

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

ARBITRAJE DE INVERSIÓN: COMPETENCIA DE TRIBUNALES
ARBITRALES INTERNACIONALES. CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS
FAVORECIDA

T E S I S

Que para obtener el grado de
DOCTORA EN DERECHO

P r e s e n t a

Irene Gabriela García Corona

Tutores:

Dra. Sonia Rodríguez Jiménez (directora de Tesis)

Dr. Francisco González de Cossío

Dr. Miguel Rábago Dorbecker

Dr. Claus von Wobeser

Dr. Gabriel Cavazos Villanueva

Ciudad Universitaria, 9 de abril 2012



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

CONTENIDO

ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN	11
<i>Desarrollo de la investigación</i>	<i>18</i>
CAPÍTULO 1	21
MARCO JURÍDICO, DESARROLLO Y TRASFONDO DE LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES	21
I. PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EN EL DERECHO INTERNACIONAL	21
A. <i>Protección diplomática y el rol de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) – su relevancia en conflictos en materia de inversión.....</i>	<i>28</i>
1. Sinopsis de la protección diplomática.....	28
2. La protección diplomática y la Corte Internacional de Justicia (CIJ) – su relevancia en conflictos en materia de inversión	32
B. <i>Tratados Plurilaterales para la Protección de las Inversiones</i>	<i>37</i>
1. El Acuerdo Multilateral de Inversión (AMI).....	37
2. Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) – Capítulo XI	40
a. <i>Sección A del Capítulo XI – derechos sustantivos</i>	<i>41</i>
aa) Trato nacional y cláusula de la nación más favorecida.....	42
bb) Nivel de trato y nivel mínimo de trato.....	43
cc) Prohibición de requisitos de desempeño	44
dd) Expropiación e indemnización	44
ee) Altos ejecutivos y consejos de administración y transferencias.....	45
ff) Reservas, excepciones y denegación de beneficios.....	46
gg) Formalidades especiales, requisitos de información.....	47
hh) Relación con otros Capítulos y medidas relativas al medio ambiente	48
b. <i>Sección B –Solución de controversias Inversor-Estado</i>	<i>49</i>
aa) Sujetos que pueden someter una reclamación	49
bb) Requisitos previos a la presentación de una reclamación	50
i Solución de una reclamación mediante consulta y negociación y aviso de intención por escrito	50
ii Periodo de espera (<i>cooling off period</i>), renuncia por escrito y cláusula de bifurcación (<i>fork in the road</i>)	50
iii Reglas aplicables a los procedimientos de arbitraje – CIADI, Mecanismo Complementario del CIADI, Reglas de Arbitraje de la CNUDMI	51
cc) Los árbitros y la integración del tribunal arbitral.....	52
dd) Sede del procedimiento arbitral y medidas provisionales	53
ee) Derecho aplicable, interpretación de los anexos y dictámenes de expertos	54
ff) Acumulación de procedimientos	54
gg) Laudo definitivo y su ejecución	55

c. Luces y sobras del Capítulo XI del TLCAN	57
3. El Tratado sobre la Carta de la Energía (<i>Energy Charter Treaty</i> , ECT) .59	
a. La Carta de la Energía es un sistema – proceso de la Carta	59
b. El Tratado sobre la Carta de la Energía – ECT	63
aa) Estructura del ECT	64
bb) Contenido y objetivos	65
cc) Promoción y Protección de las Inversiones	65
i Cláusula general	67
ii Expropiación	68
iii Transferencias	69
iv Altos ejecutivos	70
v Compensación por pérdidas	71
vi Relación con otros Acuerdos	71
c. Solución de controversias	72
- Solución de controversias inversor-Estado del ECT.	73
C. Acuerdos Bilaterales de Protección de las Inversiones (APPRI)	75
1. Contenido y objetivos	76
a. Contenido estándar	76
b. Ámbito de aplicación del APPRI	82
c. Otras cláusulas específicas	84
d. Objetivos estratégicos	86
2. Luces y sombras	88
II. DERECHO NACIONAL DE LAS INVERSIONES	91
III. EL CONTRATO DE ESTADO INTERNACIONAL (STATE CONTRACT)	94
CAPÍTULO 2	106
ARREGLO DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIÓN	106
I. TRIBUNALES NACIONALES	106
II. TRIBUNALES ARBITRALES	108
A. Procedimientos <i>ad hoc</i> y las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).....	109
B. Instituciones privadas de arbitraje	112
C. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).....	114
1. El procedimiento arbitral del CIADI.....	116
a. Ámbito de aplicación del Convenio del CIADI en breve	118
aa) Requisito de consentimiento al Arbitraje (<i>ratione voluntatis</i>) ...	119
bb) Requisitos de las partes involucradas (<i>ratione personae</i>)	126
cc) Requisito material - inversión (<i>ratione materiae</i>).....	150
b. El procedimiento arbitral del CIADI en breve.....	159
aa) Composición del tribunal.....	160
bb) Procedimientos frente al tribunal arbitral.....	163
cc) Facultades y funciones del tribunal.....	164

dd) Derecho aplicable	165
ee) Laudos del CIADI.....	166
c. Recursos contra un laudo emitido por un tribunal arbitral bajo el CIADI	167
aa) Rectificación, aclaración y revisión	167
bb) Recurso de anulación	169
d. Reconocimiento y ejecución de los Laudos de un tribunal arbitral del CIADI.....	176
2. El procedimiento arbitral bajo el Mecanismo Complementario del CIADI (ICSID Additional Facility).....	177
III. CONSULTAS, PERIODOS DE ESPERA, RENUNCIAS Y OTROS PROCEDIMIENTOS PREVIOS O PREPARATORIOS	182
CAPÍTULO 3	192
LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA (CNMF O MFNC) EN EL DERECHO DE LAS INVERSIONES	192
I. INTRODUCCIÓN	192
II. ORIGEN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS	193
III. EL TRATO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA (TNMF) EN EL DERECHO DE LAS INVERSIONES	196
A. La Comisión de Derecho Internacional y la CNMF.....	200
B. Definición y operación	202
1. Operación de la cláusula	203
a. Redacción por referencia (<i>drafting by reference</i>)	204
b. Origen del beneficio limitado a una cláusula en vigor – <i>ratione temporis</i>	204
c. El origen del beneficio nace de un acuerdo entre el Estado garante y el Estado beneficiario.....	206
2. Extensión de los beneficios	207
C. Ámbito de aplicación – el principio <i>ejusdem generis</i>	208
D. Trato o tratamiento más favorable	212
E. Límites en la aplicación de la CNMF	220
1. Límites basados en el ámbito de aplicación del tratado base.....	221
2. Límites explícitos a la aplicación de la CNMF contenidos en el cuerpo de los Acuerdos Internacionales de Inversión	223
IV. REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE TRATADOS EN DERECHO INTERNACIONAL	229
A. Las Partes como interpretadores originales de los Tratados.....	230
B. La interpretación de los Tratados derivada de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.....	230
C. Los métodos Interpretativos inmersos en la Regla de Interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena	235
1. La aproximación textual: sentido natural y corriente (<i>natural and ordinary meaning</i>).....	236

2. La interpretación sistemática	238
- El “contexto” debe ser usado para la adecuada interpretación de un tratado	239
3. La interpretación teleológica	240
D. La interpretación restrictiva e interpretación efectiva	248
E. La Aplicación de la Regla interpretativa de la Convención de Viena por los tribunales arbitrales internacionales en inversión y otros métodos interpretativos	251
V. LA INTERPRETACIÓN DE TRATADOS Y LA CNMF – ANTECEDENTES CASUÍSTICOS ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ)	259
A. Caso de la compañía petrolera Anglo-Iraní (Anglo-Iranian Oil Company)	260
B. Caso Ambatielos	264
C. Caso Concerniente a los Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos	269
CAPÍTULO 4	272
ATRACCIÓN DE DISPOSICIONES RELATIVAS A LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS A TRAVÉS DE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA (CNMF O MFNC)	272
I. ANÁLISIS CASUÍSTICO DE LAUDOS ARBITRALES	272
A. Uso de la CNMF para evitar el periodo de espera (waiting period)	272
1. Periodo de espera de seis meses para arreglo amistoso	272
2. Periodo de espera en combinación con sometimiento de controversia ante tribunales locales y el uso de la CNMF para evitarlo	275
a. El caso <i>Maffezini vs. España</i> (decisión a la jurisdicción, 25 de enero del 2000)	275
b. <i>Siemens vs. Argentina</i> (decisión a la jurisdicción, 3 de agosto del 2004)	286
c. <i>Camuzzi International S.A. vs. Argentina</i> (decisión a la jurisdicción, 10 de junio del 2005)	292
d. <i>Gas Natural vs. Argentina</i> (decisión a la jurisdicción, 17 de Junio del 2005)	296
e. <i>National Grid vs. Argentina, CNUDMI</i> (decisión a la jurisdicción, 20 de junio 2006)	305
f. <i>Suez/AWG vs. Argentina</i> (decisión a la jurisdicción, 3 de Agosto del 2006)	308
g. <i>Wintershall vs. Argentina</i> (laudo, 8 de diciembre 2008)	318
aa) No puede presumirse que la disposición contenida en el tratado referencia es más favorable que la contenida en el tratado base	320
bb) Reconocimiento de las partes del periodo de dieciocho meses como prerrequisito para acceder al arbitraje del CIADI	321
cc) Interpretación de las normas	321
dd) Sometimiento ante cortes locales como condición previa al consentimiento al arbitraje internacional	328

ee)	El artículo 10(2) del APPRI Argentina-Alemania es materia de política pública	331
ff)	Procedimientos previos en forma de periodos de espera no son requisitos jurisdiccionales	332
gg)	Extensión de la CNMF contenida en el artículo 3 al artículo 10 del APPRI Argentina-Alemania	334
h.	<i>Hochtief Aktiengesellschaft vs. Argentina (decisión a la jurisdicción, 24 octubre 2011)</i>	342
aa)	Posibilidad de aplicar la CNMF a la solución de diferencias	344
bb)	Limites a la jurisdicción y la CNMF	346
B.	<i>Uso de la CNMF para evitar el agotamiento de recursos judiciales internos</i> ..	349
a.	<i>El agotamiento de recursos judiciales internos como derecho consuetudinario internacional</i>	349
b.	<i>El requisito de agotamiento de recursos en el sistema moderno de protección de las inversiones</i>	354
c.	<i>El agotamiento de recursos judiciales internos conforme al artículo 26 del Convenio de Washington</i>	358
C.	<i>Atracción de la cláusula de bifurcación (fork in the road)</i>	359
D.	<i>Uso de la CNMF para acceder a la jurisdicción arbitral internacional</i>	362
1.	Atracción del consentimiento a todo un sistema de solución de controversias del CIADI	363
-	<i>Plama vs. Bulgaria (decisión a la jurisdicción, 8 de febrero del 2005) importación de todo el sistema de solución de controversias</i>	363
2.	Atracción de una cláusula más amplia de solución de controversias	376
a.	<i>Berschader vs. Rusia (SCC, laudo, 21 de abril del 2006)</i>	376
b.	<i>Telenor vs. Hungría (laudo, 13 de septiembre del 2006)</i>	384
E.	<i>Atracción de la instancia revisoría – tribunal de apelación (CAFTA)</i>	391
F.	<i>Atracción de pretensiones contractuales a través de la CNMF</i>	392
1.	Diferencia entre violaciones contractuales y violaciones convencionales	393
2.	<i>Salini vs. Jordania (decisión a la jurisdicción, 29 de noviembre del 2004)</i>	396
3.	<i>Impregilo vs. Pakistán (decisión a la jurisdicción, 22 de abril 2005)</i>	402
a.	<i>El artículo 9 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)</i>	409
b.	<i>A través del uso de la CNMF contenida en el artículo 3 el tribunal arbitral no puede conocer de violaciones contractuales (contract claims)</i>	410
II.	SUBSUNCIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN BASADA EN LAS CORRIENTES MAFFEZINI Y PLAMA – ATRACCIÓN DE DISPOSICIONES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS A TRAVÉS DE LA CNMF	411

A. <i>El caso Ambatielos – error en su interpretación y supuestos jurídicos (Maffezini vs. España)</i>	412
B. <i>El consentimiento a arbitraje debe estar plasmado de manera “clara e inequívoca”</i>	415
C. <i>La cláusula de solución de controversias como un todo jurídico</i>	420
D. <i>Justificación para la excepción de atracción de disposiciones de solución de controversias (Maffezini vs. España)</i>	421
E. <i>La CNMF y las restricciones de política pública</i>	422
F. <i>La CNMF y las restricciones de orden público (ordre public)</i>	430
a. <i>El orden público</i>	430
b. <i>Orden público como impedimento para atraer normas de solución de controversias de un APPRI</i>	432
G. <i>La cercanía de las corrientes Maffezini vs. España y Plama vs. Bulgaria</i>	436
CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS	442
FALLOS RELEVANTES	448
BIBLIOGRAFÍA	459

ABREVIATURAS

AAA	<i>American Arbitration Association</i>
Acuerdo ASEAN/ ASEAN Agreement	<i>ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments</i> , del 15 de diciembre de 1987
Acuerdo Global de las Inversiones ASEAN/AGI-ASEAN	<i>ASEAN Comprehensive Investment Agreement</i> , del 26 de febrero del 2009.
Additional Facility Rules	Mecanismo complementario del CIADI
AGCS/GATS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
AI o Arb.Int.	<i>Arbitration International</i> (revista)
AII	Acuerdos Internacionales sobre Inversiones
AJIL	<i>The American Journal of International Law</i>
ALCA	Área de Libre Comercio de las Américas (proyecto)
Am. J. Int'l L.	The American Journal of International Law
AMI/MAI	Tratado Multilateral de Inversiones o Multilateral Agreement on Investment
APPRI/ABI/BIT/TPPI/ TBI	Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones/Acuerdos Bilaterales de Protección de las Inversiones
ASEAN	Asociación de Naciones del Asia Sudoriental
BID/IDB	Banco Interamericano de Desarrollo (<i>Inter-American Development Bank</i>)
BIT	<i>Bilateral Investment Treaty</i> (véase APPRI)
BJIL	<i>Berkeley Journal of International Law</i>
BYIL/ Brit. Y.B. Int'l L.	<i>British Yearbook of International Law</i>
CCI/ICC	Cámara de Comercio Internacional
CDI/ILM	Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas
CEI	Contrato de Estado Internacional
CENTRO	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, véase CIADI
CERDS	<i>Charta of Economic Rights and Duties of States</i> , UN-Resolution 3281 (XXIX) del 12 de diciembre 1974
Cfr.	confrontar
Cfr. orig.	confrontar original
Cfrc.	confrontación

CIADI/ICSID	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIJ/ICJ	Corte Internacional de Justicia (<i>International Court of Justice</i>)
CIS	<i>Commonwealth of Independent States</i> (CIS)
CJIL	<i>Chinese Journal of International Law</i>
CNMF	cláusula de la nación más favorecida
CNUDMI o UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional
Convenio/Convenio del CIADI/Convenio de Washington	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
CVDT/Convención de Viena	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969
DCI	Derecho Comercial Internacional
DIP	Derecho Internacional Público
DIPr.	Derecho Internacional Privado
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.
DRJ	<i>Dispute Resolution Journal</i>
EBRD	<i>European Bank for Reconstruction and Development</i>
ECT	<i>Energie Charter Treaty</i> (el Tratado sobre la Carta de la Energía)
ed.	editor
eds.	editores
EE/State Entities	entidades de Estado
EIB	European Investment Bank
EJIL	European Journal of International Law
EPIL	Bernhard Ed., Encyclopedia of Public International Law (s. Auswahl völkerrechtlicher Nachschlagewerke, Lehrbücher, Dokumentensammlungen, Bibliographien und Internet-Seiten, A.)
et al.	y otros
et seq.	y siguientes
ETN	Empresas transnacionales
GATS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>)
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio

GYIL	<i>German Yearbook of international Law</i>
Hastings Int'l & Comp. L. Rev.	Hastings International & Comparative Law Review
I.L.M./ILM	<i>International Legal Materials</i>
ICJ	International Court of Justice (véase CIJ)
ICSID Review-FILJ	<i>ICSID Review-Foreign Investment Law Journal</i>
IDR	<i>Journal of International Dispute Resolution</i>
IED	Inversión extranjera directa
IFC	International Finance Corporation
IIA	<i>International Investment Agreement</i>
ILA	<i>International Law Association</i>
ILR	<i>International Law Reports</i>
IMF	<i>International Monetary Fund</i>
Int. A.L.R.	<i>International Arbitration Law Review</i>
JIEL	<i>Journal of International Economic Law</i>
JintArb	<i>Journal of International Arbitration</i>
JWIT	<i>The Journal of World Investment & Trade</i>
LCIA	<i>London Court of International Arbitration</i>
LNTS	<i>League of Nations Treaty Series</i>
Mealey's IAR	<i>Mealey's Internacional Arbitration Reports</i>
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MIGA	<i>Multilateral Investment Guarantee Agency</i>
MNE	empresas multinacionales
NAFTA	<i>North American Free Trade Agreement</i> , véase TLCAN
NGO	<i>Non-Governmental Organization</i>
nr.	número
OCDE/OECD	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico/ <i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i>
ONU/UN/UNO	Organización de las Naciones Unidas
p.e.	por ejemplo
pág.	página
págs.	páginas
párr.	párrafo
párrs.	párrafos
PCIJ	<i>Permanent Court of International Justicia</i> (Corte Permanente

	de Justicia Internacional)
Proyecto sobre las CNMF	Proyecto de Artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida
Reglamento del Mecanismo Complementario	Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Reglas de Arbitraje	Las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI
Reglas de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL	Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional
SCC	Cámara de Comercio de Estocolmo (Stockholm Chamber of Commerce)
ss.	subsecuentes
TDM	<i>Transnational Dispute Management</i>
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TNMF	trato de la nación más favorecida
TRIPS	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)/(<i>Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights</i> , TRIPS)
UNCITRAL	<i>UN Commission for International Trade Law</i> , véase CNUDMI
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (<i>UN Conference on Trade and Development</i>)
UNDP	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (UN Development Programme)
UNIDO	<i>UN Industrial Development Organisation</i>
USFedArbAct	<i>Federal Arbitration Act</i> (USA)
Vand. J. Transnat'l L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
vol.	volumen
vs.	<i>versus</i> , contra
WAIPA	<i>World Association of Investment Promotion Agencies</i>
WIPO	<i>World Intellectual Property Organisation</i>
World Bank/ IBRD/	<i>International Bank for Reconstruction and Development</i>
WTO	<i>World Trade Organisation</i>
YBCA	<i>Yearbook of Commercial Arbitration</i>
YBILC	<i>Yearbook of the International Law Commission</i>

Introducción

En el Derecho Internacional el trato de la nación más favorecida (TNMF) junto al trato nacional (TN)¹ son la piedra angular del principio de no discriminación. No obstante, éstos no forman parte del derecho consuetudinario internacional, por tanto, no tienen carácter obligatorio. Así, cada Estado tiene la libertad originaria para beneficiar o no a otros Estados.² La materialización del TNMF se realiza, generalmente, a través de una cláusula de la nación más favorecida (CNMF) contenida en un tratado internacional específico. Conforme al TNMF un Estado se obliga a otorgar a otro Estado o a sus beneficiarios un trato no menos favorable que el otorgado a un tercer Estado, o a sus beneficiarios, en igualdad de circunstancias y bajo las mismas condiciones.³ El TNMF es un principio de no discriminación otorgado entre Estados soberanos; en palabras de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) el propósito de la cláusula de la nación más favorecida (CNMF) es “establecer y mantener en todo momento igualdad fundamental sin discriminación entre todos los otros países involucrados”.⁴

El origen del TNMF se remonta a los contratos de carácter comercial celebrados en la Edad Media,⁵ no obstante, en tiempos modernos el trato fue anclado como “principio fundamental” en el artículo I (1) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1947) y su posterior adopción a

¹ Mediante el principio de trato nacional un Estado se obliga a otorgar a otro, así como a sus beneficiarios un trato semejante al otorgado a sus nacionales. No obstante, el presente estudio no se ocupará de dicho principio, sino se limitará al estudio del trato de la nación más favorecida.

² **Prieß/Berrisch**, *WTO-Handbuch. World Trade Organisation*, C. H. Beck, Munich, 2003, pag. 96, párr. 80.

³ *Idem*.

⁴ **Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco** (France vs. United States of America), ICJ, Judgment. 27.08.1952, general list no. 11, pag. 192. También citado como **caso concerniente a los derechos de los nacionales de EU en Marruecos**, *cf. orig.*, “to establish and maintain at all times fundamental equality without discrimination among all of the countries concerned”.

