración es que las normas contenidas en una cláusula de solución de controversias de un AII reflejan, en gran medida, cuestiones de orden público, dado que el Estado al ceder parte de su jurisdicción exclusiva para someterse a una jurisdicción internacional a través de una cláusula de solución de controversias confronta directamente su orden público. No obstante, la celebración de un AII específico también puede reflejar cuestiones de política pública. Sin embargo, no estamos seguros de que pueda probarse un elemento aislado de política pública de un Estado a menos que haya una clara denotación de ello, por ejemplo, a través del análisis sistemático del comportamiento de su política exterior en materia de inversiones a lo largo de los años sobre la base del examen de los AII celebrados durante un periodo de tiempo determinado, a través de la indagación de su derecho interno en su ley que regule la inversión extranjera, etcétera.

Sin duda alguna, tal como lo hemos observado en el caso venezolano y boliviano que denunciaron el CIADI,<sup>1382</sup> los Estados en un momento determinado pueden cambiar sus políticas públicas, por ejemplo, a través de la denuncia de un tratado. En este supuesto, observamos que también estarían modificándose cuestiones de orden público, pues los inversores extranjeros estarán impedidos para someter sus controversias ante el CIADI, una vez que surtan efecto las respectivas denuncias del tratado.

<sup>1380</sup> *Maffezini vs. España, cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 62 y 63.

<sup>1381</sup> *Stemens vs. Argentina, cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 105 y 109.

<sup>1382</sup> Véase Denuncia de Bolivia y Venezuela del CIADI, *cit.*

### 7. *La cercanía de las corrientes Maffezini vs. España y Plama vs. Bulgaria*

Finalmente, notamos que los razonamientos de las “dos corrientes interpretativas de la CNMF” (*Maffezini* y *Plama*) aparentemente separadas son más cercanas de lo que nos imaginamos.

El modo en que está redactada la justificación para abolir el periodo de espera en combinación con el sometimiento ante los tribunales locales, realizado por el tribunal arbitral *Maffezini*, puede prestarse a malas interpretaciones si se lee de manera aislada y superficial. En efecto, creemos que fue el tribunal *Plama vs. Bulgaria*, quien sistematizó los presupuestos expuestos por el tribunal *Maffezini vs. España*, cuyos razonamientos son muy cercanos unos de otros; de tal modo que nos atrevemos a afirmar que *Plama vs. Bulgaria* únicamente sistematizó, complementó y subsumió lo asentado por *Maffezini vs. España*. Los autores que afirman que se trata de dos corrientes independientes están, a nuestro parecer, en un error. Ambas decisiones trazan el límite del alcance de la CNMF, más bien las entendemos como complementarias una de la otra.

Fue una gran sorpresa para nosotros llegar a esta conclusión, pues diversos autores han dividido los dos fallos como si se tratase de dos corrientes totalmente dispares.

Los casos *Siemens vs. Argentina* o *Wintershall vs. Argentina* que aparentemente siguen a una u otra corriente y separan tajantemente a una de la otra, muestran ciertas faltas de estudio a profundidad de las premisas contenidas en las decisiones *Maffezini* y *Plama*.

Tal es el caso de *Siemens vs. Argentina*, donde el tribunal a pesar de seguir una interpretación aparentemente estricta de la regla contenida en la Convención de Viena, en sus preceptos 31 y 32, olvida estudiar el caso *Maffezini* a fondo y descubrir que serán las consideraciones de política pública u orden público el “as” para determinar el alcance de la CNMF, a falta de disposición clara que incluya excepcionalmente la extensión de los beneficios a derechos adjetivos, tal como lo muestra el Modelo de APPRI británico, reflejado, por ejemplo en los APPRIs Reino Unido-Albania,<sup>1383</sup> Reino Unido-Chile,<sup>1384</sup> Reino Unido-Honduras<sup>1385</sup> y Reino Unido-Perú,<sup>1386</sup> que no son una regla absoluta, sino excepcional.

Sin embargo, justificamos la posición del tribunal *Siemens vs. Argentina* debido a la falta de argumentación de Argentina. En este punto podríamos

<sup>1383</sup> APPRI Reino Unido-Albania, *cit.*

<sup>1384</sup> APPRI Reino Unido-Chile, *cit.*

<sup>1385</sup> APPRI Reino Unido-Honduras, *cit.*

<sup>1386</sup> APPRI Reino Unido-Perú, *cit.*

preguntarnos si es obligación del tribunal arbitral profundizar sobre un argumento que no fue debidamente apoyado por la parte que lo arguyó. Seguramente el tribunal arbitral *Siemens vs. Argentina* habría profundizado su razonamiento si su intención hubiera sido negar la aplicación de la CNMF para abolir el periodo de dieciocho meses estudiado en el caso.