⁵ **Schill**, Stephan W., “Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses”, *Berkeley Journal of International Law (BJIL)*, vol. 27, nr. 2, septiembre 2009, pag. 496(509); **Chukwumerije**, Okezie, “Interpreting Most-Favored-Nation Clauses in Investment Treaty Arbitrations”, *JWIT*, vol. 8, nr. 5, octubre 2007, pag. 608; **United Nations. International Law Commission**, “First Report on the Most-Favored Nation-Clause”, *YBILC*, vol. II, 1969, pag. 157 y ss; **Kramer**, Stefan, “Die Meistbegünstigung”, *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, 1989, pag. 478.

través de GATT 1994;⁶ principio posicionado como una de las columnas del sistema de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y adoptado además por el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS),⁷ y en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPS por sus siglas en inglés) de distinta forma.⁸

De conformidad con el artículo I (1) del GATT 1994 una violación de la obligación de la nación más favorecida se presenta cuando: “(a) recae en el ámbito de aplicación del artículo I (1); (b) constituye una ventaja, un favor, un privilegio o inmunidad en el sentido del artículo I (1) del GATT; (c) los productos beneficiados y aquellos productos, sobre los cuales recae la ventaja son similares; y, (d) el beneficio o ventaja no hayan sido concedidos inmediata e incondicionalmente”.⁹ En términos generales puede afirmarse que el beneficio otorgado por la CNMF en el Derecho Comercial Internacional (DCI) opera de forma automática.

En el Derecho de las Inversiones el TNMF no opera de la misma forma que en el DCI puesto que no existe un sistema uniforme como el de la OMC, sino un sinnúmero de Acuerdos Internacionales de Inversión (AII); prácticamente cada cláusula está redactada de manera distinta, por ello, toda cuestión relativa a la interpretación de una CNMF debe resolverse *in casu*.

Dado que el Derecho de las Inversiones no es un sistema uniforme, no podemos hablar de textos de las CNMF idénticos, sino similares. El sistema de Derecho de las Inversiones es de una complejidad tal, que se requiere un verdadero estudio a profundidad para poder comprender su funcionamiento. Podemos decir a *grosso modo* que el sistema está integrado por una gran

⁶ **General Agreement on Tariffs and Trade, GATT, 30. octubre 1947.** Dicho precepto establece: artículo 1(1). Trato general de la nación más favorecida “(...) cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado”; **Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch. World Trade Organisation, C. H. Beck, Munich, 2003, págs. 96-103, párrs. 79-100.**

⁷ Véase **GATS**, artículos II (1) y XVI (2).

⁸ Véase **TRIPS** artículo 4 (1).

⁹ **Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch. World Trade Organisation, op. cit.,** pág. 99, párr. 88.

cantidad de AI entre los que destacan más de 2800 Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI),¹⁰ una infinidad de Acuerdos Comerciales, como por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA)¹¹ o el Tratado sobre la Carta de la Energía (Energy Charter Treaty, ECT),¹² y un sinnúmero de Contratos de Estado Internacionales (*State Contract*),¹³ que son contratos celebrados entre inversores extranjeros y Estados anfitriones o con una de sus entidades estatales (*State Entities*).¹⁴

El primer APPRI celebrado entre Alemania y Pakistán en 1959¹⁵ ancló la CNMF en su artículo 2 el cual prevé:

¹⁰ Actualmente existen más de 2800 tratados bilaterales de inversión (citados en adelante como APPRI en singular, APPRIs en plural, BIT o BITs en plural por sus siglas en inglés de la denominación *Bilateral Investment Treaties*). Para obtener más información al respecto véase **UNCTAD**, *World Investment Report 2009. Transnational Corporations, Agricultural Production and Development*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009, pag. 32, http://www.unctad.org/en/docs/wir2009pt1_en.pdf, abril 2012.

¹¹ Véase capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (***North American Free Trade Agreement, NAFTA o TLCAN***). El TLCAN entró en vigor el 1 de enero de 1994, publicado en 32 *ILM* 289 (1993).

¹² Véase ***The Energy Charter Treaty***, 17 de diciembre de 1994, publicado en 34 *ILM* 360 (1995). **Acta final de la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía - Anexo 1: El Tratado sobre la Carta de la Energía - Anexo 2: Decisiones con respecto al Tratado sobre la Carta de la Energía**, *Eur-Lex*, Diario Oficial n° L 380 de 31/12/1994 p. 0024 – 0090, 21994A1231(52). Para su consulta en línea: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21994A1231\(52\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21994A1231(52):ES:HTML), noviembre 2011. También citado como **El Tratado sobre la Carta de la Energía o ECT**.

¹³ Un *State Contract* o Contrato de Estado Internacional es un contrato celebrado entre un inversor y un Estado anfitrión o una de sus entidades (cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado). Véase **Horn**, Norbert, "Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and Means", en **Horn**, Norbert/ **Kröll**, Stefan (eds.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, Studies in Transnational Economic Law, vol. 19, Kluwer Law International, The Hague, 2004, pags. 12, 13.

¹⁴ Las entidades o entes jurídicos directos o indirectos de un Estado serán citados a lo largo de la presente investigación como entidades de Estado o *State Entities*.

¹⁵ **APPRI Alemania-Pakistán**. Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen, firmado el 25 de noviembre de 1959, en vigor el 28 de abril de 1962, 457 UNTS 23; 1961 BGBl II 739. También citado como **APPRI Alemania-Pakistán de 1959**. Este APPRI será reemplazado por una versión moderna, **APPRI Alemania-Pakistán**. Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Islamischen Republik Pakistan über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, firmado en Berlín el 1 de diciembre del 2009, ratificado por Alemania el 7 de julio del 2011 y por Pakistán en el 2010. También citado como **APPRI Alemania-Pakistán del 2009**. Sin embargo, a abril del 2012 aún no ha entrado en vigor. En la versión del 1 de diciembre del 2009 la CNMF está contenida en el

“Ninguna Parte será sujeto de trato discriminatorio en cualquier actividad llevada a cabo en conexión con inversiones, incluidas la administración efectiva, el uso o disfrute de dichas inversiones por nacionales o compañías de ambas Partes en el territorio de la otra Parte a no ser que disposiciones específicas sean realizadas en los documentos de admisión de una inversión”.¹⁶

A partir de ese APPRI, prácticamente todos los All contienen una CNMF; todas las cláusulas están redactadas de manera distinta, unas redactadas de manera más amplia y otras más estrecha.

En materia de inversión las controversias entre inversores extranjeros y Estados anfitriones son originadas, por lo general, dentro del marco jurídico de un All, especialmente de los APPRIs, pero también, de los tratados plurilaterales y Contratos de Estado Internacionales.

La gran mayoría de instrumentos jurídicos que fundamentan una inversión extranjera prevén diversos mecanismos de solución de controversias. Entre los mecanismos más relevantes de solución de controversias se encuentran: Procedimientos frente a tribunales nacionales, protección diplomática, procesos frente a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), consultas y procesos previos así como el arbitraje.¹⁷

artículo 3 el cual prevé: “article 3. National Treatment and Most-Favoured-Nation Treatment.

(1) Each Contracting State shall accord to investors of the other Contracting State and their investments owned or controlled by them treatment no less favourable than that it accords to its own investors and their investments or to investors and their investments of any third State”.

¹⁶ **APPRI Alemania-Pakistán** de 1959, artículo 2, cfr. orig. “Neither Party shall subject to discriminatory treatment any activities carried on in connection with investments including the effective management, use or enjoyment of such investments by the nationals or companies of either Party in the territory of the other Party unless specific stipulations are made in the documents of admission of an investment”.

¹⁷ El arbitraje dividirse en dos tipos: el arbitraje *ad hoc*, frecuentemente formado de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL, en adelante), y el arbitraje institucional, que a su vez se divide en privado y público. Instituciones arbitrales privadas de arbitraje son, por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Cámara de Comercio de Estocolmo (Stockholm Chamber of Commerce, SCC). Entre las instituciones arbitrales nacidas a través de un acto de Derecho Internacional Público (DIP) sobresale el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI (El cual será citado como el Centro, CIADI o ICSID por sus siglas en inglés (International Centre for Settlement of Investment Disputes) de manera indistinta, creado a través del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y

El presente estudio se limitará al análisis del arbitraje; éste puede dividirse en dos tipos: el arbitraje *ad hoc*, frecuentemente formado de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL, en adelante), y el arbitraje institucional, que a su vez se divide en privado y público. Instituciones arbitrales privadas de arbitraje son, por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Cámara de Comercio de Estocolmo (Stockholm Chamber of Commerce, SCC). Entre las instituciones arbitrales nacidas a través de un acto de Derecho Internacional Público (DIP) sobresale el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI),¹⁸ el cual es órgano del Grupo del Banco Mundial. Dentro del CIADI existen dos mecanismos de solución de controversias: la conciliación y el arbitraje. A su vez, se ofrecen dos vías de acceso al arbitraje. Por un lado, el regulado por el Convenio de Washington, y por el otro, el regulado por el Mecanismo Complementario del CIADI (*additional facility*).¹⁹

Nacionales de Otros Estados (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (ICSID-Convention)*), presentado a los Gobiernos por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento el 18 de marzo de 1965 que entró en vigor el 14 de octubre de 1966 (el cual será citado en adelante como el **Convenio** o **Convenio de Washington** el cual es órgano del Grupo del Banco Mundial. Dentro del CIADI existen dos mecanismos de solución de controversias: la conciliación y el arbitraje. A su vez, se ofrecen dos vías de acceso al arbitraje. Por un lado, el regulado por el Convenio de Washington, y por el otro, el regulado por el Mecanismo Complementario del CIADI (*additional facility*). El Mecanismo Complementario del CIADI, en inglés *ICSID Additional Facility*, son las reglas sobre el mecanismo adicional para administrar controversias en materia de inversión por la Secretaría del Centro, para los casos en que el Estado origen del inversor o el Estado anfitrión, es decir, en el que una de las partes de la controversia, pero no ambas, es Estado Contratante del Convenio de Washington. El presente estudio se limitará al análisis del arbitraje dejando a un lado todo lo relativo a la conciliación.

¹⁸ El cual será citado como el Centro, CIADI o ICSID por sus siglas en inglés (International Centre for Settlement of Investment Disputes) de manera indistinta, creado a través del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, presentado a los Gobiernos por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento el 18 de marzo de 1965 que entró en vigor el 14 de octubre de 1966 (el cual será citado en adelante como el **Convenio** o **Convenio de Washington**). El nombre oficial del Convenio de Washington en inglés es *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (ICSID-Convention)*. Tanto la versión inglesa como la española del Convenio están disponibles en: <http://www.worldbank.org/icsid/highlights/04-10-06.htm>.

¹⁹ El Mecanismo Complementario del CIADI, en inglés *ICSID Additional Facility*, son las reglas

Los All están compuestos esencialmente por dos partes: la primera, que contiene las disposiciones de carácter sustantivo que entraña los preceptos relativos a la protección y el tratamiento de las inversiones. El derecho sustantivo es el que trata sobre el fondo de la cuestión, reconociendo derechos y obligaciones; en este apartado se encuentra generalmente la CNMF. La segunda, contiene los preceptos de carácter adjetivo, es decir, las normas destinadas a garantizar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones consagradas por el derecho sustantivo; es en esta parte donde se encuentran las disposiciones relativas a la solución de controversias inversor-Estado.

Tradicionalmente se aplica el beneficio de la CNMF a derechos sustantivos.²⁰ Pero, ¿puede aplicarse la CNMF para atraer derechos adjetivos? El planteamiento antes citado fue utilizado por primera ocasión en el caso *Maffezini vs. España*²¹ en

sobre el mecanismo adicional para administrar controversias en materia de inversión por la Secretaría del Centro, para los casos en que el Estado origen del inversor o el Estado anfitrión, es decir, en el que una de las partes de la controversia, pero no ambas, es Estado Contratante del Convenio de Washington.

²⁰ Véase por ejemplo *Rumelii Telekom A.S. vs. Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, award, 29 Julio 2008; *Parkerings-Compagniet AS vs. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, award, 11 septiembre 2007; *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. vs. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, award, 31 julio 2007; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. Pakistán* (ICSID Case No. ARB/03/29), decision on jurisdiction, 14 noviembre 2005. También citado como caso *Bayindir vs. Pakistán*, decisión a la jurisdicción; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. Pakistán*, ICSID Case No. ARB/03/29, laudo, 27 agosto 2009. También citado como caso *Bayindir vs. Pakistán*, laudo; *CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, laudo, 12 mayo 2005. También citado como caso *CMS vs. Argentina*, laudo; *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, award, 25. Mayo 2004. También citado como *MTD vs. Chile*, párr. 100-104; *MTD vs. Chile*, decision on annulment, 21. marzo 2007; *Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI caso no. ARB(AF) /00/2, laudo, 29 mayo de 2003. También citado como caso *Tecmed vs. México*, laudo; *ADF Group Inc. vs. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9. January, 2003. También citado como caso *ADF vs. USA*, párr. 194; *Pope & Talbot vs. Canadá*, UNCITRAL (NAFTA), Award on the Merits of Phase 2. 10. Abril 2001. También citado como *Pope & Talbot vs. Canadá*, párrs. 108-109, 110-111, 117; *Pope & Talbot vs. Canadá*, Award in Respect of Damages, 31. mayo 2001, párr. 12, 66; *Asian Agricultural Products Limited vs. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, 27. Junio 1990. También citado como caso *AAPL vs. Sri Lanka*, párr. 54; *Société Générale vs. The Dominican Republic*, LCAI Case No. UN 7927, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction. Para un acercamiento al análisis sobre la aplicación de la CNMF a derechos sustantivos véase *UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2010, pags. 58-66.

²¹ *Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decisión sobre jurisdicción, 25. Enero 2000. También citado como caso *Maffezini vs. España*, decisión a la jurisdicción.

el año 2000. En el caso citado el tribunal arbitral decidió que sí era posible. A partir de entonces, se ha desatado una acalorada discusión en la doctrina y distintos tribunales arbitrales han decidido al respecto con opiniones encontradas y en ocasiones con razonamientos confusos al respecto. Sobresale el caso *Plama vs. Bulgaria*,²² el cual decidió de manera opuesta al tribunal *Maffezini vs. España*.

De ahí que sea necesario realizar un estudio profundo basado en el análisis de un gran número de laudos arbitrales, así como las opiniones sostenidas en la literatura especializada por estudiosos, practicantes y expertos en arbitraje respecto del alcance y ámbito de aplicación de la CNMF aplicable a derechos adjetivos contenidos en la cláusula de solución de controversias.

Esta problemática envuelve a todo el sistema de arbitraje inversor-Estado, esto es, al arbitraje del CIADI, de su Mecanismo Complementario, el arbitraje *ad hoc* conforme a las Reglas de arbitraje de la CNUDMI, así como a otros arbitrajes formados en el marco de la CCI y la SCC, entre otros, que tengan su origen en un All o en un Contrato de Estado Internacional. Debido al acceso restringido a laudos arbitrales emanados de instituciones arbitrales como la CCI y la SCC, la mayoría de los laudos arbitrales y demás decisiones relativas a la jurisdicción analizados en el presente estudio serán los emanados del CIADI, así como de su Mecanismo Complementario.

Por lo anterior, cabe señalar que el objeto de la presente investigación se ocupará de responder si a través del uso de la CNMF contenida en un tratado base, es decir, contenida en un tratado celebrado entre los Estados “A” y “B” puede accederse a derechos procesales o adjetivos; en concreto, a las disposiciones relativas a la solución de controversias, contenidas en un All referencia, celebrado entre los Estados “B” y “C”. Así, nuestra hipótesis será delimitar bajo qué supuestos y circunstancias un inversor extranjero puede acceder al arbitraje internacional atrayendo derechos adjetivos contenidos en la

²² *Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8. February 2005. También citado como: caso *Plama vs. Bulgaria*, decisión a la jurisdicción.

cláusula de solución de controversias de un tratado referencia a través del uso de la CNMF contenida en el tratado base.

Desarrollo de la investigación

Para responder la interrogante anterior se trabajarán sistemáticamente las decisiones y laudos esencialmente contradictorios y se compilarán y analizarán las opiniones sostenidas en la doctrina que se relacionan con la jurisdicción y competencia de los tribunales arbitrales formados en el marco cualquier arbitraje inversor-Estado basado en un AII (sean APPRIs o Tratados de Libre Comercio, TLCs en adelante) o Contrato de Estado Internacional. No obstante que la gran mayoría de los laudos analizados serán los emanados del arbitraje CIADI y su Mecanismo Complementario, la presente investigación aplica a cualquier procedimiento arbitral inversor-Estado. Fin máximo de la presente investigación será que, con base en la exposición de dicho problema, se formularán recomendaciones a través de una sistematización de criterios para contribuir a un mejor entendimiento del tema e instar a una homogeneización y armonización de las decisiones arbitrales que se traduzcan en seguridad jurídica para el arbitraje inversor-Estado.

Para adentrarse en el tema *ratio essendi* de la presente investigación es preciso conocer el marco, desarrollo y trasfondo de la protección de las inversiones, a tal fin se dedicará el Capítulo 1. En dicho capítulo se pondrá especial énfasis en la protección de las inversiones en el Derecho Internacional; se expondrá lo relativo a la protección diplomática, tratados plurilaterales relevantes como el TLCAN y el ECT, así como las generalidades de los APPRIs, el Derecho Nacional de las Inversiones y el Contrato de Estado Internacional. De igual importancia es para el lector entender cómo funciona el sistema internacional de arreglo de controversias en materia de inversión, particularmente del CIADI, por ello, destinamos el *Capítulo 2* a tal cometido. No debemos olvidar que el TNMF y la CNMF tienen su origen en el Derecho Comercial, de ello resulta la relevancia de exponer sus generalidades, origen y antecedentes para poder situarlo en el contexto del Derecho de la Inversión. Igualmente, con el fin de

determinar el ámbito de aplicación y alcance de la CNMF estudiaremos las Reglas de Interpretación de Tratados en el Derecho Internacional en general, así como los antecedentes relativos a la interpretación de la CNMF realizados por la CIJ, así, será el *Capítulo 3* en donde se abordarán dichos temas. Finalmente destinaremos el *Capítulo 4* al estudio de la atracción de disposiciones relativas a la solución de controversias a través de la CNMF. La discusión relativa a la atracción de los derechos adjetivos contenidos en la cláusula de solución de controversias se originó a raíz del caso Maffezini, es decir, en la *praxis*. Además, los efectos de dicha discusión se materializan en los procedimientos arbitrales internacionales de inversión. Por ello, el desarrollo casuístico forma parte de la columna vertebral de la discusión que nos ocupa y requiere su análisis y valoración, sin restar importancia a la incorporación y exploración doctrinal. En ese sentido, se analizarán los casos en los que los tribunales arbitrales se han confrontado con el tema que nos atañe para estudiarlos y complementarlos con el estudio de la doctrina en la materia. A través de la subsunción de los supuestos abstraídos daremos respuesta acerca de si efectivamente y bajo que supuestos pueden atraerse derechos adjetivos contenidos en las cláusulas de solución de diferencias de los AIs a través del uso de la CNMF. En el apartado relativo al análisis casuístico realizaremos una clasificación de los laudos arbitrales estudiados según su temática. Esto se debe, a que han sido estas materias donde surgieron problemas interpretativos en la *praxis* relativos a la extensión de la CNMF a derechos contenidos en la cláusula de solución de controversias, que expondremos de la siguiente forma: a) el uso de la CNMF para evitar el periodo de espera (*waiting period*); b) el uso de la CNMF para evitar el agotamiento de recursos judiciales internos; c) la atracción de la cláusula de bifurcación (*fork in the road*); d) el uso de la CNMF para acceder a la jurisdicción arbitral internacional; e) la atracción de una instancia revisoria; y, f) atracción de pretensiones contractuales a través de la CNMF. El apartado relativo a la subsunción de la argumentación basada en las corrientes Maffezini y Plama para esclarecer su aplicación para la atracción de disposiciones de solución de controversias a través de la CNMF será la cúspide de nuestra investigación, pues

en esta sección se adecuarán sistemáticamente los criterios y argumentos jurídicos antes analizados relativos a la interpretación y alcance de la CNMF a disposiciones relativas a la solución de controversias contenidas en los diversos AIJ. Finalmente, a manera de conclusiones realizaremos una sistematización de los criterios que sugerimos, deben ser tomados en cuenta, para determinar el alcance y ámbito de aplicación de la CNMF.

CAPÍTULO 1

MARCO JURÍDICO, DESARROLLO Y TRASFONDO DE LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES

El desarrollo del derecho de inversión extranjera nacional e internacional es muy dinámico. Especialmente el derecho de inversión extranjera moderno. A pesar de que el derecho de inversiones data de hace muchos siglos, nos centraremos en dar una visión general de su desarrollo a partir de que finalizó la Segunda Guerra Mundial

I. PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Después de la Segunda Guerra Mundial se realizó el primer esfuerzo por establecer reglas internacionales para la protección de las inversiones con expectativas tan altas como las alcanzadas en el ámbito comercial a través del establecimiento del GATT. Dicha negociación es mejor conocida como la Carta de la Habana (*Havana-Charter*),²³ la cual fue firmada por cincuenta y cuatro Estados en el año 1948. Esta Carta preveía, entre otras cosas, que cesaran las medidas irracionales o injustificadas violatorias de derechos e intereses de inversores extranjeros. Ésta fracasó a causa de la posición de los Estados Unidos de América (USA), los cuales encontraron el texto como impreciso y poco claro.

Otra convención de referencia es el Borrador de la llamada “abs-Shawcross Convention”,²⁴ presentada en el año de 1959 por entidades privadas.²⁵

²³ Extracto impreso en: *UNCTAD, International Investment Instruments: A Compendium*, New York/Geneva, 1996, Volume I, pag. 3 y ss.

²⁴ “Abs-Shawcross Convention”, en *UNCTAD, International Investment Instruments: A Compendium*, New York/Geneva, 2000, Volume V, pag. 395 y ss.

²⁵ **Karl**, Joachim, “Aktuelle Probleme des Investitions- und Enteignungsschutzes am Beispiel des Internationalen Konzessionsvertrages”, *Rechtsprobleme von Auslandsinvestitionen. Konzessionen*,

Por su parte, la materialización del nacimiento del derecho de las inversiones ocurrió a través del primer Acuerdo Bilateral de Promoción y Protección de las Inversiones celebrado entre Alemania y Pakistán en 1959.²⁶ Los Acuerdos Bilaterales de Protección de las Inversiones también llamados Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRIS), son tratados internacionales celebrados entre dos Estados destinados a promover y proteger la inversión extranjera.²⁷

En los años setenta, durante la guerra fría entre oriente y occidente cambió totalmente la ideología y posición respecto a las inversiones. Los países en desarrollo enfatizaron el concepto de “Soberanía” apoyados por el bloque soviético. En estos años, la ganancia e intereses de los inversores extranjeros se subordinaron a los intereses nacionales del Estado anfitrión. Empresas multilaterales fueron consideradas como desagradables reliquias o restos del pasado colonial, las cuales preferentemente deberían ser desechadas a través de su completa nacionalización. Esta corriente ideológica resultó en la Resolución de las Naciones Unidas relativa a la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales²⁸ de 1962, la Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional²⁹ y la Carta de los Derechos y Obligaciones Económicas

Vertragsanpassungen, Vergabeverfahren, Baden-Baden, 2003.pag. 38 y ss.

²⁶ **APPRI Alemania-Pakistán**. Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen, firmado el 25 de noviembre de 1959, en vigor el 28 de abril de 1962, 457 UNTS 23; 1961 BGBl II 739. También citado como APPRI Alemania-Pakistán.

²⁷ A partir de la existencia del APPRI Alemania-Pakistán el número de APPRIS ha proliferado dramáticamente, al grado de alcanzar más de 2,807 APPRIS celebrados a la fecha. **UNCTAD**, *World Investment Report 2011. Non-Equity Modes of International Production and Development*, *op.cit.*, pag. 100.

²⁸ **United Nations General Assembly Resolution 1803 (XVII)**, “Permanent Sovereignty over Natural Resources (1962)”, *UNCTAD, International Investment Instruments: A Compendium*, New York/Geneva, 1996, Volume I, pag. 21 y ss.

²⁹ **United Nations General Assembly Resolution 3201 (S-VI)**, “Declaration on the Establishment of a New International Economic Order (1974)”, *UNCTAD, International Investment Instruments: A Compendium*, New York/Geneva, 1996, Volume I, pag. 47 y ss.

de los Estados³⁰ de 1974. Dichas resoluciones fueron aprobadas en contra de los votos de los países industrializados.

En relación directa con el tema de inversión extranjera sobresale el proyecto de Código de Conducta para Empresas Multinacionales.³¹ Con éste se intentaba, en primer lugar, confrontar los derechos de los inversores extranjeros ante un catálogo de obligaciones por igual. Es evidente que las empresas multinacionales deben respetar el derecho nacional del Estado anfitrión. Problemático era que el código quería establecer determinadas reglas de conducta obligatorias, las cuales estaban vagamente formuladas. Estas reglas se tradujeron en cierta inseguridad jurídica que nada convenía a dichas empresas, pues estaría latente de manera constante cierto riesgo de interferencia de acciones de Derecho Internacional Público por el Estado anfitrión contra ellas. Por ello, y ante la fuerte presión de los Estados industrializados, dicho código fracasó a mediados de los años ochenta.

A principios de los años noventa se retornó a la corriente tradicional de la protección de las inversiones. Este movimiento fue facilitado debido al fin del conflicto entre los bloques occidentales y soviéticos que llevó consigo un incremento notable de las inversiones extranjeras a nivel mundial y un trato amigable a los inversores extranjeros. En principio, y bajo la premisa de que las empresas multinacionales pueden contribuir de manera importante al desarrollo tecnológico y económico, se impuso a nivel mundial la liberalización de los mercados y de las inversiones. En muchos países las inversiones existentes fueron incrementadas y las trabas existentes a la inversión fueron eliminadas poco a poco. Esta corriente, llamada Neoliberal, tiene como la mayoría de las corrientes, sus seguidores y sus detractores. En el orden económico mundial tradicional tenemos en primer lugar, a los países industrializados, que, por lo general, son los países exportadores del capital. En segundo lugar, tenemos a los

³⁰ **United Nations General Assembly Resolution 3281 (XXIX)**, “Charter of Economic Rights and Duties of States (1974)”, *UNCTAD, International Investment Instruments: A Compendium*, New York/Geneva, 1996, Volume I, pag. 57 y ss.

³¹ **Ebenroth**, *Code of Conduct – Ansätze zur vertraglichen Gestaltung internationalen Investitionen*, Konstanz, 1987, pag. 583 y ss.

llamados países en transición, que son Estados que hace algunas décadas eran los países en desarrollo, éstos Estados ahora se encuentran en un nivel de avance entre los países en desarrollo y los industrializados, como por ejemplo, China, México, Brasil, India, Turquía y Sudáfrica. Estos Estados aún tienen un déficit importante en el sector social, y algunas veces en el industrial – por ejemplo Turquía y México, sufren, aunque en menor grado, de corrupción y mala distribución de la riqueza; sin embargo, en ocasiones tienen un crecimiento anual acelerado. Los Estados en transición se encuentran en una posición estratégica y están en la posibilidad de negociar cierto tratamiento a las inversiones extranjeras y han dado apertura a los mercados en mayor o menor medida en una competencia a todo galope por ganar el capital extranjero, aún a costa de abatir su capital social.³² En un tercer plano se encuentran los Estados menos desarrollados, los cuales están en absoluta desventaja frente a los países en transición y desarrollados. Los Estados menos desarrollados en muchos casos están imposibilitados para negociar a su favor los tratados y condiciones de inversión frente a los países industrializados y en transición, carecen de la infraestructura y *know-how* necesario para tomar decisiones acertadas frente a los países exportadores del capital y tienen enormes necesidades básicas. Otras desventajas enormes son la existencia de inseguridad jurídica, corrupción, inestabilidad económica, entre otros. A pesar de todas las desventajas que presentan los países menos desarrollados, éstos cuentan frecuentemente con recursos naturales valiosos necesarios para el crecimiento de los países industrializados y en transición, sin embargo, los flujos de inversión hacia éstos no

³² Países como China o Brasil han cuidado sus condiciones de inversión, estableciendo en sus ordenamientos nacionales y tratados internacionales tipo negociados, ciertas cláusulas que benefician y equilibran la inversión de algún modo. En el caso brasileño, a pesar con no contar con APPRI alguno, ha incluido en su legislación nacional los llamados “requisitos de desempeño” tales como, transferencia de tecnología, en algunos sectores formar *joint ventures* con compañías brasileñas, dos terceras partes de los trabajadores deben ser brasileños, entre otros. Para obtener mayor información al respecto véase: **Motta Veiga**, Pedro da, “Foreign Direct Investment in Brazil: regulation, flows and contribution to development”, *IISD*, Mayo 2004. Para su consulta en: http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_country_report_brazil.pdf, abril 2010.

son constantes e incluso han disminuido, especialmente en el caso de los países africanos, según los datos de la UNCTAD.³³

En la actualidad ha cambiado el escenario económico mundial. Los países industrializados siguen dominando el globo, sin embargo, los países en transición han cobrado relevancia en la economía mundial. Datos duros revelados por la UNCTAD dan a conocer la importancia actual de los Estados en transición; Estados de este tipo provenientes del continente Asiático y Latinoamericano no únicamente han incrementado la atracción de IED, sino que se han transformado en verdaderos exportadores de capital. En palabras de la UNCTAD la exportación de IED proveniente del sur, este y sureste asiático creció en un 20% alcanzando aproximadamente un monto de 232 mil millones de dólares en el año 2010. Además, la exportación de capital latinoamericano se ha incrementado en un 67%, proveniente en su gran mayoría de empresas transnacionales brasileñas y mexicanas. Respecto al destino de IED, China y Turquía son los principales receptores de inversión entre los países en transición. Respecto a Latinoamérica Brasil lleva la batuta respecto a la atracción de IED seguido por México.³⁴

Por otra parte, en la evolución de la liberalización de mercados y reformas amigables a la inversión extranjera, por ejemplo, se llevaron a cabo 485 reformas jurídicas con repercusión a la inversión extranjera a nivel mundial dentro del periodo de 1991 a 1995, y 474 reformas relacionadas con la liberalización.³⁵ A

³³ Así lo dió a conocer la UNCTAD en su informe anual: *"In contrast to the FDI boom in developing countries as a whole, FDI inflows to the 48 LDCs declined overall by a further 0.6 per cent in 2010 – a matter of grave concern. The distribution of FDI flows among LDCs also remains highly uneven, with over 80 per cent of LDC FDI flows going to resource-rich economies in Africa. However, this picture is distorted by the highly capital-intensive nature of resource projects. Some 40 per cent of investments, by number, were in the form of greenfield projects in the manufacturing sector and 16 per cent in services."* Véase **UNCTAD**, *World Investment Report 2011. Non-Equity Modes of International Production and Development*, op. cit., pag. xv. No obstante, en dichos Estados se está desarrollando el ámbito de la solución de controversias inversor-Estado, véase **Congyan**, Cai, "Change of the Structure of International Investment and the Development of Developing Countries BIT Practice – Towards A Third Way of BIT Practice", *JWIT*, vol. 8, nr. 6, diciembre 2007, 829-847;

³⁴ **UNCTAD**, *World Investment Report 2011. Non-Equity Modes of International Production and Development*, op. cit., pag. xiv.

³⁵ **UNCTAD**, *World Investment Report 1996 – Investment, Trade and International Policy Arrangements*, New York/Geneva, 1996, pag. 132.

nivel multinacional, desde principios hasta mediados de los años noventa se celebraron el Tratado de Libre Comercio de América del Norte³⁶ (TLCAN o NAFTA) de 1992, que entró en vigor en 1994, el Tratado sobre la Carta de la Energía³⁷ (*Energie Charter Treaty* o ECT) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios³⁸ (AGCS o GATS). El GATS se relaciona con el tema de inversión pues contempla la prestación de servicios sin fronteras con ayuda de la figura de sucursales.

El Tratado sobre la Carta de la Energía es de notable importancia por sus Partes Contratantes,³⁹ puesto que hasta ahora es el tratado multilateral de inversiones especializado más grande.

³⁶ **Tratado de Libre Comercio de América del Norte** (*North American Free Trade Agreement, NAFTA o TLCAN*). El TLCAN entró en vigor el 01 de enero de 1994, publicado en: ILM 32 (1993), pag. 289 y ss.; **Abbott**, Frederick M., "The Political Economy of NAFTA Chapter Eleven: Equality Before the Law and the Boundaries of North American Integration", *HeinOnline – 23 Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 303 (1999-2000), pags. 303-309; **Weiler**, Todd (Ed.), *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, New York, 2004; **Pearce**, Clyde C./COE, Jack, "Arbitration Under NAFTA Chapter Eleven: Some Pragmatic Reflections upon the First Case Filed Against Mexico", *HeinOnline – 23 Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 311 (1999-2000), pag. 311-344; **Vega Cánovas/Posadas Urtusuástegui**, "El Capítulo 11 del TLCAN. Protección a la inversión extranjera", en *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación jurídica: Diez años después*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005, págs. 125-158; **Enriquez**, Raymundo E., "Expropriation Under Mexican Law and its Insertion into a Global Context Under NAFTA", *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 23, 1999-2000, pag. 385-408.

³⁷ Véase **The Energy Charter Treaty**, 17. December 1994. Publicado en: ILM 34 (1995), pag. 360 y ss. Se trata de un tratado del cual, hasta ahora, hay 51 Estados Miembros (toda Europa, las exrepúblicas soviéticas (*Commonwealth of Independent States (CIS)*), Japón y Australia. Su finalidad es promover el trabajo multilateral conjunto en el sector energético. Este tratado incluye todas las formas de cooperación energética como comercio, inversiones, tránsito, eficiencia energética, entre otras. Véase: <http://www.encharter.org/>; **Kene Omalu**, Mirian, *NAFTA and the Energy Charter Treaty. Compliance with Implementation and Effectiveness of International Investment Agreements*, The Hague, London, Boston, 1999, pag. 37 y ss.; **Brower**, Charles H. II, "NAFTA's Investment Chapter: Initial Thoughts About Second-Generation Rights", *Vanderbilt journal of transnational law*, Jg./Bd. 36, 2003, pags. 1533-1566; **Brower**, Charles H. II, "Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter", *Vanderbilt journal of transnational law*, Jg./Bd. 36, 2003, pags. 37-94.

³⁸ Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (*General Agreement on Trade in Services*, AGCS o GATS) impreso en: **UNCTAD**, *International Investment Instruments: A Compendium*, New York/Geneva, 1996, Volume I, pag. 285 y ss.

³⁹ A saber: Albania, Armenia, Austria, Australia (ratificación pendiente), Azerbaiyán, Bielorrusia (ratificación pendiente), Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, República Checa, Chipre, Dinamarca, Estonia, Comunidades Europeas, Finlandia, Francia, Georgia,

En el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE u OECD por sus siglas en inglés) se realizó un nuevo intento de codificación entre los Estados miembros. Cabe mencionar que los miembros de la OECD son en su mayoría Estados exportadores del capital y por lo tanto no representan el espectro completo de Estados a nivel mundial, es decir, los Estados en transición, en desarrollo y menos desarrollados no tuvieron representación. El Tratado Multilateral de Inversiones (*The Multilateral Agreement on Investment* o MAI)⁴⁰ se orientaba en el modelo de tratado bilateral de inversión.

En el marco de las negociaciones del MAI se resucitó hace algunos años un catálogo de obligaciones para empresas multinacionales, el cual encontró su culminación en la adopción en el año 2000 de las Directrices de la OECD para Empresas Multinacionales.⁴¹ A diferencia del código de conducta de las Naciones Unidas, éste no es de carácter obligatorio.⁴² La existencia de un código de conducta obligatorio para empresas multinacionales sería de especial relevancia tomando en cuenta el papel tan importante que juegan los grandes consorcios multinacionales a nivel mundial y, la integración de dicho tema en la agenda de negociaciones dentro de un foro adecuado no debería dejarse a un lado.⁴³

Alemania, Grecia, Hungría, Islandia (ratificación pendiente), Irlanda, Italia, Japón, Kazakstán, Kirguistán, Latvia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Mongolia, Países Bajos, Noruega (ratificación pendiente), Polonia, Portugal, Rumania, Federación Rusa (ratificación pendiente), Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Tayikistán, The former Yugoslav Republic of Macedonia, Turquía, Turkmenistán, Ucrania, Uzbekistán, Reino Unido. Estados observadores: Afganistán, Algeria, Bahrain, República Popular China, Canadá, Irán, República de Corea, Kuwait, Marruecos, Nigeria, Omán, Pakistán, Qatar, Arabia Saudita, Serbia, Túnez, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos de América, Venezuela.

⁴⁰ "The Multilateral Agreement on Investment", **UNCTAD**, *International Investment Instruments: A Compendium*, New York/Geneva, 1996, Volume II, pag. 113 y ss.

⁴¹ **OECD**, *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD Publishing, 2011, <http://www.oecd.org/dataoecd/43/29/48004323.pdf>, noviembre 2011.

⁴² **Karl**, Joachim, "Aktuelle Probleme des Investitions- und Enteignungsschutzes am Beispiel des Internationalen Konzessionsvertrages", *op. cit.*, pag. 40 y ss.

⁴³ *Ibidem*, pag. 40.

Cabe destacar que la Organización Mundial de Comercio (OMC) intenta comenzar con las negociaciones sobre un tratado multilateral de inversiones.⁴⁴ Este tema es de especial cuidado y está dividido en dos bloques. El de los países industrializados y el del resto de los Estados. Así como los primeros no están dispuestos a cesar de subvencionar el sector agropecuario, los países en transición, en desarrollo y los menos desarrollados son renuentes frente a la oferta de entrar en negociaciones para un tratado multilateral de inversiones.⁴⁵ Habrá que seguir de cerca el desarrollo de este polémico tema. Lo cierto es que el foro de la OMC es mucho más adecuado que el de la OCDE, debido a que países desarrollados, en transición, en desarrollo y menos desarrollados estarían presentes en las negociaciones; seguramente será una gran tarea de coordinación entre los últimos tres grupos para contrarrestar el poderío de los primeros y así alcanzar una negociación justa.

A. Protección diplomática y el rol de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) – su relevancia en conflictos en materia de inversión

1. Sinopsis de la protección diplomática

Entendemos la protección diplomática como la protección represiva o representativa de personas físicas o jurídicas del Estado origen frente a actos ilícitos de DIP cometidos por una autoridad de un tercer Estado.⁴⁶

Para que se dé la protección diplomática de conformidad con el DIP deben cumplirse los siguientes requisitos:

⁴⁴ OMC, Declaración Ministerial de la OMC, adoptada el 14 de noviembre del 2001. 20 de noviembre del 2001, Doha, WT/MIN(01)/DEC/1, párrs. 20-22, http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_s.htm#top, abril 2010; **Karl**, Joachim, “Aktuelle Probleme des Investitions- und Enteignungsschutzes am Beispiel des Internationalen Konzessionsvertrages”, *op. cit.*, pag. 40; **UNCTAD**, *Progress Report: Implementation of Post-Doha technical Assistance work in the area of investment*. Report by the UNCTAD Secretariat, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2003.

⁴⁵ Véase **Acharya**, Rohini/ **Daly**, Michael, *WTO Discussion Paper No. 7. Selected Issues Concerning the Multilateral Trading System*, Geneva, 2004, pag. 26 y ss.

⁴⁶ **Ipsen**, *Völkerrecht, op. cit.*, pag. 337.

1. existir un acto u omisión violatorio de derecho internacional;
2. reunirse el requisito de nacionalidad del reclamante;
3. agotarse las instancias nacionales del Estado agresor “*exhaustion of local remedies*”;⁴⁷
4. constar la conducta correcta del reclamante “*clean hands*”.

Así pues, en primer lugar debe existir un acto u omisión violatorio de derecho internacional realizado por una autoridad de un Estado y, en contadas ocasiones, de una organización internacional. Este tipo de actos puede consistir, por ejemplo, en la violación de derechos de propiedad en el área de DIP como es el caso de una expropiación; sin embargo, es suficiente violentar cualquier obligación de DIP, por ejemplo, principios generales del derecho. Para garantizar una protección efectiva es suficiente una inminente acción u omisión ilícita de derecho internacional.

Además debe justificarse la protección del Estado protector frente a la víctima de la violación. Dicha justificación es cumplida, por lo general, verificando la nacionalidad de reclamante, la cual debe ser la misma del Estado protector. Pueden surgir problemas al respecto, a saber, cuando la persona física posee más de una nacionalidad o cuando es difícil determinar la nacionalidad o pertenencia de una persona jurídica. La CIJ ha adoptado el criterio de realizar una prueba y determinar la nacionalidad más relevante⁴⁸ al examinar con qué Estado el accionante tiene la relación más estrecha.

⁴⁷ *Ibidem*, pag. 337-341.