El tribunal arbitral del caso *Wintershall vs. Argentina* no fue tan benevolente con el razonamiento *Maffezini vs. España* como lo fue el tribunal *Plama*. En *Wintershall vs. Argentina* se muestra una clara sistematización del trabajo previamente realizado por *Plama vs. Bulgaria*. Wintershall desarrolla la teoría de la cláusula de solución de controversias vista como un todo. Para este tribunal arbitral el requerimiento de 18 meses de sometimiento de la controversia ante las cortes locales representa un requisito necesario, un paso preliminar para poder acceder al arbitraje del CIADI.<sup>1387</sup>

Finalmente, el caso *Hochtief vs. Argentina* establece criterios importantes que contribuyen a apoyar nuestra posición. En primer lugar, el tribunal en *Hochtief* sostiene que “el derecho (“procesal”) de hacer efectivo otro derecho (“sustantivo”) es un componente dentro del compendio de derechos y obligaciones que conforman el concepto jurídico de lo que constituye la propiedad”.<sup>1388</sup> Sin duda alguna en un sistema jurídico, la protección de los derechos sustantivos va de la mano del ejercicio de estos a través de los derechos adjetivos.

Recordemos que el derecho sustantivo se refiere al conjunto de normas que establece los derechos y obligaciones de los sujetos que están vinculados por el orden jurídico establecido por un Estado determinado; mientras el derecho adjetivo está integrado por aquellas normas dictadas por el órgano competente del Estado que permiten el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que se establecen a través del derecho sustantivo.

El derecho sustantivo, sin duda alguna, regula y fundamenta directamente el contenido de los derechos, obligaciones, deberes y facultades. En materia de inversión estos derechos están plasmados en los acuerdos internacionales sobre inversiones (AII) a través del trato de la nación más favorecida, trato nacional, trato no discriminatorio, indemnización en caso de expropiación, nivel mínimo de trato —trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas—, compensación por expropiación, transferencias, etcétera. El derecho sustantivo es el que trata sobre el fondo de la cuestión, reconociendo derechos y obligaciones.

El derecho adjetivo, por su parte, comprende las normas destinadas a garantizar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones

<sup>1387</sup> *Wintershall vs. Argentina*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párrs. 160, 167 y 188.

<sup>1388</sup> *Hochtief vs. Argentina*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 66.

consagradas por el derecho sustantivo. A través de derecho adjetivo rescatamos la forma en que se hace valer el derecho sustantivo, de tal suerte que ambos derechos forman un cuerpo normativo complementario, pues son dependientes el uno del otro; sin el derecho adjetivo el derecho sustantivo no podría hacerse realidad, y sin el sustantivo el adjetivo no tendría sentido. En el derecho de las inversiones existen diferentes normas de carácter adjetivo inmersas en AII, por ejemplo, los derechos contenidos en la cláusula de solución de controversias.

Sin embargo, no podemos abandonar el argumento de que los derechos adjetivos comprendidos dentro de un cuerpo jurídico internacional, como un APPRI, son producto del ejercicio de la soberanía de los Estados en pleno uso de sus facultades públicas. En ese sentido, los Estados delegan en las cláusulas de solución de controversias una parte de su inmunidad jurisdiccional.<sup>1389</sup> Es decir, los Estados ostentan la jurisdicción original de las controversias, y a través de la celebración de los APPRI, restringen esa jurisdicción exclusiva para convertirla en una inmunidad relativa. Bajo esta mirada, no puede pretenderse que a través de una CNMF se modifique el régimen establecido por los Estados contenido en la cláusula de solución de diferencias.