⁴⁸ Caso **Nottebohm segunda fase** (Liechtenstein vs. Guatemala), fallo del 6 de abril de 1955, impreso en: Naciones Unidas/Corte Internacional de Justicia, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991, Nueva York, 1992, pag. 46. La CIJ falló en el famoso caso Nottebohm acerca de como determinar la nacionalidad efectiva de un sujeto. Al respecto, Friedrich Nottebohm nació en Alemania. En 1905 emigró a Guatemala. El 13 de noviembre de 1939 renunció a la nacionalidad alemana y adquirió la nacionalidad de Liechtenstein. Además de un hermano que residía en Liechtenstein, Nottebohm no tenía conexión alguna con tal Estado – ni personal, ni de negocios. Él adquirió dicha nacionalidad únicamente porque se declaró dispuesto a pagar cierta suma a las autoridades de aquel país para adquirir su nacionalidad. Así pues, Nottebohm compró su nacionalidad. A su regreso a Guatemala, ésta le había declarado la guerra a Alemania el 11 de diciembre de 1939. Por tal motivo, Nottebohm fue

Debe tratarse de una demanda nacional desde su origen. Es relevante para este cuestionamiento la fecha en que se generó el daño, aunque la doctrina señala que se debe tener en cuenta la nacionalidad del reclamante en los siguientes momentos: 1) la realización del acto ilícito; 2) la firma o entrada en vigor del convenio de reclamaciones; 3) la de presentación de la demanda ante la Comisión de reclamaciones; 4) en aquélla en que la Comisión dicte su sentencia.

También debe demostrarse la continuidad de la nacionalidad.⁴⁹ De este modo, es indispensable que el individuo o corporación que sufrió el daño ostente la nacionalidad o pertenencia del Estado accionante en el momento de la producción del daño, misma que debe continuar hasta el momento en que se dicte la sentencia emitida ante la CIJ.

A continuación, deben agotarse los recursos nacionales internos del Estado causante del perjuicio. Es indispensable el agotamiento de todos los recursos administrativos y judiciales que el Estado causante ponga a disposición de la persona física o jurídica agraviada.⁵⁰ El Tribunal de La Haya en la sentencia del caso *Interhandel*⁵¹ dictada el 21 de marzo de 1959 señaló:

detenido y sus bienes confiscados. Contra esa supuesta acción ilícita de DIP, Liechtenstein interpuso la protección diplomática para proteger a su nacional en contra de Guatemala ante la CIJ.

La CIJ exigió una conexión personal y territorial legítima entre el Estado y el naturalizado para que el primero pudiera ejercer la protección diplomática: "(...) nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties. It may be said to constitute the juridical expression of the fact that the individual upon whom it is conferred, either directly by the population of the State conferring nationality than with that of any other State. Conferred by a State, it only entitles that State to exercise protection vis-à-vis another State, if it constitutes a translation into juridical terms of the individual's connection with the State which has made him is national." La CIJ no dió por satisfecho dicho requisito.

⁴⁹ **Brownlie**, *Principles of public international law, op. cit.*, pags. 391, 392.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ El Tribunal declaró inadmisibile la demanda interpuesta por Suiza, debido a que el agraviado, *Interhandel*, no agotó los recursos internos de USA. Caso *Interhandel* (Suiza vs. Estados Unidos de América), fallo de 21 de marzo de 1959, impreso en: Naciones Unidas/Corte Internacional de Justicia, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991, Nueva York, 1992, pag. 65.

“La norma que exige el agotamiento previo de los recursos internos antes de que se inicie un proceso internacional es una norma bien establecida de Derecho Internacional consuetudinario; esta norma ha sido observada en los casos en que un Estado hace suya la causa de uno de sus nacionales cuyos derechos hayan sido lesionados por otro Estado en violación al Derecho Internacional. En dichos casos se ha considerado necesario que antes de recurrir a la jurisdicción internacional, el Estado donde se ha cometido la lesión pueda remediarla por sus propios medios en el marco de su ordenamiento jurídico interno”.

Otro requisito es que debe existir una conducta correcta del reclamante (*clean hands*). En el caso *Nottebohm*, aunque la sentencia se basa en la teoría de la nacionalidad efectiva del reclamante, la CIJ no dejó a un lado la conducta incorrecta del presunto afectado,⁵² el cual, tenía la nacionalidad alemana originariamente y adquirió con posterioridad la de Liechtenstein.⁵³

El Estado protector hará suyo el derecho del reclamante contra el Estado reclamado; sin embargo, no existe en Derecho Internacional ninguna norma que obligue al Estado protector a ejercitar dicha protección.⁵⁴ Por lo tanto, hablamos de una facultad discrecional del Estado protector. En este sentido, el Estado es libre para ejercer o no la protección diplomática de sus súbditos; lo es también para renunciar a dicho ejercicio una vez incoado y deberá ser el Estado el que considere adecuada o no la reparación.⁵⁵

⁵² Caso *Nottebohm segunda fase* (Liechtenstein vs. Guatemala), fallo del 6 de abril de 1955, impreso en: Naciones Unidas/Corte Internacional de Justicia, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991, Nueva York, 1992, pag. 46.

⁵³ **Brownlie**, *Principles of public international law*, *op. cit.*, pags. 391, 392.

⁵⁴ **Douglas**, Zachary, “The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration”, *Brit. Y.B. Int’l L.*, Oxford, 2003, pag. 151 (164); **Sornarajah**, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, *op. cit.*, pag. 128.

⁵⁵ *Idem*.

Tradicionalmente en el Derecho Internacional los Estados tienen el derecho y la obligación de proteger a sus nacionales contra actos ilícitos de otros Estados. La protección diplomática la gozan tanto personas físicas como jurídicas, como ha sido confirmado por la Corte Internacional de Justicia en el famoso caso Barcelona-Traction.⁵⁶

2. La protección diplomática y la Corte Internacional de Justicia (CIJ) – su relevancia en conflictos en materia de inversión

En el caso Barcelona Traction el 88% de la corporación canadiense eran inversores belgas, por lo que Bélgica asumió el *jus standi* en el procedimiento en contra de la expropiación realizada por el Reino de España. La CIJ rechazó su reclamación pues la posesión por el Gobierno belga de un derecho de protección era un requisito previo para el examen de los problemas de fondo. Bélgica no logró probar la nacionalidad belga de las personas naturales y jurídicas en cuyo nombre había presentado su reclamación en las fechas relevantes del caso, así que no se estableció ningún *jus standi* ante la CIJ, por lo tanto, no le incumbía a ésta pronunciarse sobre ningún otro aspecto del caso.⁵⁷

La protección diplomática cobra relevancia como medio de solución de controversias en materia de inversión en dos posibles situaciones:

- 1) Cuando el inversor extranjero opte por este medio para solucionar su conflicto; y,
- 2) Cuando un laudo emitido por algún tribunal arbitral internacional no es cumplido por el Estado condenado.

⁵⁶ Caso **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, segunda fase** (Bélgica vs. España), fallo del 5 de febrero de 1970, impreso en: Naciones Unidas/Corte Internacional de Justicia, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991, Nueva York, 1992, pag. 104; **Horn**, Norbert, "Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and Means", en **Horn**, Norbert/ **Kröll**, Stefan (eds.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, op. cit., pag. 22.

⁵⁷ Caso **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, segunda fase** (Bélgica vs. España), fallo del 5 de febrero de 1970, párrs. 102 y 103.

En el primer caso, es decir, cuando el inversor extranjero ha decidido seguir el camino de la protección diplomática para alcanzar la solución de sus pretensiones, cabe mencionar, que es un camino poco rentable para el inversor, principalmente por las siguientes razones: (a) Desde el punto de vista *temporal*, es notable la desventaja que representa frente a otros medios de solución de controversias en materia de inversión, especialmente del arbitraje internacional en materia de inversión, pues la protección diplomática puede solicitarse por el agraviado frente a su Estado de origen, sí y solo sí, éste ha agotado todos los recursos administrativos y judiciales existentes en el Estado causante del perjuicio, lo cual puede durar años, sino décadas y además; esto conlleva al (b) punto de vista *económico*, pues la erogación de grandes costos para mantener el proceso hasta llegar a una sentencia firme a través de la protección diplomática de su Estado de origen será enorme, tal como lo será la existencia del posible lucro cesante. (c) Existe además una *dependencia del individuo agraviado* – sea persona física o moral – frente a su Estado de origen para poder activar la protección diplomática a través del endoso, consistente en el accionar de un Estado por el cual se hace cargo de la reclamación de los derechos de sus nacionales. Esta facultad del Estado protector de hacer suya la acción del agraviado es una facultad discrecional, y por lo tanto, será éste de manera unilateral, quien determine ejercer la acción contra el Estado agraviante. Ello conlleva por tanto: (i) a la inseguridad jurídica para el inversor; y, (ii) a que en la actualidad la protección diplomática sea poco recurrida.⁵⁸

De *facto*, además del caso Chorzow Factory⁵⁹ decidido por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI, en adelante), antecesora de la Corte Internacional de Justicia, se han resuelto pocos casos relevantes en materia de inversión extranjera. A saber nos referimos a los casos: Norwegian Loans,⁶⁰ Barcelona

⁵⁸ Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, op.cit., pag. 19.

⁵⁹ Caso **Factory at Chorzów**, (Alemania vs. Polonia), CPJI, jurisdiction, fallo del 26 de julio de 1927, series A/09.

⁶⁰ Caso **Norwegian Loans**, (Francia vs. Noruega), fallo del 6 de julio de 1957, impreso en: Naciones Unidas/Corte Internacional de Justicia, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991, Nueva York, 1992, pages. 55-57.

Traction,⁶¹ Elsi⁶² y Anglo-Iranian Oil Company.⁶³

En el segundo caso, es decir, cuando un laudo emitido por algún tribunal arbitral internacional no es cumplido por el Estado condenado, se recobra la importancia de la protección diplomática, pues la renuncia a ésta quedaría sin efectos. Por ejemplo, en el contexto del CIADI, si algún laudo arbitral emitido por un tribunal arbitral conformado bajo su competencia no fuera cumplido por el Estado condenado, la renuncia explícita a la protección diplomática de las partes involucradas prevista en el artículo 27 del Convenio de Washington quedaría sin efectos. El artículo 27 del Convenio prevé: “(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante *no haya acatado el laudo dictado* [énfasis añadido] en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo (...)”. En el supuesto anterior, la CIJ podría conocer del caso en cuestión a través de la institución de la protección diplomática.

En el caso del sistema del CIADI el artículo 27(1) del Convenio de Washington suspende la protección diplomática respecto de cualquier diferencia sometida a la jurisdicción del Centro. Excepción a la regla será en los casos en que el Estado condenado no haya cumplido o deje de cumplir con lo ordenado por el laudo arbitral dictado en tal diferencia. Excluidas del concepto de protección diplomática quedan las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la

⁶¹ Caso **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited**, (Bélgica vs. España), fallo del 5 de febrero de 1970 y del 24 de julio de 1964, impresos en: Naciones Unidas/Corte Internacional de Justicia, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991, Nueva York, 1992, pags. 93-95, 104-106.

⁶² Caso **Eletronica sícula S.p.A. (ELSI)**, (Estados Unidos de América vs. Italia), fallo del 20 de julio de 1989, impreso en: Naciones Unidas/Corte Internacional de Justicia, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991, Nueva York, 1992, pags. 252-259.

⁶³ Caso **Anglo-Iranian Oil Company** (Reino Unido vs. Irán), fallo del 22 de julio de 1952, impresos en: Naciones Unidas/Corte Internacional de Justicia, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991, Nueva York, 1992, pags. 33-34. Para un estudio a profundidad sobre protección diplomática véase **Borchard, E., Diplomatic Protection of Citizens Abroad**, New York, 1970.

resolución de la diferencia (artículo 27 (2) del Convenio de Washington). Con la presencia de éste artículo se pretendió despolitizar el sistema del CIADI y al mismo tiempo se intentó otorgar un incentivo más a los Estados para ratificar el Convenio de Washington. Tal como expuso y afirmó el tribunal arbitral en el caso *Banro American vs. Congo*.⁶⁴

“El hecho de que el artículo 27 no esté dirigido al inversor sino a los Estado parte de la Convención del CIADI se explica por el hecho de que la protección diplomática es una prerrogativa del Estado y no un derecho de la parte ofendida. Esto no significa que el inversor tiene completa libertad de acción. (...) como lo señala Schreuer, el artículo 27 debe ser interpretado a la vista del artículo 26, el cual constituye su contexto actual y de conformidad con el cual el consentimiento al arbitraje del CIADI ‘debió, a menos que se exprese de otra manera, ser otorgado (...) con la exclusión de cualquier otro remedio’. Respecto al propósito y objetivo del Convenio del CIADI, se deben excluir la protección diplomática junto con sus desventajas políticas, para el beneficio de los canales de arbitraje. Como el mismo autor lo señala, ‘[una] elección entre el arbitraje del CIADI y la protección diplomática aparenta ser contraria por lo menos a algunos de los propósitos declarados por el artículo 27’. Si el inversor no tiene la elección entre los dos canales, mucho menos tiene el derecho de recurrir a uno u otro, ya sea simultáneamente o sucesivamente. Por lo tanto, ya que el Convenio del CIADI tiene como propósito y objetivo proteger al Estado anfitrión de intervención diplomática por parte del Estado del cual el inversor es nacional y “despolitizar” las relaciones de inversión, iría en contra de este objetivo y propósito exponer al Estado anfitrión,

⁶⁴ *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. vs. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/98/7, laudo, 1 septiembre 2000. También citado como caso *Banro American vs. Congo*, laudo.

simultáneamente a ambos, a presión diplomática y a la demanda de arbitraje”.⁶⁵

Por otra parte, cualquier violación a la prohibición de ejercer protección diplomática al tenor del artículo 27(1) del Convenio de Washington no afectará la jurisdicción del tribunal arbitral. Así lo confirmó el tribunal arbitral en el caso *Banro American vs. Congo*:

*“Las disposiciones del artículo 27 son dirigidas a los Estado Parte del Convenio, quienes acuerdan así abstenerse de ejercer la protección diplomática a favor de sus nacionales. Estados que no son parte del Convenio no están bajo ninguna obligación a este respecto y podrán intervenir libremente en nombre de sus nacionales. En este caso, (...) los Estados Unidos, por otra parte, no tenían el derecho de intervenir diplomáticamente a favor de su nacional, Banro American, una compañía de Delaware. (...). Si lo hubieran hecho, hubieran violado el artículo 27 del Convenio del CIADI y hubieran cometido un acto ilegal conforme al Derecho Internacional, de cualquier forma, tal acto no afectaría la jurisdicción de este Tribunal [énfasis añadido]”.*⁶⁶

⁶⁵ ***Banro American vs. Congo***, laudo, párr. 18. Notas al pie omitidas. Véase también ***Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. vs. Bolivarian Republic of Venezuela***, ICSID Case No. ARB/00/5, decision on Jurisdiction, 27. September 2001. También citado como caso ***Aucoven vs. Venezuela***, decisión a la jurisdicción, párrs. 75, 140, *cfr. orig.* “The fact that Article 27 is not addressed to the investor but to the State parties to the ICSID Convention is explained by the fact that diplomatic protection is a prerogative of the State and not a right of the injured party. It does not mean that the investor has complete freedom of action. (...) as noted by Schreuer, that Article 27 should be read in view of Article 26, which constitutes its actual context and according to which the consent to ICSID arbitration ‘shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy.’ Regarding the purpose and aim of the ICSID Convention, they are to exclude diplomatic protection, along with its political drawbacks, for the benefit of arbitration channels. As the same author writes, ‘[a] choice between ICSID arbitration and diplomatic protection appears to be contrary to at least some of the avowed purposes of Article 27’. If the investor does not have the choice between the two channels, even less so does he have the right to resort to one or the other, whether simultaneously, or successively. Therefore since the ICSID Convention has as its purpose and aim to protect the host State from diplomatic intervention on the part of the national State of the investor and to ‘depoliticize’ investment relations, it would go against this aim and purpose to expose the host State to, at the same time, both diplomatic pressure and an arbitration claim”.

⁶⁶ ***Banro American vs. Congo***, laudo, párr. 18, *cfr. orig.* “The provisions of Article 27 are addressed to the State parties to the Convention, who agree thereby to refrain from exercising

B. Tratados Plurilaterales para la Protección de las Inversiones

Existen un gran número de acuerdos plurilaterales relacionados con la inversión, realizaremos un recuento de algunos de ellos.⁶⁷ Especialmente el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA por sus siglas en inglés),⁶⁸ en su capítulo XI y el Tratado sobre la Carta de la Energía⁶⁹ (*Energy Charter Treaty, ECT*) serán tratados brevemente debido a su importancia a nivel internacional. En el marco de ambos tratados se han suscitado y suscitan múltiples controversias en materia de inversión, por tal razón, dichos tratados serán constantemente materia de análisis de la presente investigación.

1. El Acuerdo Multilateral de Inversión (AMI)

Como lo mencionamos con anterioridad, el fracaso más grande en el que se pretendió crear un Tratado Multilateral de las Inversiones fue el Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI).⁷⁰ Dichas negociaciones se desarrollaron en el

diplomatic protection in favor of their nationals. States which are not parties to the Convention are not under any obligation in this regard and may freely intervene on behalf of their nationals. In this case, (...) The United States, on the other hand, did not have the right to intervene diplomatically in favor of its national, Banro American, a Delaware company. (...) If they had, they would have violated Article 27 of the ICSID Convention and would have committed an unlawful act under international law, however, such act would not affect the jurisdiction of this Tribunal [énfasis añadido]”.

⁶⁷ Una lista completa del resto puede encontrarse en los archivos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), **WTO NEWS**: “Trade and foreign direct investment” 1996 Press Releases, Press/57, 9 October 1996, pag. 19.

⁶⁸ Véase capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (**North American Free Trade Agreement, NAFTA o TLCAN**). El TLCAN entró en vigor el 1 de enero de 1994. Publicado en 32 *ILM* 289 (1993).

⁶⁹ Véase **The Energy Charter Treaty**, 17 de diciembre de 1994. Publicado en 34 *ILM* 360 (1995); **Karl Constantinescu/ Lakatos/Partfitt/Waem**, *The Energy Charter Treaty. A Reader’s Guide*, ed. Energy Charter Secretariat, Bruselas, 2002; **Wälde**, Thomas, “Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Selected Key Issues based on Recent Litigation Experience”, *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, Studies in Transnational Economic Law, vol. 18, The Hague, 2004, pag. 193 y ss.; **Wälde**, Thomas, “Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration-Controversial Issues”, *JWIT*, Vol. 5, Nr. 3, June 2004, pag. 373 y ss.

⁷⁰ The Multilateral Agreement on Investment (MAI); véase también **Malanczuk**, Peter, “State-State

marco de la Reunión Anual del Consejo Ministerial de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) entre los años 1995 a 1998. En ese momento todos los entonces miembros de la OECD estuvieron involucrados en su negociación⁷¹

El AMI debería ser un “tratado internacional de libre acceso a todos los países miembros de la OECD y la Comunidad Europea y los países no miembros”. El objetivo del AMI se definió con el fin de “proveer de un marco multilateral para la inversión internacional con altos estándares para la liberalización de los regímenes de inversión y la protección de la misma, así como con procedimientos efectivos para la solución de conflictos”.⁷²

Después de un proceso de casi cuatro años de negociaciones, éste se dio por terminado tras la noticia del Gobierno francés de dar por finalizada su participación y anunciar su retiro de la mesa de negociaciones en el año 1998. Muchas fueron las razones del fracaso de tan ambicioso proyecto, pero la principal se debió, seguramente, a la sobrecarga en la agenda de negociaciones con un sinnúmero de desiderata que se pretendía regular. Entre ellos se encontraban cuestiones de estructura del mercado, protección de estándares sociales mínimos y normas de corte medioambiental,⁷³ reglas de inversión con carácter de aplicación

and Investor-State Dispute Settlement in the OECD Draft Multilateral Investment Agreement”, *Journal of International Economic Law*, 2000, pag. 417 y ss.

⁷¹ A saber fueron los Gobiernos de Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Corea, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza y Turquía. Participaron como observadores: Argentina, Brasil, Chile, China, La Comunidad Europea, Estonia, Hong Kong, Letonia, Lituania y la República Eslovaca.

⁷² **OCDE**, “La OCDE publica documentos relacionados con las negociaciones AMI realizadas entre 1995 y 1998”, Comunicado de Prensa, Paris, 19 febrero 2002. Para su consulta electrónica en: www.oecd.org/dataoecd/1/3/2065369.pdf, abril 2010; **Malanczuk**, Peter, “State-State and Investor-State Dispute Settlement in the OECD Draft Multilateral Investment Agreement”, *op. cit.*, pag. 417 y ss.

⁷³ Véase AMI, not lowering standards (Labour and environment), OECD, Multilateral Agreement on Investment (MAI), DAF/MAI(98)7/REV1, 22 abril 1998, www1.oecd.org/daf/mai/pdf/dg1/dg1961r1e.pdf.

extraterritorial (como reacción a la ley Helms-Burton de los USA),⁷⁴ el tratamiento a organizaciones regionales de integración económica, monopolios, empresas de Estado y concesión (desmonopolización y privatización), entre otras,⁷⁵ lo anterior sin mencionar las múltiples protestas de un sinnúmero de actores sociales, políticos y económicos, además del descontento de los países en transición, en desarrollo y menos desarrollados por dejarlos fuera del juego. En esta guerra “antiglobalizadora”, por vez primera, el descontento de un grupo importante de organizaciones no gubernamentales (ONGs), que levantaron la voz a nivel mundial, acusando la creación del AMI como un documento *quasi* unilateral creado con la finalidad de proteger a los inversores extranjeros,⁷⁶ surtió sus efectos, pues sin duda alguna las ONGs contribuyeron a la interrupción de las negociaciones del AMI. De este ejercicio se resalta la notable importancia y fuerza que puede llegar a tener la sociedad civil organizada.

A pesar de lo anterior, el AMI representa un precedente importante para futuras negociaciones acerca de un acuerdo multilateral de inversiones.⁷⁷ Con la

⁷⁴ **Muse**, Robert L., “The Nationality of Claims Principle of Public International Law and the Helms-Burton Act”, *Hastings International & Comparative Law Review*, 1996-1997, pag. 777 y ss.

⁷⁵ **Herdegen**, Matthias, “Rechtsprobleme des Internationalen Konzessionswesens – insbesondere aus völkerrechtlicher Sicht“, en **Karl**, Joachim, *Rechtsprobleme von Auslandsinvestitionen. Konzessionen, Vertragsanpassung*, op. cit., pag. 27, para más detalle sobre el tema de los contratos de concesión, pag. 41.

⁷⁶ Véase por ejemplo **Revista del Sur**, no. 78, abril 1998, Acuerdo Multilateral de Inversión, ONGs de países de la OCDE contra el AMI. La preocupación por el Acuerdo Multilateral de Inversión (AMI) y su impacto no se limita al Sur. El surgimiento de protestas contra el tratado por grupos de consumidores, ambientalistas y de desarrollo en los países de la OCDE constituye un nuevo e importante hecho, http://www.redtercermundo.org.uy/revista_del_sur/texto_completo.php?id=1015; **Revista del Sur**, no. 78, abril 1998, Acuerdo Multilateral de Inversión, 565 grupos dicen “No” al AMI. 565 ONGs de 68 países dirigieron a la OECD la siguiente declaración conjunta sobre el AMI, firmada en la Consulta ONGs/OCDE realizada en París el 27 de octubre pasado, http://www.redtercermundo.org.uy/revista_del_sur/texto_completo.php?id=1014.

⁷⁷ **Rabago Dorbecker**, Miguel, *Derecho de la Inversión Extranjera en México*, Porrúa México, Universidad Iberoamericana, México, 2004, pags. 88-89; **Karl**, Joachim, “Aktuelle Probleme des Investitions- und Enteignungsschutzes am Beispiel des Internationalen Konzessionsvertrages”, op. cit., pags. 37-61; **Theodorou**, Heleni, “Verhandlungen über ein Multilaterales Investitionsabkommen im Rahmen der OECD“, *Investitionsschutzverträge vor Schiedsgerichten*, Berlin, 2001, pag. 488 y ss.; **Sornarajah**, M., “The OECD’s Draft Multilateral Agreement on Investment”, *the Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, The Hague,

experiencia del AMI queda probado que la OECD no es el foro ideal para negociar un acuerdo multilateral de protección de las inversiones y aunque actualmente no se ven perspectivas abiertas para que suceda tal evento, y que las negociaciones en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC), anunciadas en su conferencia ministerial en noviembre del 2001 en Doha,⁷⁸ están prácticamente paralizadas, existe, aunque con poca probabilidad, la posibilidad de reiniciar dichas negociaciones, y a decir de algunos especialistas, no será tarea fácil ni se divisa su factibilidad por múltiples razones.⁷⁹ No debemos hacer a un lado que hoy día existe un sistema dinámico de más de 2800 APPRIs activos⁸⁰ y que no será tarea fácil coordinar la existencia de éstos con un supuesto acuerdo multilateral de inversiones.

2. Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) – Capítulo XI

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*North American Free Trade Agreement, NAFTA o TLCAN*) fue celebrado entre México, los Estados Unidos de América (USA) y Canadá; éste fue firmado por los mandatarios de los tres países el 17 de diciembre de 1992 y entró en vigor el 1 de enero de 1994.⁸¹

London, Boston, 2000, § 5.4, pag. 170 y ss.; **UNCTAD**, *Lessons from the MAI*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 1999.

⁷⁸ **OMC**, Declaración Ministerial de la OMC, adoptada el 14 de noviembre, 2001, 20 de noviembre del 2001, Doha, WT/MIN(01)/DEC/1, párrs. 20-22, http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_s.htm#top, abril 2010.

⁷⁹ **Hobér**, Kaj, “Has the Proliferation of BITs Gone Too Far? Is it Now Time for a Multilateral Investment Treaty?”, *JWIT*, Vol. 5, Nr. 1, February 2004, pags. 94-95; **Perezcano**, Hugo, “Has the Proliferation of BITs Gone Too Far? Is it Now Time for a Multilateral Investment Treaty?”, *JWIT*, Vol. 5, Nr. 1, February 2004, pags. 102-103; **Sacerdoti**, Giorgio, “Has the Proliferation of BITs Gone Too Far? Is it Now Time for a Multilateral Investment Treaty?”, *JWIT*, Vol. 5, Nr. 1, 2004, pags. 98-100; **Mosoti**, Victor: Non-Discrimination and its Dimensions in a Possible WTO Framework Agreement on Investment, *JWIT*, Vol. 4, Nr. 6, 2003, pag. 1011 y ss.

⁸⁰ **Cremades**, Bernardo M., “Has the Proliferation of BITs Gone Too Far? Is it Now Time for a Multilateral Investment Treaty?”, *JWIT*, vol. 5, nr. 1, Febrero 2004, pag. 89 y ss.; **De Ly**, Filip, “Who Wins and Who loses in Investment Arbitration? Are Investors and Host States on a Level Playing Field? Lauder/Czech Republic Legacy”, *JWIT*, vol. 6, nr. 1, 2005, pag. 59 y ss.; **Klein**, Bohuslav, “Who Wins and Who loses in Investment Arbitration? Are Investors and Host States on a Level Playing Field? Lauder/Czech Republic Legacy”, *JWIT*, vol. 6, nr. 1, 2005, pag. 65 y ss.

⁸¹ **Tratado de Libre Comercio de América del Norte** (*North American Free Trade Agreement, NAFTA o TLCAN*). El TLCAN entró en vigor el 01 de enero de 1994, publicado en: ILM 32 (1993),

El Tratado está conformado por veintidós Capítulos más notas, anexos y notas interpretativas. Nuestro estudio se centrará en el Capítulo XI relativo a las inversiones, el cual está contenido en la Quinta Parte (Inversión, Servicios y Asuntos Relacionados) del Tratado. Este Capítulo fue diseñado con el fin de establecer un clima de certeza y seguridad para las inversiones realizadas entre los tres Estados⁸² y ofrece un sistema mediante el cual un inversor en particular, o en representación de una empresa, puede someter su reclamación contra el Estado anfitrión al arbitraje internacional.⁸³ El Capítulo XI del TLCAN está dividido en tres secciones. La sección A comprende las normas de derecho sustantivo del artículo 1101 al 1114; la sección B integra las disposiciones de derecho adjetivo previstas del artículo 1115 al 1138; y la sección C está integrada por el artículo 1139 y contiene las definiciones aplicables al Capítulo XI. Realizaremos una breve sinopsis de las secciones mencionadas. Se pondrá especial énfasis en la sección B relativa a la solución de controversias entre una Parte y un inversor de la otra Parte. El TLCAN resultó un acuerdo novedoso, cuyo contenido ha sido reflejado en otros AIs puesto que contiene tanto aspectos sustantivos como procedimentales novedosos. Además, las disposiciones adjetivas del TLCAN han sido calificadas por algunos tribunales arbitrales como “arbitraje altamente institucionalizado” que incorpora reglas de procedimiento precisas.⁸⁴

a. Sección A del Capítulo XI – derechos sustantivos

Las normas de derecho sustantivo aplicables al Capítulo XI del TLCAN están contenidas del artículo 1101 al 1114. Así, el ámbito de aplicación del Capítulo está establecido en su artículo 1101, de tal suerte que dicho Capítulo aplica a los

pag. 289 y ss. Previamente, el Senado mexicano lo aprobó el 22 de noviembre de 1993. La Cámara de los Comunes y el Senado de Canadá lo aprobaron el 27 de mayo y el 23 de junio de 1993, respectivamente, y la Cámara de Representantes y el Senado de USA, el 17 y 20 de noviembre de 1993, respectivamente.

⁸² **Vega Cánovas/Posadas/Winham/Mayer**, *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM/El Colegio de México, México, 2005, pag. 81.

⁸³ **TLCAN**, arts. 1116, 1117.

⁸⁴ Véase por ejemplo **Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España**, ICSID Case No. ARB/97/7, Decisión sobre jurisdicción, 25. Enero 2000. También citado como caso **Maffezini vs. España**, decisión a la jurisdicción, párr. 63; **Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria**, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8. February 2005. También citado como: caso **Plama vs. Bulgaria**, decisión a la jurisdicción, párr.220.

inversores e inversiones de una Parte en el territorio de la otra Parte.⁸⁵ El TLCAN contiene una definición amplia de inversión.⁸⁶ Inversor de una Parte es definido por el propio tratado como “una Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión”.⁸⁷

aa) Trato nacional y cláusula de la nación más favorecida

El trato nacional está contenido en el artículo 1102 (1) y (2) del TLCAN y sostienen que cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte y a sus inversiones un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas y a sus inversiones en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.⁸⁸

La cláusula de la nación más favorecida del Capítulo XI del TLCAN está contenida en el artículo 1103 que prevé:

“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

⁸⁵ TLCAN, art. 1101.

⁸⁶ TLCAN, art. 1139. Inversión.

⁸⁷ *Ibidem*, inversionista de una Parte. El artículo 1139 del TLCAN contiene definiciones tales como que significan empresa, empresa de una parte, inversión, inversión de un inversionista de una Parte, inversionista de una Parte, inversión de un país que no es Parte, inversionista contendiente, moneda del Grupo de los Siete, Parte contendiente, parte contendiente, partes contendientes, entre otras.

⁸⁸ Véase caso *Corn Products International, Inc. vs. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/1, decisión sobre responsabilidad, 15 enero 2008. También citado como caso *Corn2 vs. México*, decisión sobre responsabilidad, párrs. 95-143, 193 (1).

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”.⁸⁹

bb) Nivel de trato y nivel mínimo de trato

Por su parte, el nivel de trato, contenido en el artículo 1104 del TLCAN, establece que “cada una de las Partes otorgará a los inversionistas y a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte el mejor de los tratos requeridos por los artículos 1102 y 1103”.

Además, el artículo 1105 prevé el nivel mínimo de trato. Este precepto establece en su numeral 1 que “cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”. Al respecto, en el 2001⁹⁰ la Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo XI del TLCAN, entre las cuales se encontró la relativa a la interpretación del artículo 1105(1) del TLCAN. La citada Comisión acordó:

“B. Nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional

1. El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte.

2. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridades plenas" no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste.

⁸⁹ **TLCAN**, artículo 1103.

⁹⁰ **TLCAN**. Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11. 31 de julio de 2001, http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11_understanding_s.asp, febrero 2012.

3. Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no establece que se haya violado el artículo 1105(1)".⁹¹

cc) Prohibición de requisitos de desempeño

La imposición de requisitos de desempeño sea directa o indirectamente está prohibida. Así, conforme al artículo 1106 ninguna de las Partes podrá imponer ni hacer cumplir requisitos o hacer cumplir ningún compromiso o iniciativa, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversor de una Parte o de un Estado no parte en su territorio. El TLCAN contiene una lista exhaustiva de lo que se consideran requisitos de desempeño de conformidad con el artículo 1106(5) del TLCAN.⁹² No obstante, las medidas dirigidas a emplear una tecnología para cumplir con requisitos aplicables a la salud, seguridad o medio ambiente, no se considerarán incompatibles con el párrafo 1(f) del artículo que nos ocupa (artículo 1106 (2) del TLCAN).⁹³ Además, la adopción o mantenimiento de medidas necesarias no arbitrarias ni injustificadas y que no representen una restricción encubierta al comercio o las inversiones, incluidas las de naturaleza ambiental, podrán adoptarse para: (a) asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentaciones no compatibles con el TLCAN; (b) para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; o (c) para la preservación de recursos naturales vivos o no.⁹⁴

dd) Expropiación e indemnización

La expropiación está regulada en el artículo 1110 del TLCAN. A través del artículo 1110 (1) del Tratado que establece:

“Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su

⁹¹ *Idem.*

⁹² **TLCAN**, artículo 1106 (1) y (3).

⁹³ *Ibidem*, (2).

⁹⁴ *Ibidem*, (6).

territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización [expropiación indirecta] de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

- (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias;
- (c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105 (1); y (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6”.

La expropiación, en el caso del TLCAN, está permeada sin duda alguna por la fórmula Hull.⁹⁵ Lo relativo a la indemnización, tanto su cálculo como su pago, está regulado por el artículo 1110 (2) al (6). Así, la indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo. Los criterios de valoración incluirán el valor corriente, el valor activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.⁹⁶ Una vez pagada la indemnización podrá transferirse libremente de conformidad con el artículo 1109 del TLCAN.⁹⁷

ee) Altos ejecutivos y consejos de administración y transferencias

⁹⁵ La “fórmula Hull” fue introducida por el Secretario de Estado Cordell Hull en respuesta a la nacionalización de las compañías petroleras estadounidenses en 1936. Hull demandaba que el derecho internacional obliga a otorgar una compensación “pronta, adecuada y efectiva” (prompt, adequate and effective) por la expropiación de inversiones extranjeras. Los Estados en desarrollo pugnaron por la adopción de la Doctrina Calvo durante los años sesenta y setenta, tal como se vio reflejado en su mayoría en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En 1962, la Asamblea General adoptó la Resolución sobre Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales que confirmó y acogió el derecho de nacionalizar la propiedad de los extranjeros a cambio de una “indemnización apropiada” (*appropriate compensation*). Esta compensación estándar fue considerada como una provocación entre países desarrollados y en desarrollo. En 1974, la Asamblea General de las Naciones Unidas rechazó la fórmula Hull a favor de la doctrina Calvo al adoptar la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, la cual repetía en su artículo 2 (c) el principio de “compensación apropiada”, y aclaraba que “en cualquier caso en que la cuestión de la compensación diera origen a una controversia, ésta debía ser dirimida conforme al derecho doméstico del Estado nacionalizador y por sus tribunales *“in any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals...”*. Hoy en día, la fórmula Hull y sus variaciones es una regla aceptada por el derecho consuetudinario internacional y es considerada parte de él. Véase, **OECD**, “Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law”, *Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Working Papers on International Investment*, OECD, no. 4, Washington, 2004, <http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf>, abril 2012, pag. 2

⁹⁶ **TLCAN**, artículo 1110 (2).

⁹⁷ *Ibidem*, artículo 1110 (6).

El TLCAN prohíbe que el Estado anfitrión obligue al inversor a que los altos ejecutivos sean de una nacionalidad determinada.⁹⁸ Sin embargo, una Parte podrá exigir que la mayoría de los miembros del consejo de administración, o de cualquier comité de tal consejo, de una empresa que sea inversión de un inversor de la otra Parte, sea de una nacionalidad en particular, o sea residente en el territorio de la Parte anfitriona de la inversión, siempre y cuando no se menoscabe significativamente la capacidad del inversor para ejercer el control de la inversión.⁹⁹

Respecto a las transferencias, el artículo 1109 del TLCAN prevé que las Partes no pueden restringir la libertad de las transferencias relacionadas con la inversión de un inversor en el territorio del Estado Parte anfitrión.¹⁰⁰ Respecto a las transferencias en efectivo éstas podrán realizarse en la divisa de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de ésta.¹⁰¹ No obstante, pueden realizarse restricciones a las transferencias de capitales de los inversores derivados de la protección de derechos de terceros, siempre y cuando sea a través de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe, en casos de quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores, infracciones penales, emisión, comercio y operaciones de valores, informes de transferencias de divisas u otros instrumentos monetarios; o garantía del cumplimiento de fallos de procedimientos contenciosos.¹⁰²

ff) Reservas, excepciones y denegación de beneficios

⁹⁸ **TLCAN**, art. 1107 (1).

⁹⁹ *Ibidem*, (2). Sería interesante definir el significado de significativamente.

¹⁰⁰ **TLCAN** art. 1109 (1). Dichas transferencias incluyen:

- (a) ganancias, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos por regalías, gastos por administración, asistencia técnica y otros cargos, ganancias en especie y otros montos derivados de la inversión;
- (b) productos derivados de la venta o liquidación, total o parcial, de la inversión;
- (c) pagos realizados conforme a un contrato del que sea parte un inversionista o su inversión, incluidos pagos efectuados conforme a un convenio de préstamo;
- (d) pagos efectuados de conformidad con el Artículo 1110; y
- (e) pagos que provengan de la aplicación de la Sección B.

¹⁰¹ **TLCAN**, art. 1109 (2).

¹⁰² *Ibidem*, art. 1109 (4).

Las reservas y excepciones al trato nacional,¹⁰³ al trato de la nación más favorecida,¹⁰⁴ a los requisitos de desempeño,¹⁰⁵ así como al artículo 1107 relativo a los altos ejecutivos y miembros del consejo de administración, están contenidas en el artículo 1108. Estas excepciones se remiten, entre otras, a los anexos del Capítulo XI del TLCAN, los cuales excluyen industrias sensibles o estratégicas de las disposiciones de TLCAN. Dichas excepciones pueden ser parciales o totales, es decir, en algunos casos pueden excluir a un sector entero, por ejemplo, en el caso mexicano, el Anexo III relativo a las actividades reservadas al Estado, tales como el Petróleo, Otros Hidrocarburos y Petroquímica Básica, quedan excluidos de la aplicación del tratado.¹⁰⁶

Mediante la llamada “cláusula automática de liberalización” (*ratchet clause*) contenida en el artículo 1101 (c) del tratado, cuando un Estado Parte decida liberalizar su régimen de inversiones en rubros no cubiertos por el TLCAN, el nuevo régimen de liberalización se regirá por las disposiciones del tratado.

Respecto a la denegación de beneficios una Parte puede denegarlos a un inversor de otra Parte cuya propiedad o control sean ejercidos por un inversor de un tercer Estado con el que el Estado anfitrión no mantenga relaciones diplomáticas, como por ejemplo, alguna empresa cubana establecida en México, conforme al derecho mexicano que quisiera realizar inversiones en USA, o si la Parte que niega el beneficio adopta o mantiene medidas en relación con el país no Parte, que prohíben transacciones con ésta.¹⁰⁷

gg) Formalidades especiales, requisitos de información

Las Partes del TLCAN permiten de manera explícita mediante el contenido del artículo 1111 del Tratado la existencia de formalidades especiales para el establecimiento de inversiones en el territorio de la Parte anfitriona, tales como el

¹⁰³ *Ibidem*, art. 1102.

¹⁰⁴ *Ibidem*, art. 1103.

¹⁰⁵ *Ibidem*, art. 1106.

¹⁰⁶ *Ibidem*, anexo III (1). Actividades reservadas al Estado.

¹⁰⁷ *Ibidem*, art. 1113, (1) (a) y (b).

requisito de que los inversores sean residentes de la Parte¹⁰⁸ o que las inversiones se constituyan conforme a las leyes y reglamentos de la Parte anfitriona,¹⁰⁹ siempre y cuando no se menoscabe significativamente la protección otorgada por una Parte a los inversores y sus inversiones de la otra Parte.

Sin perjuicio del trato nacional, previsto en el artículo 1102, y del TNMF, previsto en el artículo 1103 del TLCAN, una Parte podrá exigir de un inversor de la otra Parte proporcionar información rutinaria referente a su inversión, exclusivamente con fines de información o estadística.¹¹⁰

hh) Relación con otros Capítulos y medidas relativas al medio ambiente

En caso de que existiera incompatibilidad del Capítulo XI con algún otro Capítulo del TLCAN, prevalecerá la del último en la medida de la incompatibilidad.¹¹¹

Conforme al artículo 1114 (1) del TLCAN nada de lo previsto en el Capítulo XI se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta “inquietudes” en materia ambiental. Para alcanzar tal fin, la Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión a costa de las medidas internas aplicables a la salud, seguridad o medio ambiente. De tal suerte que ninguna Parte debería renunciar a aplicar, derogar u ofrecer renunciar a dichas medidas como medio para inducir el

¹⁰⁸ Véase, por ejemplo, la **Ley de Inversión Extranjera mexicana** (LIEm), publicada en el Diario Oficial de la Federación mexicano (DOF) el 27 de diciembre de 1993. Última reforma publicada DOF 25 de mayo de 2011, art. 3. “Para los efectos de esta Ley se equipara a la inversión mexicana la que efectúen los extranjeros en el país con la condición de estancia de Residente Permanente, salvo aquélla realizada en las actividades contempladas en los Títulos Primero y Segundo de esta Ley”.