Por ello, nos remitimos al segundo principio aportado por el tribunal *Hochtief vs. Argentina*,<sup>1390</sup> según el cual, aun aceptando la premisa de que el beneficio de la CNMF sea aplicable a la cláusula de solución de controversias las CNMF están sujetas a limitaciones implícitas. Una de ellas es respetar el principio *ejusdem generis*, pues la cláusula solo puede aplicarse con relación en la materia que tenían presente ambos Estados cuando insertaron la cláusula en su tratado.<sup>1391</sup>

Así, si la CNMF impone la obligación de conceder a los inversores en el marco de un APPRI en concreto un TNMF respecto a normas contenidas en el régimen de una cláusula de solución de controversias, dicha CNMF no puede generar el derecho de gozar de un derecho adjetivo nuevo si el propio APPRI no prevé dicho beneficio. En otras palabras, no puede argüirse la obtención de un beneficio contenido en otro tratado que no esté previsto en el propio tratado base. No podría, por ejemplo, ser atraído el consenti-

<sup>1389</sup> Meessen, Karl M., "State Immunity in the Arbitral Process", *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, Studies in Transnational Economic Law, The Hague, vol. 18, 2004, pp. 387 y ss.; Langkeit, Jochen, *Staatenimmunität und Schiedsgerichtsbarkeit*, Heidelberg, Verlag Recht & Wirtschaft, 1989; Fox, Hazel, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2002, pp. 68-99.

<sup>1390</sup> *Ibidem*, párrs. 72 y 75.

<sup>1391</sup> *Ibidem*, párr. 77.

miento para someter la controversia ante un determinado foro (*Plama vs. Bulgaria*), tampoco podría ampliarse el ámbito de aplicación de la cláusula de solución de diferencias contenida en el tratado base (*Beschander vs. Rusia*, *Telenor vs. Hungría* o *Renta4 vs. Rusia*),<sup>1392</sup> o que el tribunal conociera de cuestiones contractuales, si no está previsto en un APPRI determinado que el tribunal arbitral tenga competencia para ello (*Salini vs. Jordania* o *Impregilo vs. Pakistán*). Así, la CNMF estipula la manera en que debe tratarse a los inversores cuando estos ejercen los derechos que les han sido conferidos por el APPRI en cuestión; sin embargo, no pretende otorgarles ningún derecho adicional al conferido en el propio tratado base.<sup>1393</sup>

Debe ser rechazada la presunción de las partes con respecto a la intención que estas tenían para que la CNMF generara derechos enteramente nuevos, cuando los mismos no estaban comprendidos en el propio APPRI en cuestión. La CNMF estipula un estándar de trato y lo define en función del trato que ha de darse a terceros; no es, por el contrario, un pasaporte ilimitado para atraer cualquier disposición que no haya sido contemplada en el tratado base. Como atinadamente lo sostuvo el tribunal arbitral en el caso *Hochtief vs. Argentina*: “la cláusula NMF no constituye un *renvoi* a una gama de fuentes y sistemas de derechos y obligaciones totalmente diferentes, sino un principio aplicable al ejercicio de derechos y obligaciones efectivamente garantizados por el TBI que contenga la cláusula NMF”.<sup>1394</sup>

Un temor legítimo mostrado por gran parte de la literatura y los tribunales arbitrales es la presencia del *treaty shopping*. Entendemos por este la facilidad que pudiera tener el inversor extranjero para atraer al tratado base cualesquiera disposiciones procedentes de tratados referencia para crear un “súper tratado”. En el caso que nos compete se trataría de la utilización del *treaty shopping* a través del uso de la CNMF contenida en el tratado base para atraer cualesquiera elementos contenidos en la cláusula de solución de diferencias procedentes del o los tratados referencia con la finalidad de crear una “súper cláusula de solución de diferencias”. Si aplicamos la regla antes citada establecida por el tribunal *Hochtief vs. Argentina* evitaremos, sin duda alguna, el tan temido *treaty shopping*.<sup>1395</sup>

<sup>1392</sup> *Renta 4 vs. Rusia*, *cit.*, SCC, laudo sobre jurisdicción.

<sup>1393</sup> *Hochtief vs. Argentina*, *cit.*, decisión a la jurisdicción, párr. 79.

<sup>1394</sup> *Ibidem*, párr. 81.

<sup>1395</sup> Véase, por ejemplo, Lawton Kirtley, William, “The Transfer of Treaty Claims and Treaty-Shopping in Investor-State Disputes”, *JWIT*, vol. 10, nr. 3, junio de 2009, pp. 427-461; *Renta 4 vs. Rusia*, *cit.*, SCC, laudo sobre jurisdicción, párr. 92, “Speculations as to policy desiderata thought to favour one reading or another of an instrument should be considered with care. An example is the occasional reflection that Access to different types of dispute