¹⁰⁹ Véase, por ejemplo, el art. 15 de la LIEm “Se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para la constitución de sociedades. Se deberá insertar en los estatutos de las sociedades que se constituyan, la cláusula de exclusión de extranjeros o el convenio previsto en la fracción I del artículo 27 Constitucional”; así como el artículo 17 (1) de la LIEm “Sin perjuicio de lo establecido en los tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, deberán obtener autorización de la Secretaría: I.- Las personas morales extranjeras que pretendan realizar habitualmente actos de comercio en la República”.

¹¹⁰ **TLCAN**, art. 1111 (2).

¹¹¹ *Ibidem*, art. 1112 (1).

establecimiento, la adquisición o conservación de la inversión del inversor en su territorio. El precepto incluso precisa que para el caso de que una Parte hubiera alentado una inversión a través de dichas medidas, podrá solicitar consultas con esa Parte destinadas a evitar incentivos de esa índole.¹¹²

b. Sección B –Solución de controversias Inversor-Estado

La Sección B del Capítulo XI del TLCAN establece en su artículo 1115 la cláusula general aplicable a toda esta Sección y encierra los principios “trato igual entre inversionistas”, de conformidad con el “principio de reciprocidad internacional”, y “debido proceso legal”. El propio artículo prevé que “esta sección establece un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión que asegura, tanto trato igual entre inversionistas de las Partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como debido proceso legal ante un tribunal imparcial.

aa) Sujetos que pueden someter una reclamación

De conformidad con los artículos 1116 y 1117 del TLCAN el inversor de una Parte a título personal (artículo 1116 (1)), o en representación de una empresa que sea una persona moral propiedad del inversor o esté bajo su control directo o indirecto (artículo 1117 (1)), podrá someter a arbitraje una reclamación si la Parte anfitriona ha violado una obligación establecida en: (a) la Sección A o el artículo 1503 relativo a Empresas de Estado; o (b) el párrafo 3 (a) del artículo 1502, Monopolios y empresas de Estado” cuando el monopolio haya actuado en contravención a la Sección A, siempre y cuando el inversor (artículo 1116 (2) TLCAN) o la empresa (artículo 1117 (1) TLCAN) hayan sufrido pérdidas o daños en virtud o a consecuencia de la violación.

¹¹² Cabe mencionar que algunas controversias en el marco del TLCAN han tenido que ver con decretos expropiatorios para declarar determinadas zonas como zonas protegidas y a raíz de dichos decretos y presiones sociales conexas se han desarrollado controversias contra México. Para referencia véase ***Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos***, CIADI, CASO No. ARB(AF)/97/1, laudo, 30 agosto 2000. También citado como caso ***Metalclad vs. México***, laudo; ***Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos***, CIADI caso no. ARB(AF) /00/2, laudo, 29 mayo de 2003. También citado como caso ***Tecmed vs. México***.

El TLCAN permite presentar reclamaciones a inversores cuya participación en una empresa sea minoritaria (artículo 1117 (3) en conexión con el artículo 1116 del TLCAN).

El límite para presentar la disputa es de tres años contados a partir de la fecha en la cual el inversor, o la empresa, tuvieron conocimiento de la presunta violación y de que sufrió pérdidas a consecuencia de ellas.¹¹³

bb) Requisitos previos a la presentación de una reclamación

Son varios los requisitos previos establecidos en el cuerpo del Capítulo XI del TLCAN antes de que un inversor pueda someter su diferencia ante un tribunal arbitral. Comenzaremos pues con:

- i Solución de una reclamación mediante consulta y negociación y aviso de intención por escrito

El TLCAN, como muchos otros AIs, prevé la solución de la controversia a través de consulta y negociación entre las partes contendientes (artículo 1118 TLCAN). Sin embargo, si esto no resultara, el inversor deberá notificar por escrito al Estado anfitrión su intención de someter su reclamación a arbitraje por lo menos 90 días antes de que ésta se presente formalmente (artículo 1119 TLCAN). Este requisito formal previsto en el TLCAN no es de menor importancia, de hecho, existen casos en los que esta falta ha tenido como consecuencia la declaración de inadmisibilidad de la reclamación.

- ii Periodo de espera (*cooling off period*), renuncia por escrito y cláusula de bifurcación (*fork in the road*)

Es necesario que hayan transcurrido por lo menos seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación (*cooling off period o waiting period*) para que el inversor pueda someter su reclamación al arbitraje internacional (artículo 1120 (1) TLCAN). Además, el inversor presentará una

¹¹³ TLCAN, artículos 1116 (2) y 1117 (2).

renuncia por escrito a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial, conforme al derecho de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria (*fork in the road*) de conformidad con el artículo 1121 (1) (b) TLCAN). Lo mismo aplica a las reclamaciones de conformidad con el artículo 1117 (artículo 1120 (2) TLCAN).¹¹⁴ En todo caso, el inversor consiente someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en el Capítulo XI (artículo 1121(1) (a) del TLCAN). El consentimiento y la renuncia en el artículo 1120 del TLCAN se manifestarán por escrito, se entregarán a la Parte contendiente¹¹⁵ e incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje.¹¹⁶

- iii Reglas aplicables a los procedimientos de arbitraje – CIADI, Mecanismo Complementario del CIADI, Reglas de Arbitraje de la CNUDMI

El inversor podrá someter su reclamación, según el artículo 1120 (1) (a), (b) y (c) del TLCAN, a arbitraje de conformidad con:

- a) El Convenio de Washington,¹¹⁷ siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversor sean Estados parte del mismo. En la práctica, aún no se utiliza el sistema arbitral del CIADI en el marco del TLCAN, puesto que México y Canadá no son Parte del Convenio de Washington.

¹¹⁴ El requisito de renuncia es tan importante en el TLCAN que un tribunal arbitral puede declararse incompetente para conocer de un asunto si la o las demandantes no cumplen con dicho requisito esencial. Véase **Waste Management vs. Estados Unidos Mexicanos**, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2) laudo, 2 junio 2000. También citado como caso **Waste Managment vs. México**, laudo, § 32.

¹¹⁵ Conforme al artículo 1139 del TLCAN, “Parte contendiente” significa la Parte contra la cual se hace una reclamación en los términos de la Sección B; “parte contendiente” significa el inversor contendiente o la Parte Contendiente.

¹¹⁶ TLCAN, artículo 1120 (3).

¹¹⁷ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, presentado a los Gobiernos por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento el 18 de marzo de 1965 que entró en vigor el 14 de octubre de 1966 (el cual será citado en adelante como el **Convenio** o **Convenio de Washington**). El nombre oficial del Convenio de Washington en inglés es *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States* (ICSID-Convention). Tanto la versión inglesa como la española del Convenio están disponibles en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spa-archive/ICSID_Spanish.pdf, marzo, 2012.

- b) Las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI,¹¹⁸ cuando la Parte contendiente o la Parte del inversor, pero no ambas, sea Parte del Convenio de Washington. Este es el escenario generalmente utilizado para demandar a USA o que utilizan sus inversores para demandar a México o Canadá.
- c) Las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).¹¹⁹ Esta vía es idónea para las controversias suscitadas entre México y Canadá, pues como ya lo señalamos, ambos Estados aún no han ratificado el Convenio de Washington.

cc) Los árbitros y la integración del tribunal arbitral

El tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros, a menos que las partes acuerden otra cosa.¹²⁰ A efecto, cada una de las partes contendientes nombrará a uno y el tercero será nombrado de mutuo acuerdo, quien fungirá como presidente del tribunal arbitral.¹²¹ En caso de que las Partes no lleguen a un acuerdo respecto del nombramiento de cualquier miembro del tribunal, o del tercer miembro, y hayan transcurrido noventa días a partir de la fecha en que la reclamación se

¹¹⁸ El Reglamento del Mecanismo Complementario fue adoptado por el Consejo Administrativo del Centro autorizando al Secretariado del CIADI a administrar cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI. El Reglamento del Mecanismo Complementario incluye un Reglamento principal que regula el Mecanismo Complementario y tres Anexos: el Reglamento de Comprobación de Hechos (Anexo A), el Reglamento de Conciliación (Anexo B) y el Reglamento de Arbitraje (Anexo C). El 29 de septiembre de 2002, el Consejo Administrativo aprobó las enmiendas al Reglamento del Mecanismo Complementario. Las enmiendas entraron en vigor el 1 de enero de 2003. En adelante citado como **Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI**; éstas pueden consultarse en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility-spa/AFR_Spanish-final.pdf, marzo 2012.

¹¹⁹ Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 31/98, de 15 de diciembre de 1976, modificadas mediante Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/65/465)]. 65/22. Revisión de 2010 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En adelante citado como Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Para su consulta en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>, marzo 2012.

¹²⁰ Excepto lo previsto en el artículo 1126 del TLCAN relativo a la acumulación de procedimientos. Para este caso hay reglas especiales para el nombramiento de los miembros del tribunal arbitral que desarrollaremos más adelante.

¹²¹ **TLCAN**, artículo 1123.

sometió al arbitraje, el Secretario General del CIADI actuará como sigue: (a) para los miembros del tribunal no nombrados por las partes, que no sea el tercer miembro del tribunal que fungirá como presidente de éste, el Secretario General nombrará a petición de parte y a su discrecionalidad al árbitro o árbitros faltantes;¹²² (b) el Secretario General elegirá de la lista de árbitros¹²³ al presidente del tribunal, asegurándose que éste no sea nacional de alguna de las partes contendientes. En caso de no encontrar un árbitro disponible para dicho encargo de las listas, el Secretario General lo nombrará del panel de árbitros del CIADI,¹²⁴ asegurándose que no sea nacional de las partes contendientes.¹²⁵

Respecto al consentimiento específico que prevé el artículo 39 del Convenio de Washington y el artículo 7 de la Parte C del Mecanismo Complementario del CIADI, está asegurado en el contenido del artículo 1125 del TLCAN, sin perjuicio de objetar a un árbitro de conformidad con el artículo 1124(3) o sobre base distinta a la nacionalidad.

dd) Sede del procedimiento arbitral y medidas provisionales

Un tribunal arbitral llevará a cabo el procedimiento arbitral en el territorio de una Parte que sea parte de la Convención de Nueva York que será elegido conforme a las Reglas de arbitraje del sistema seleccionado, es decir, conforme al Convenio

¹²² **TLCAN**, artículo 1124 (1) y (2).

¹²³ De conformidad con el artículo 1124 (4) del TLCAN las Partes, es decir, México, Canadá y Estados Unidos, a la fecha de entrada en vigor del Tratado establecieron una lista de 45 árbitros como posibles presidentes de tribunal arbitral, que reúnen las cualidades establecidas en el Convenio de Washington y en las reglas contempladas en el artículo 1120 del TLCAN, árbitros que deberán contar con experiencia en derecho internacional y en asuntos en materia de inversión. Los miembros de la lista serán designados por consenso y sin importar su nacionalidad.

¹²⁴ Una lista de árbitros está prevista por el Convenio de Washington en los artículos 12-16. Existen dos tipos de nombramientos. Por un lado, los árbitros nombrados por las Partes Contratantes (4 árbitros por Estado Parte, artículo 13 (1) del Convenio de Washington); y, por el otro, los árbitros nombrados por el Presidente del Banco Mundial (quien también es Presidente del Consejo Administrativo del CIADI conforme al artículo 5 del Convenio de Washington). Éstos serán 10 árbitros (artículo 13 (2) del Convenio de Washington). La lista de árbitros del CIADI puede consultarse en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&reqFrom=ICSIDPanels&language=English>, marzo 2012.

¹²⁵ **TLCAN**, artículo 1124 (3) y (4).

de Washington, las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI según sea el caso.¹²⁶

El tribunal podrá ordenar medidas provisionales de protección para preservar los derechos de la parte contendiente, para asegurar que su jurisdicción surta plenos efectos o para que ésta sea resguardada, así como para preservar pruebas en posesión o control de una de las partes contendientes. No obstante, el tribunal carece de facultades para ordenar la suspensión de la medida presuntamente violatoria.¹²⁷

ee) Derecho aplicable, interpretación de los anexos y dictámenes de expertos

El derecho aplicable a las controversias dirimidas al amparo del Capítulo XI será el propio texto del Tratado y las reglas aplicables del derecho internacional.¹²⁸ La Interpretación del Tratado que llegara a hacer la Comisión de Libre Comercio del TLCAN (Comisión) será obligatoria para cualquier tribunal arbitral establecido conforme al Capítulo que nos atañe.¹²⁹ En caso de que una Parte alegue en su defensa la aplicación de los anexos del TLCAN (también llamadas listas negras) el tribunal solicitará a la Comisión una interpretación sobre el asunto; dicha interpretación deberá ser realizada y entregada al tribunal dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de solicitud.¹³⁰

Por otra parte, siempre y cuando las partes en conflicto no se opongan, el tribunal arbitral podrá designar uno o más expertos para dictaminar por escrito cualquier cuestión de hecho relativa a asuntos ambientales, de salud, seguridad u otros asuntos científicos que haya planteado una parte contendiente.¹³¹

ff) Acumulación de procedimientos

¹²⁶ *Ibidem*, artículo 1130.

¹²⁷ *Ibidem*, artículo 1134. Para efectos de éste precepto “orden” incluye una recomendación.

¹²⁸ *Ibidem*, artículo 1131 (1).

¹²⁹ *Ibidem*, artículo 1131 (2).

¹³⁰ *Ibidem*, artículo 1132.

¹³¹ *Ibidem*, artículo 1133.

El Capítulo XI del TLCAN prevé la acumulación de procedimientos; éste contiene normas precisas y especiales para el caso en su artículo 1126. Dichas normas se refieren al sometimiento de la reclamación al arbitraje, la conformación del tribunal arbitral, la determinación de la jurisdicción, el desahogo y la resolución de todas o parte de las reclamaciones de manera conjunta, o sobre la base de que ello contribuirá a la resolución de las otras reclamaciones, entre otras.¹³² No obstante, no es sencillo para un tribunal arbitral acumular los procedimientos, especialmente si las demandantes no están de acuerdo. Esto puede deberse a que las demandantes sean competidoras directas y no estimen conveniente poner a disposición del tribunal arbitral información comercial confidencial como cuestiones de derechos de propiedad intelectual e industrial. En el caso *Corn2 vs. México*,¹³³ el segundo solicitó que se acumularan los procedimientos de *Corn Products International, Inc.*, *Archer Daniels Midland Company* y *Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc.* contra México; el tribunal arbitral rechazó la petición de éste.¹³⁴

gg) Laudo definitivo y su ejecución

El tribunal arbitral podrá dictar en el laudo definitivo (a) la condena de daños pecuniarios y los intereses correspondientes; y, (b) la restitución de la propiedad y en caso de que ésta no sea posible, el monto por concepto de daños pecuniarios más intereses. El tribunal carece de jurisdicción para ordenar pagar daños de carácter punitivo.¹³⁵

¹³² *Cfr. TLCAN*, artículo 1126. Acumulación de procedimientos., párrs. 19 y 20. En el caso antes citado, la acumulación de procedimientos fue solicitada por México. Sin embargo, ésta fue rechazada por el tribunal arbitral.

¹³³ Véase caso *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/1, orden del tribunal de acumulación, 20 de mayo 2005. También citado como caso *Corn2 vs. México*, decisión sobre acumulación.

¹³⁴ *Ibidem*, párrs. 19 y 20. En el caso antes citado, la acumulación de procedimientos fue solicitada por México. Sin embargo, ésta fue rechazada por el tribunal arbitral.

¹³⁵ *Cfr. TLCAN*, artículo 1135. Laudo definitivo. ”

“1. Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable a una Parte, el tribunal sólo podrá otorgar, por separado o en combinación:

- (a) daños pecuniarios y los intereses correspondientes;
- (b) la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que la Parte contendiente podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que proceda, en lugar de la restitución.

Por otra parte, el laudo será obligatorio y no será de carácter general sino únicamente vinculante para las partes contendientes respecto al caso concreto.¹³⁶ La parte contendiente acatará y cumplirá sin demora el laudo.¹³⁷

Una parte contendiente no podrá solicitar la ejecución del laudo hasta que:

(a) si el procedimiento fue ventilado conforme al arbitraje del CIADI no hayan transcurrido 120 días desde la fecha en que se dictó el laudo y no exista procedimiento de revisión o anulación del mismo o alguno de ellos o ambos no hayan concluido;¹³⁸ y,

(b) tratándose del arbitraje conforme al Mecanismo Complementario del CIADI o las Reglas de Arbitraje de CNUDMI no hayan transcurrido tres meses desde que se dictó el laudo y ninguna de las partes contendientes lo hayan impugnado para revisarlo, desecharlo o anularlo, o un tribunal haya desechado o admitido una solicitud de reconsideración, o para desechar o anular el laudo y esta resolución no pueda recurrirse.¹³⁹

La ejecución del laudo se realizará por la parte contendiente interesada de conformidad con el Convenio del CIADI, la Convención de Nueva York o la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.¹⁴⁰

En caso de que uno de los Estados Parte condenados no cumpliera con el laudo arbitral, la Comisión, a petición del Estado Parte del inversor extranjero que

Un tribunal podrá también otorgar el pago de costas de acuerdo con las reglas de arbitraje aplicables.

2. De conformidad con en el párrafo 1, cuando la reclamación se haga con base en el Artículo 1117(1):

- (a) el laudo que prevea la restitución de la propiedad, dispondrá que la restitución se otorgue a la empresa;
- (b) el laudo que conceda daños pecuniarios e intereses correspondientes, dispondrá que la suma de dinero se pague a la empresa; y
- (c) el laudo dispondrá que el mismo se dicte sin perjuicio de cualquier derecho que cualquier persona tenga sobre la reparación conforme al derecho interno aplicable.

3. Un tribunal no podrá ordenar que una Parte pague daños que tengan carácter punitivo”.

¹³⁶ **TLCAN**, artículo 1136 (1).

¹³⁷ *Ibidem*, artículo 1136 (2).

¹³⁸ *Ibidem*, artículo 1136 (3) (i) y (ii).

¹³⁹ *Ibidem*, artículo 1136 (3) (b) (i) y (ii).

¹⁴⁰ **Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional**, celebrada en Panamá el 30 de enero de 1975 (en adelante **Convención Interamericana**). Para los efectos del artículo I de la Convención de Nueva York y el artículo I de la Convención Interamericana, se considerará que la reclamación que se somete a arbitraje conforme a esta sección, surge de una relación u operación comercial (artículo 1136 (7) TLCAN).

haya resultado beneficiado por el laudo arbitral, iniciará un procedimiento de conformidad con el artículo 2008 del TLCAN.¹⁴¹

c. Luces y sobras del Capítulo XI del TLCAN

Uno de los puntos que se critican del sistema de arbitraje inversor-Estado en general, y del arbitraje Inversor-Estado en el marco del Capítulo XI del TLCAN en particular, es el aparente favoritismo hacia los inversores extranjeros y la condena a los Estados. La afirmación anterior no es cierta. Existen múltiples ejemplos en el caso mexicano que demuestran lo contrario.¹⁴²

¹⁴¹ Cfr. **TLCAN**, Capítulo XX: Disposiciones Institucionales y Procedimientos para la Solución de Controversias, artículo 2008. "Artículo 2008: Solicitud de integración de un panel arbitral Cuando la Comisión se haya reunido conforme a lo establecido en el Artículo 2007(4) y el asunto no se hubiere resuelto dentro de:

(a) los 30 días posteriores a la reunión;

(b) los 30 días siguientes a aquel en que la Comisión se haya reunido para tratar el asunto más reciente que le haya sido sometido, cuando se hayan acumulado varios procedimientos conforme al Artículo 2007(6); o

(c) cualquier otro período semejante que las Partes consultantes acuerden, cualquiera de éstas podrá solicitar por escrito el establecimiento de un panel arbitral. La Parte solicitante entregará la solicitud a su sección del Secretariado y a las otras Partes.

A la entrega de la solicitud, la Comisión establecerá un panel arbitral.

Cuando una tercera Parte considere que tiene interés sustancial en el asunto, tendrá derecho a participar como Parte reclamante mediante entrega de su intención de intervenir a su sección del Secretariado y a las Partes contendientes. La notificación se entregará tan pronto sea posible, pero en ningún caso después de siete días a partir de la fecha en que una de las Partes haya entregado la solicitud de establecimiento del panel.

Si una tercera Parte no se decide a intervenir como Parte reclamante conforme al párrafo 3, a partir de ese momento generalmente se abstendrá de iniciar o continuar:

(a) un procedimiento de solución de controversias conforme a este Tratado; o

(b) un procedimiento de solución de controversias ante el GATT, invocando causales sustancialmente equivalentes a las que dicha Parte pudiera invocar de conformidad con este Tratado, respecto del mismo asunto, en ausencia de un cambio significativo en las circunstancias económicas o comerciales.

A menos que las Partes contendientes acuerden otra cosa, el panel se integrará y desempeñará sus funciones en concordancia con las disposiciones de este capítulo".

¹⁴² Por ejemplo, en los siguientes casos se desecharon las pretensiones de las demandantes: **Robert Azinian and others vs. United Mexican States**, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, laudo, 1 noviembre 1999. También citado como caso **Azinian vs. México**; **The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen vs. United States of America**, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award of June 26, 2003. También citado como caso **Loewen vs. USA**, laudo; **Gami Investments, Inc. vs. United Mexican States**, UNCITRAL Arbitration Rules, NAFTA, award, 15 noviembre 2004. También citado como caso **Gami vs. México**, UNCITRAL, laudo, párr. 137; **Waste Management vs. Estados Unidos Mexicanos**, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3 laudo, 30 abril 2004. También citado como caso **Waste Management vs. México II**, laudo, pág. 88; **United Parcel Service of America II vs. Government of Canada**, an Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, award on the Merits, 27 de mayo del 2007. También citado como caso **UPS**

Por otra parte, en el caso mexicano la atracción de inversión extranjera directa en comparación con el pago por concepto de condenas contra México resulta de una balanza positiva para éste.

Existen diversos estudios que realizan una evaluación acerca del TLCAN. En el caso concreto del balance relacionado con el Capítulo XI, en un estudio realizado a cinco años de la entrada en vigor del mismo, se concluye que para México “de acuerdo con diferentes variables, la política del gobierno mexicano se modificó radicalmente en relación con la inversión extranjera”.¹⁴³ A consecuencia de la instauración de un nuevo orden económico en México, de una política nacionalista se cambió a una política de apertura. Sobre todo a raíz de la entrada en vigor del GATT y la entrada en vigor del TLCAN en México.¹⁴⁴ Los efectos del TLCAN en México se traducen en mayor seguridad, previsibilidad, igualdad y certeza para los inversores extranjeros canadienses y estadounidenses así como en la atracción de las inversiones.¹⁴⁵ En general, el saldo relacionado con los flujos de inversión en el marco del Capítulo XI entre los tres Estados Contratantes es positivo.¹⁴⁶ Sin embargo, se ha criticado la falta de claridad al momento de interpretar determinadas normas, como por ejemplo, para determinar lo que es una expropiación indirecta.¹⁴⁷ En otro tenor, queremos señalar que existen estudios

vs. Canadá II, Capítulo 11 TLCAN, ICSID, laudo, etcétera.

¹⁴³ **Von Wobeser**, Claus, “el régimen legal de la inversión extranjera en el TLCAN y sus efectos en los flujos de capital hacia México”, en **Leycegui/Fernández de Castro** (coord.), *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, ITAM/Miguel Ángel Porrúa, México, 2000, págs. 269-272.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pag. 272.

¹⁴⁵ *Idem*; **Whitsitt**, Elizabeth, “NAFTA fifteen years later: the successes, failures and future prospects of Chapter 11”, *Investment Treaty News (ITN)*, February 17 2009, International Institute for Sustainable Development, Canada/Switzerland/United States, véase: <http://www.iisd.org/itn/2009/02/17/nafta-fifteen-years-later-the-successes-failures-and-future-prospects-of-chapter-11/>, abril 2012.

¹⁴⁶ **Von Wobeser**, Claus, “el régimen legal de la inversión extranjera en el TLCAN y sus efectos en los flujos de capital hacia México”, *op. cit.* págs. 265-272; Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, junio 2011, págs. 11, 12, 15, 211.

¹⁴⁷ **Vega Cánovas/Posadas/Winham/Mayer**, México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM/El Colegio de México, México, 2005, pag. 134-135.

que analizan otros Capítulos del TLCAN que derivan en un saldo por demás negativo.¹⁴⁸

3. El Tratado sobre la Carta de la Energía (*Energy Charter Treaty*, ECT)

a. La Carta de la Energía es un sistema – proceso de la Carta

El Tratado sobre la Carta de la Energía (*Energy Charter Treaty*, ECT o Tratado en adelante) fue celebrado en la ciudad de Lisboa el 17 de diciembre de 1994, entró en vigor el 16 de abril de 1998;¹⁴⁹ éste nació del llamado “proceso de la Carta” que le dio vida a través del Acta Final de la Conferencia de la Carta Europea de Energía.¹⁵⁰ El ECT quedó abierto a la firma del 17 de diciembre de 1994 al 16 de junio de 1995. Cuando hablamos del ECT también deben tenerse en cuenta los documentos relacionados con éste. Su principal antecesor es la Carta Europea de la Energía (*European Energy Charter*, EEC en adelante),¹⁵¹ la cual

¹⁴⁸ Por ejemplo, respecto al Capítulo VII del TLCAN: Sector agropecuario y medidas sanitarias y fitosanitarias, existe un estudio actual realizado por el Centro de Estudios Interdisciplinarios de la Facultad de Economía de la UNAM titulado “Resultados de 18 años del TLCAN y 20 años de las modificaciones al artículo 27 constitucional” en el que se asegura que “en México, el 72 por ciento de los productores del campo están en quiebra. Entre 2006 y 2011, las familias que vivían en el medio rural tuvieron una pérdida acumulada del poder adquisitivo del 44 por ciento, más de 29.2 millones de agricultores no contaban con acceso a la canasta básica, y sólo 3.9 millones pudieron consumir algunos productos que la integran. Más de 29 millones de agricultores no pueden adquirir la canasta básica, y sólo 3.9 millones de personas tienen acceso a algunos productos que la integran. En la última década, el costo del agotamiento y la degradación ambiental provocados por el acuerdo trilateral equivale al 10 por ciento del PIB, alrededor de 42 mil millones de dólares o que para diciembre de 2011, el 29 por ciento del total de tierras ejidales y comunales se encontraban en proceso de cambio de dominio para ser propiedad de empresas transnacionales. Véase: **Lozano Tovar, David/Lozano Arredondo/Zavala/Otero Fonseca/Vázquez/Moctezuma/Lozano Tovar, Javier, Resultados de 18 años del TLCAN y 20 años de las modificaciones al artículo 27 Constitucional, Centro de Análisis Multidisciplinario de la Facultad de Economía de la UNAM, México, marzo, 2012. Véase: http://www.dgcs.unam.mx/boletin/bdboletin/2012_174.html, abril, 2012.**

¹⁴⁹ **The Energy Charter Treaty** (Annex 1 To The Final Act Of The European Energy Charter Conference), done at Lisbon on 17th december 1994. Parte integral del ECT son los catorce Anexos, en **Energy Charter Secretariat, The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation**, Bruselas, 2004, pags. 3, 39-131.

¹⁵⁰ **Final Act of the European Energy Charter Conference**, held at Lisbon on 16-17 December 1994, en **Energy Charter Secretariat, The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation**, Bruselas, 2004, pag. 23.

¹⁵¹ **Concluding Document of the Hague Conference on the European Energy Charter**, celebrada en la Ciudad de la Haya el 17 de diciembre de 1991 en **Energy Charter Secretariat, The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation**, Bruselas, 2004, pags. 209-221.

proveyó lo que actualmente se conoce como el “proceso de la Carta” (*Charter process*). Este “proceso” o “sistema” (en adelante sistema de la Carta de la Energía o sistema de la Carta) lo describiremos del modo siguiente: la base del “sistema de la Carta” es la Carta Europea de la Energía a través del “Acta Final de la Conferencia de la Carta Europea de la Energía” (en adelante Acta Final), además de:

1. El Anexo I del Acta Final es el “Tratado sobre la Carta de la Energía” (ECT). El ECT cuenta a su vez con catorce Anexos.
2. El Anexo II del Acta Final son las decisiones con respecto al Tratado sobre la Carta de la Energía.¹⁵²
3. El Anexo III del Acta Final es el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la Eficacia Energética y los Aspectos Medioambientales Relacionados (PEEAM en adelante).¹⁵³
4. El Discurso del Presidente en la adopción de la sesión del 17 de diciembre de 1994.¹⁵⁴
5. La Enmienda de las Disposiciones Comerciales del Tratado sobre la Carta de la Energía.¹⁵⁵ Cabe señalar que dichas enmiendas también

¹⁵² **Decisions with respect to the Energy Charter Treaty** (Annex 2 to the Final Act of the European Energy Charter Conference), en **Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation***, Bruselas, 2004, pags. 135-137.

¹⁵³ **Energy Charter Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects** (Annex 3 To The Final Act Of The European Energy Charter Conference), en **Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation***, Bruselas, 2004, pags. 141-156.

¹⁵⁴ **Chairman’s Statement at adoption Session on 17 December 1994**, en **Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation***, Bruselas, 2004, pags. 157-158. This Statement was read out by the Chairman to the final Plenary Session of the European Energy Charter Conference on 17 December 1994 at Lisbon and also circulated in written form. The Conference agreed without objection to this proposal for resolving the outstanding interpretative issues.

¹⁵⁵ **Amendment to the Trade-Related Provisions of the Energy Charter Treaty** (Annex 1 to the Final Act of the International Conference and Decision of the Energy Charter Conference), pag. 204.”The Energy Charter Treaty’s trade provisions, which were initially based on the trading regime of the GATT, were modified by the adoption in April 1998 of a Trade Amendment to the Treaty. The Trade Amendment entered into force on 21 January 2010. In accordance with Articles 42 and 44 of the Energy Charter Treaty, for the Trade Amendment to enter into force, it had to be ratified by at least thirty-five ECT member states and this number has been reached. The Decisions adopted in connection with the adoption of this Amendment are an integral part of the Energy Charter Treaty”.

deben ser ratificadas por los Estados Contratantes¹⁵⁶ y son parte íntegra del ECT.¹⁵⁷

El sistema de la Carta de la Energía une a Estados que formaron parte de la cortina de hierro que son principalmente los países de la antigua Unión Soviética, los países de la Unión Europea, Japón y Australia. Hasta el momento 46 Estados han ratificado el ECT;¹⁵⁸ Australia, Islandia y Noruega firmaron el tratado pero aún no lo han ratificado; en Belarús aplica el tratado provisionalmente y en Rusia aplicó temporalmente hasta octubre del 2009. El ECT es el tratado multilateral más ambicioso en el sector energético e incluye reglas relativas al comercio, la protección de las inversiones y reglas de tránsito a las redes de energía, así como procedimientos vinculantes de solución de controversias inversor-Estado y Estado-Estado.

El sistema de la Carta tiene como objetivo establecer un marco legal para fomentar la cooperación a largo plazo en el sector energético, “basado en la

¹⁵⁶ El Estado de la ratificación de las enmiendas antes citadas puede consultarse en “Status of Ratification of the Trade Amendment to the Energy Charter Treaty as of January 2010”, [http://www.encharter.org /fileadmin/user_upload/document/Trade_Amendment_ratification_status.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/Trade_Amendment_ratification_status.pdf), marzo 2012.

¹⁵⁷ **Enmienda de las Disposiciones Comerciales del Tratado sobre la Carta de la Energía ECT**, artículo 7. Estatus de las decisiones. “The Decisions adopted in connection with the adoption of this Amendment are an integral part of the Energy Charter Treaty”.

¹⁵⁸ ECT signatories which have deposited instruments of ratification or accession of the Treaty are: Albania, Armenia, Australia, Austria, Azerbaijan, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, European Community (now part of the European Union) and Euratom, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Japan, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Malta, Moldova, Mongolia, the Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Russian Federation, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, Tajikistan, The former Yugoslav Republic of Macedonia, Turkey, Turkmenistan, Ukraine, United Kingdom, Uzbekistan. Signatory States with pending ratification are: Australia, Belarus, Iceland and Norway. Signatory States with provisional applying of the ECT are: Belarus and The Russian Federation (he Russian Federation signed the Energy Charter Treaty and was applying it provisionally until 18 October 2009 inclusive). Observers to the Energy Charter Conference are: Afghanistan, Algeria, Bahrain, Canada, China, Egypt, Indonesia, Iran, Jordan, Korea, Kuwait, Morocco, Nigeria, Oman, Pakistan, Palestinian National Authority, Qatar, Saudi Arabia, Serbia, Syria, Tunisia, United Arab Emirates, United States of America, and Venezuela. International Organizations with Observer Status are: The Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), The organisation of Baltic Sea Region Energy Cooperation (BASREC), The organisation of Black Sea Economic Cooperation (BSEC), Commonwealth Of Independent States (CIS) CIS Electric Power Council, The European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), International Energy Agency (IEA), Organisation for Economic Co-operation and Development OECD, United Nations Economic Commission for Europe (UN-ECE), The World Bank Group and the World Trade Organization (WTO). Véase: <http://www.encharter.org/index.php?id=61&L=1%5C%5C%5C%5C%5C%5C%5C%27%60%28%5B%7B%5E~>, marzo 2012.

consecución de complementariedades y beneficios mutuos, con arreglo a los objetivos y principios expresados en la Carta”.¹⁵⁹ Por el contrario, conforme al artículo 18 del ECT, el Tratado no persigue la determinación de políticas energéticas nacionales, tampoco impone la privatización o el acceso de terceros. El Tratado reafirma la soberanía nacional sobre los recursos energéticos ejercida y sometida conforme a los principios de las leyes internacionales. Los Estados pueden determinar libremente el territorio que será explotado, fijar las políticas de extracción y de desarrollo de reservas, establecer exacciones y participar en la prospección y producción.¹⁶⁰ Por otra parte, las Partes del ECT tendrán en cuenta las consideraciones medioambientales cuando formulen y apliquen sus políticas energéticas.¹⁶¹

¹⁵⁹ Cfr. **ECT**, artículo 2. Objectives. “This Treaty establishes a legal framework in order to promote long-term cooperation in the energy field, based on complementarities and mutual benefits, in accordance with the objectives and principles of the Charter”.

¹⁶⁰ **ECT**, artículo 18. “Sovereignty over Energy Resources.

(1) The Contracting Parties recognize state sovereignty and sovereign rights over energy resources. They reaffirm that these must be exercised in accordance with and subject to the rules of international law.

(2) Without affecting the objectives of promoting access to energy resources, and exploration and development thereof on a commercial basis, the Treaty shall in no way prejudice the rules in Contracting Parties governing the system of property ownership of energy resources.

(3) Each state continues to hold in particular the rights to decide the geographical areas within its Area to be made available for exploration and development of its energy resources, the optimization of their recovery and the rate at which they may be depleted or otherwise exploited, to specify and enjoy any taxes, royalties or other financial payments payable by virtue of such exploration and exploitation, and to regulate the environmental and safety aspects of such exploration, development and reclamation within its Area, and to participate in such exploration and exploitation, inter alia, through direct participation by the government or through state enterprises.

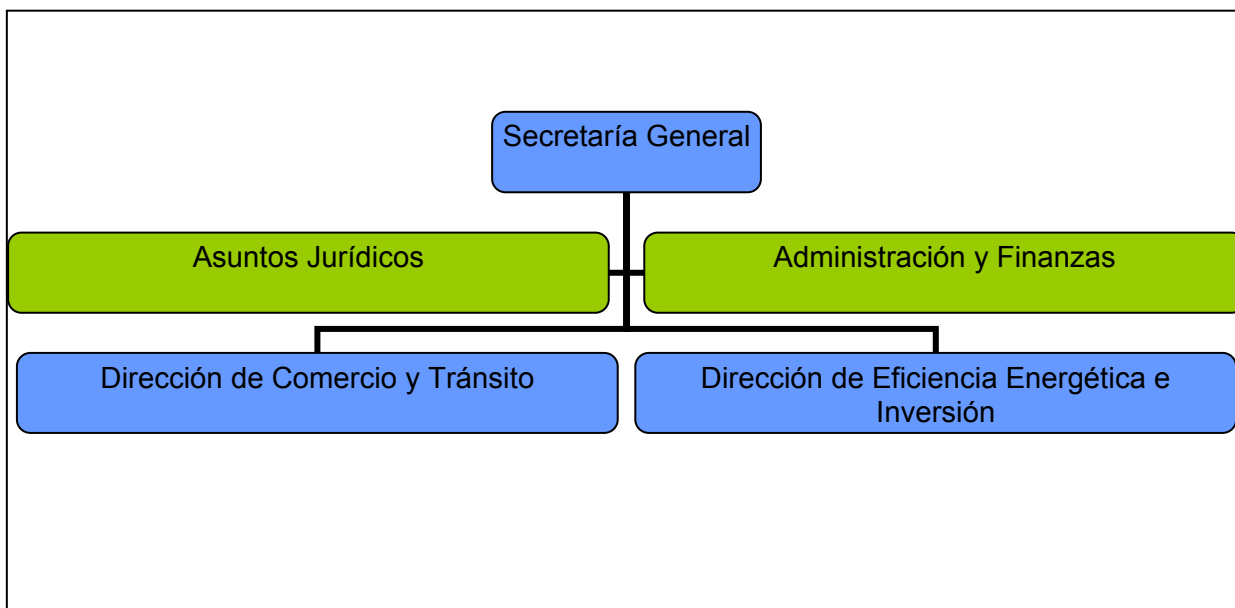
(4) The Contracting Parties undertake to facilitate access to energy resources, inter alia, by allocating in a non-discriminatory manner on the basis of published criteria authorizations, licenses, concessions and contracts to prospect and explore for or to exploit or extract energy resources”.

¹⁶¹ ECT, artículo 19, Environmental Aspects. “(1) In pursuit of sustainable development and taking into account its obligations under those international agreements concerning the environment to which it is party, each Contracting Party shall strive to minimize in an economically efficient manner harmful Environmental Impacts occurring either within or outside its Area from all operations within the Energy Cycle in its Area, taking proper account of safety. In doing so each Contracting Party shall act in a Cost-Effective manner. In its policies and actions each Contracting Party shall strive to take precautionary measures to prevent or minimize environmental degradation. The Contracting Parties agree that the polluter in the Areas of Contracting Parties, should, in principle, bear the cost of pollution, including transboundary pollution, with due regard to the public interest and without distorting Investment in the Energy Cycle or international trade. Contracting Parties shall accordingly: (...)

(2) At the request of one or more Contracting Parties, disputes concerning the application or interpretation of provisions of this Article shall, to the extent that arrangements for the consideration of such disputes do not exist in other appropriate international fora, be reviewed by the Charter

El sistema de la Carta de la Energía cuenta con un Secretariado en Bruselas, el cual está organizado de la siguiente manera:

*The Energy Charter Conference and its Subsidiary Bodies*¹⁶²



Una vez aclarado lo anterior, subrayamos que para efectos del presente apartado nos limitaremos al estudio de las normas relativas al Anexo I del Acta Final de la Conferencia de la Carta Europea de la Energía que contiene el “Tratado sobre la Carta de la Energía” (ECT), las Decisiones con respecto al ECT, así como los catorce Anexos del ECT en la medida en que éstos sean relevantes para la protección de las inversiones y la solución de controversias inversor-Estado.¹⁶³

b. El Tratado sobre la Carta de la Energía – ECT

El Tratado sobre la Carta de la Energía es el tratado multilateral en materia de inversiones más grande e importante hasta el momento y representa, junto con el

Conference aiming at a solution. (...)”.

¹⁶² Fuente: Secretariado de la Carta de la Energía, actualizado al 12 de marzo del 2012. Véase http://www.encharter.org/index.php?eID=tx_cms_showpic&file=uploads%2Fpics%2FECS_Organigramme_12_March_2012_ENG.jpg&width=800m&height=600m&bodyTag=%3Cbody%20style%3D%22margin%3A0%3B%20background%3A%23fff%3B%22%3E&wrap=%3Ca%20href%3D%22javascrpt%3Aclose%28%29%3B%22%3E%20%7C%20%3C%2Fa%3E&md5=08dd271751e3f7a195ca169c65c79d6c, marzo 2012.

¹⁶³ **Decisions with respect to the Energy Charter Treaty**, en *Energy Charter Secretariat, The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation*, Bruselas, 2004, pags. 135-137.

TLCAN, un verdadero tratado especializado con reglas claras relativas a la protección de las inversiones. Los laudos arbitrales emanados en el marco del ECT relacionados con el tema de nuestra investigación serán analizados.

aa) Estructura del ECT

El ECT consta de ocho Partes, sus catorce Anexos y las cinco Decisiones con respecto al ECT. La Parte I contiene las normas relativas a las definiciones y el propósito del tratado contenidas en sus artículos 1 y 2 respectivamente. La Parte II se refiere a las disposiciones de Comercio del artículo 3 al 9. La Parte III se ocupa de la Promoción y Protección de las Inversiones, a través del artículo 10 al 17 del Tratado. A su vez, la Parte IV prevé lo relativo a diversas disposiciones del artículo 18 al 25. Además, la Parte V dispone lo concerniente a la solución de controversias inversor-Estado (artículo 26 ECT) y Estado-Estado (artículos 27 y 28 ECT). Asimismo, la Parte VI regula diferentes disposiciones transitorias (artículo 29 al 32 ECT); mientras que la Parte VII establece lo relativo a la estructura de las instituciones de la Carta (artículo 33 al 37 ECT). Finalmente, la Parte VIII comprende las disposiciones finales en los artículos 38 al 50 del Tratado que nos ocupa. Igualmente, son parte íntegra del ECT los catorce Anexos.¹⁶⁴ Por otra

¹⁶⁴ Los catorce **Anexos del ECT** son:

Anexo EM Materias y productos energéticos; **Anexo NI** Materias y productos energéticos a los que no es aplicable la definición de “Actividad económica en el sector de la energía”; **Anexo TRM** Notificación y eliminación progresiva (TRIM); **Anexo N** Lista de Partes Contratantes que necesitan un mínimo de tres territorios distintos para participar en un tránsito; **Anexo VC** Lista de las Partes Contratantes que han adoptado voluntariamente compromisos vinculantes con respecto al apartado 3) del artículo 10; **Anexo ID** Lista de Partes Contratantes que, con arreglo al artículo 26, no permiten que un inversor someta nuevamente un mismo litigio al arbitraje internacional en una fase posterior; **Anexo IA** Lista de Partes Contratantes que no permiten que un inversor o una parte contratante someta al arbitraje internacional un litigio relativo a la última frase del apartado 1) del artículo 10; **Anexo P** Procedimiento especial sub-nacional de solución de litigios; **Anexo G** Excepciones y normas que rigen la aplicación de las disposiciones del GATT e instrumentos relacionados con éste; **Anexo TFU** Disposiciones relativas a los acuerdos comerciales entre estados que hayan formado parte de la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas; **Anexo D** Disposiciones transitorias para la solución de diferencias comerciales; **Anexo B** Fórmula para el reparto de los gastos entre las Partes Contratantes; **Anexo PA** Lista de Signatarios que no aplicarán los requisitos para la aplicación provisional de la letra b) del apartado 3) del artículo 45; **Anexo T** Medidas transitorias de las Partes Contratantes, Apartado 2) del artículo 6, Apartado 5) del artículo 6, Apartado 4) del artículo 7, Apartado 1) del artículo 9, Apartado 7) del artículo 10 - Medidas específicas, Letra d) del apartado 1) del artículo 14, Apartado 3) del artículo 20, Apartado 3) del artículo 22;

parte, también deben considerarse las “Decisiones con respecto al Tratado sobre la Carta de la Energía”, pues tienen carácter vinculante.¹⁶⁵

Para efectos de la presente investigación, nos ocuparemos principalmente de las Partes I, III y V del Tratado.

bb) Contenido y objetivos

En el preámbulo del ECT se hace clara referencia a la Carta Europea de la Energía, así como normas de competencia sobre fusiones, monopolios, prácticas contrarias a la competencia y abuso de posición dominante. También advierte sobre el Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares, las Directrices para los Suministradores Nucleares y otras obligaciones y acuerdos internacionales nucleares de no proliferación. Por otra parte, reconoce la necesidad de una mayor eficacia en la exploración, producción, conversión, almacenamiento, transporte, distribución y uso de la energía. Además, recuerda el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia y sus protocolos, y otros acuerdos internacionales de medio ambiente relacionados con la energía. El ECT reconoce además la necesidad de contar con medidas de protección medioambientales, incluidas las necesarias para el desmantelamiento de instalaciones energéticas y la eliminación de residuos, así como de objetivos y criterios acordados a nivel internacional para estos fines.¹⁶⁶

De este modo, “el presente Tratado establece un marco legal para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía, basado en la consecución de complementariedades y beneficios mutuos, con arreglo a los objetivos y principios expresados en la Carta”, conforme al artículo 2 del ECT.

cc) Promoción y Protección de las Inversiones

¹⁶⁵ **ECT. Decisiones con respecto al Tratado sobre la Carta de la Energía (Anexo 2 del Acta Final de la Conferencia sobre la carta europea de la energía):** 1. Con respecto al Tratado en su totalidad; 2. Con respecto al apartado 7) del artículo 10; 3. Con respecto al artículo 14; 4. Con respecto al apartado 2) del artículo 14; 5. Con respecto a la letra a) del apartado 4) del artículo 24 y al artículo 25.

¹⁶⁶ **ECT, Preámbulo.**

La protección de las inversiones contenida en el ECT es amplia. El artículo 1 (6) del ECT prevé que inversión es “cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa e indirectamente por un inversor”. El precepto citado contiene una lista incluyente de lo que es considerado una inversión;¹⁶⁷ ésta se referirá a toda aquella inversión relacionada con una Actividad Económica en el Sector de la Energía y a las inversiones o clases de inversión designadas por cualquier Parte Contratante como “proyectos de eficacia de la Carta” (*Charter efficiency projects*) que hayan sido notificados al Secretariado.¹⁶⁸

Por su parte, un inversor será la persona física que posea la ciudadanía o nacionalidad de una Parte Contratante, o resida permanentemente en ésta, de conformidad con la legislación nacional aplicable; así como la empresa u otra organización constituida de conformidad con la legislación aplicable de una Parte Contratante.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Cfr. **ECT**, artículo 1(6), “Investment” means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes:

- (a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges;
- (b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise;
- (c) claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment;
- (d) Intellectual Property;
- (e) Returns;
- (f) any right conferred by law or contract or by virtue of any licenses and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector.

A change in the form in which assets are invested does not affect their character as investments and the term “Investment” includes all investments, whether existing at or made after the later of the date of entry into force of this Treaty for the Contracting Party of the Investor making the investment and that for the Contracting Party in the Area of which the investment is made (hereinafter referred to as the “Effective Date”) provided that the Treaty shall only apply to matters affecting such investments after the Effective Date.

“Investment” refers to any investment associated with an Economic Activity in the Energy Sector and to investments or classes of investments designated by a Contracting Party in its Area as “Charter efficiency projects” and so notified to the Secretariat”.

¹⁶⁸ *Ibidem*, último párr.

¹⁶⁹ Cfr. **ECT** artículo 1 (7), “Investor” means:

- (a) with respect to a Contracting Party:
 - (i) a natural person having the citizenship or nationality of or who is permanently residing in that Contracting Party in accordance with its applicable law;
 - (ii) a company or other organization organized in accordance with the law applicable in that Contracting Party;
- (b) with respect to a “third state”, a natural person, company or other organization which fulfils, *mutatis mutandis*, the conditions specified in subparagraph (a) for a Contracting Party”.

i Cláusula general

El numeral 1 del artículo 10 del ECT comprende la cláusula general marco para la protección de las inversiones aplicable a todo el tratado. A través del ECT las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, favorables y transparentes para la realización de inversiones en su territorio. Dichas condiciones estarán garantizadas a través de:

- *Trato justo y equitativo*. “Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo”.¹⁷⁰
- *Protección y seguridad plenas*. “Estas inversiones gozarán asimismo de una protección y seguridad completas”.¹⁷¹
- *Prohibición de medidas exorbitantes o discriminatorias*. “Ninguna Parte Contratante perjudicará en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas”.¹⁷²
- *Nivel mínimo de trato*. “En ningún caso podrá concederse a estas inversiones un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional, incluidas las obligaciones en virtud de los tratados”.¹⁷³
- *Cláusula paraguas o de cumplimiento de las obligaciones*. “Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante”.¹⁷⁴
- *Trato nacional y de la nación más favorecida*. A efectos del presente artículo, se entenderá por “trato” el trato concedido por una Parte Contratante que no es menos favorable que el concedido a sus propios inversores [TN] o a los

¹⁷⁰ ECT, artículo 10 (1). “such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment”.

¹⁷¹ *Idem*, “such Investments shall also enjoy the most constant protection and security”.

¹⁷² *Idem*, “no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal”.

¹⁷³ *Idem*, “in no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations”.

¹⁷⁴ *Idem*, “Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party.”

inversores de otra Parte Contratante o tercer Estado [TNMF], siendo de aplicación la situación más favorable”.¹⁷⁵

Además, de conformidad con el artículo 10 (4) ECT las partes se obligan en virtud de un tratado complementario futuro a otorgar a los inversores de otras Partes Contratantes el “trato” antes descrito.¹⁷⁶ Los dos principios de no discriminación mencionados también están garantizados a través del artículo 10 (7) ECT, para otorgar el mejor de los tratos a los inversores. Este precepto obliga a los Estados Contratantes a conceder a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes, así como a las actividades relacionadas con las mismas como las de gestión mantenimiento, uso, disfrute o liquidación, un trato no menos favorable que el que conceda a las inversiones, y a su gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación, de sus propios inversores (TN) o de los de cualquier otra Parte Contratante (TNMF) a las inversiones establecidas.¹⁷⁷

No obstante, la obligación legal de garantizar trato no discriminatorio aplica únicamente a las inversiones que hayan sido realizadas. Con ello, quedan fuera de la protección del tratamiento del ECT las llamadas “pre-inversiones”.

ii Expropiación

La protección en caso de expropiación es el núcleo del ECT. A pesar de la corriente privatizadora que impera en los Estados del Este europeo, la protección contra expropiación directa o indirecta constituye un estándar de protección incluido en la mayoría de los AIs. El ECT no es la excepción, de tal suerte que regula la expropiación en su artículo 13. Los términos de dicho precepto prevén

¹⁷⁵ ECT, artículo 10 (3), “For the purposes of this Article, “Treatment” means treatment accorded by a Contracting Party which is no less favourable than that which it accords to its own Investors or to Investors of any other Contracting Party or any third state, whichever is the most favourable”.

¹⁷⁶ ECT, artículo 10 (4), “A supplementary treaty shall, subject to conditions to be laid down therein, oblige each party thereto to accord to Investors of other parties, as regards the Making of Investments in its Area, the Treatment described in paragraph (3)”.

¹⁷⁷ No obstante, los Estados Contratantes se reservan lo concerniente a las subvenciones u otro tipo de ayuda financiera o firma de contratos de investigación y desarrollo de tecnologías energéticas respecto a la aplicación del artículo 10 (7) ECT, así como la aplicación del tratado complementario descrito en el artículo 10 (4) ECT.

tanto la expropiación directa como la indirecta por motivo de interés público, de manera no discriminatoria, con arreglo al debido procedimiento legal y cuyo resarcimiento se llevará a cabo al tenor de la fórmula Hull: deberá ser rápida, adecuada y efectiva.¹⁷⁸ El importe de la indemnización equivaldrá al valor justo del mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes del anuncio de la expropiación o de la intención de ésta que hubiese afectado el valor de la inversión (fecha de valor). El valor justo de mercado se expresará en divisa convertible basada en el tipo de cambio existente en el mercado para ésta en el momento de su valoración. La indemnización incluirá intereses conforme al tipo comercial con arreglo a criterios de mercado aplicables desde el momento de expropiación a la fecha del pago de ésta (artículo 13 (1) segundo párrafo ECT). Además, con arreglo en la legislación del Estado que realice la expropiación, el inversor tendrá derecho a una revisión pronta de su caso, del pago de la indemnización, y la valoración de la inversión por un tribunal u otra autoridad competente e independiente de dicha parte (artículo 13 (2) ECT). El tratado también incorpora el concepto de expropiación del capital de una sociedad o empresa de su territorio en la cual inviertan los inversores de cualquier otra Parte Contratante, ésta queda protegida por el ECT.¹⁷⁹

iii Transferencias

La transferencia de pagos relacionados con inversiones está regulada en el artículo 14 del ECT. De conformidad con este precepto las Partes Contratantes garantizarán respecto a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de cualquier otra Parte Contratante la libertad de transferencias a su territorio y fuera de él (artículo 14 (1) ECT).¹⁸⁰ Las transferencias se realizarán sin demoras y

¹⁷⁸ Cfr. **ECT** artículo 13.

¹⁷⁹ Cfr. **ECT** artículo 13 (3), "For the avoidance of doubt, Expropriation shall include situations where a Contracting Party expropriates the assets of a company or enterprise in its Area in which an Investor of any other Contracting Party has an Investment, including through the ownership of shares".

¹⁸⁰ ECT, artículo 14. Se incluyen las transferencias: a) del capital inicial más el capital adicional para el mantenimiento y desarrollo de una inversión; b) de los rendimientos; c) de los pagos resultantes de un contrato, con inclusión de la amortización del principal y el pago de intereses

(excepto en el caso de un rendimiento en especie) en una divisa libremente convertible (artículo 14 (2) ECT) conforme al tipo de cambio que se aplique en la fecha correspondiente. En ausencia de un mercado de moneda extranjera, el tipo de cambio será, o bien el más reciente que se aplique a la inversión interior, o el más reciente que se emplee para la conversión de monedas en derechos especiales de giro, aplicándose siempre el más favorable para el inversor (artículo 14 (3) ECT).

Existen tres excepciones relativas a la transferencia:

- Restricción de transferencias con el objeto de proteger los derechos de acreedores, o asegurar la observancia de las leyes sobre emisión y transacción de valores; así como el cumplimiento de sentencias en procesos civiles, administrativos y penales, mediante la aplicación de leyes y reglamentos de forma equitativa, no discriminatoria y de buena fe (artículo 14 (4) ECT).
- Las Partes Contratantes que hayan sido parte de la antigua URSS podrán establecer acuerdos que permitan realizar las transferencias de pagos en la divisa de dichas Partes Contratantes, siempre que tales acuerdos no den lugar a un tratamiento a los inversores de otras Partes Contratantes que sea menos favorable que el que se concede a los inversores de las Partes Contratantes que hayan celebrado tal acuerdo o a los inversores de cualquier tercer Estado (artículo 14 (5) ECT).
- Transferencia de rendimientos en especie pueden ser restringidos en circunstancias en que el GATT/OMC permita restricciones a la exportación, excepto que dichos rendimientos deban permitirse de conformidad con las disposiciones contenidas en un acuerdo escrito con el Estado anfitrión (artículo 14 (6) ECT).

iv Altos ejecutivos

devengados en virtud de un acuerdo de préstamo; d) de los ingresos no gastados y otras remuneraciones del personal contratado en el extranjero en relación con dicha inversión; e) del producto obtenido de la venta o liquidación de la totalidad o parte de una inversión; f) de los pagos derivados de la solución de una controversia; g) de los pagos de indemnizaciones con arreglo a los artículos 12 y 13 del ECT.

Las Partes Contratantes se comprometen a examinar de buena fe y con arreglo a sus leyes y disposiciones sobre la entrada, estancia y trabajo de personas físicas con cargos de responsabilidad empleadas por los inversores o en inversiones de éstos con el objeto de entrar y permanecer temporalmente en su territorio para llevar a cabo actividades relacionadas con la realización, desarrollo, gestión, mantenimiento, utilización, disfrute o liquidación de inversiones (artículo 11 (1) ECT). En otro tenor, las Partes Contratantes permitirán a los inversores y a sus inversiones emplear a cualquier persona en un cargo de responsabilidad independientemente de su nacionalidad, siempre y cuando la persona empleada haya sido autorizada a entrar, permanecer y trabajar en el territorio de la Parte Contratante anfitriona y que el empleo en cuestión se ajuste a los términos, condiciones y plazos del permiso concedido (artículo 11 (2) ECT).

v Compensación por pérdidas

Respecto a las pérdidas que llegaran a ocurrirle a un inversor o a su inversión en el territorio de otra Parte Contratante debidas a un conflicto armado o guerra, estado de excepción, disturbio u otro acontecimiento similar en dicho territorio, recibirán de la otra Parte Contratante el trato más favorable que ésta aplique a cualquier inversor, ya sea propio, o inversor de otra Parte Contratante, o de cualquier tercer Estado, en lo relativo a la restitución, indemnización o cualquier otra forma de reparación (artículo 12 (1) ECT). A los inversores que sufran pérdidas por las causas mencionadas anteriormente que se deriven de (a) la requisita de su inversión o de parte de ésta por las fuerzas armadas o autoridades de la Parte Contratante anfitriona, o (b) la destrucción de su inversión o parte de ésta por las fuerzas armadas o autoridades de la segunda Parte Contratante se les concederá la correspondiente restitución o indemnización, que será, en cualquiera de los dos casos, rápida, adecuada y efectiva (artículo 12 (2) ECT).

vi Relación con otros Acuerdos

El artículo 16 del ECT aclara la relación del tratado con otros Acuerdos Internacionales de Inversión. En caso de existir colisión entre los Tratados, prevalecerán las disposiciones más favorables para el inversor.¹⁸¹

c. Solución de controversias

Los artículos 26 y 27 del ECT contienen la solución de controversias inversor-Estado (artículo 26 ECT) y Estado-Estado (artículo 27 ECT).¹⁸² A continuación, nos aproximaremos a la solución de controversias inversor-Estado.

¹⁸¹ **ECT**, artículo 16, *cf. orig.* “Relation to other Agreements.

Where two or more Contracting Parties have entered into a prior international agreement, or enter into a subsequent international agreement, whose terms in either case concern the subject matter of Part III or V of this Treaty,

(1) nothing in Part III or V of this Treaty shall be construed to derogate from any provision of such terms of the other agreement or from any right to dispute resolution with respect thereto under that agreement; and

(2) nothing in such terms of the other agreement shall be construed to derogate from any provision of Part III or V of this Treaty or from any right to dispute resolution with respect thereto under this Treaty, where any such provision is more favourable to the Investor or Investment”.

¹⁸² Instamos acercarse al contenido del artículo 27 del **ECT** para conocer a detalle el sistema de solución de controversias Estado-Estado. **ECT**. Artículo 27, *cf. orig.* “Settlement of Disputes between Contracting Parties.

(1) Contracting Parties shall endeavour to settle disputes concerning the application or interpretation of this Treaty through diplomatic channels.

(2) If a dispute has not been settled in accordance with paragraph (1) within a reasonable period of time, either party thereto may, except as otherwise provided in this Treaty or agreed in writing by the Contracting Parties, and except as concerns the application or interpretation of Article 6 or Article 19 or, for Contracting Parties listed in Annex IA, the last sentence of Article 10(1), upon written notice to the other party to the dispute submit the matter to an ad hoc tribunal under this Article.

(3) Such an ad hoc arbitral tribunal shall be constituted as follows:

(a) The Contracting Party instituting the proceedings shall appoint one member of the tribunal and inform the other Contracting Party to the dispute of its appointment within 30 days of receipt of the notice referred to in paragraph (2) by the other Contracting Party;

(b) Within 60 days of the receipt of the written notice referred to in paragraph (2), the other Contracting Party party to the dispute shall appoint one member. If the appointment is not made within the time limit prescribed, the Contracting Party having instituted the proceedings may, within 90 days of the receipt of the written notice referred to in paragraph (2), request that the appointment be made in accordance with subparagraph (d);

(c) A third member, who may not be a national or citizen of a Contracting Party party to the dispute, shall be appointed by the Contracting Parties parties to the dispute. That member shall be the President of the tribunal. If, within 150 days of the receipt of the notice referred to in paragraph (2), the Contracting Parties are unable to agree on the appointment of a third member, that appointment shall be made, in accordance with subparagraph (d), at the request of either Contracting Party submitted within 180 days of the receipt of that notice;

(d) Appointments requested to be made in accordance with this paragraph shall be made by the Secretary-General of the Permanent Court of International Arbitration within 30 days of the receipt of a request to do so. If the Secretary-General is prevented from discharging this task, the

- Solución de controversias inversor-Estado del ECT.

El sistema de solución de controversias inversor-Estado contenido en el artículo 26 del ECT será analizado brevemente debido a la relevancia que tienen las controversias en materia de Inversión; son bastos los procedimientos arbitrales dirimidos de conformidad con el ECT.¹⁸³ Como la mayoría de los AII el artículo 26 (1) ECT insta a las partes en conflicto a resolver su diferencia amigablemente (artículo 26 (1) ECT). Si no fuera posible llegar a un arreglo amistoso dentro de un periodo de tres meses a partir de la fecha en la que cualquiera de las partes hubiera solicitado dicha solución, el inversor podrá optar para la solución de su diferencia someterla a:¹⁸⁴

- (a) los tribunales ordinarios o administrativos del Estado anfitrión;
- (b) un procedimiento de solución de controversias previamente acordado;

appointments shall be made by the First Secretary of the Bureau. If the latter, in turn, is prevented from discharging this task, the appointments shall be made by the most senior Deputy;

(e) Appointments made in accordance with subparagraphs (a) to (d) shall be made with regard to the qualifications and experience, particularly in matters covered by this Treaty, of the members to be appointed;

(f) In the absence of an agreement to the contrary between the Contracting Parties, the Arbitration Rules of UNCITRAL shall govern, except to the extent modified by the Contracting Parties parties to the dispute or by the arbitrators. The tribunal shall take its decisions by a majority vote of its members;

(g) The tribunal shall decide the dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law;

(h) The arbitral award shall be final and binding upon the Contracting Parties parties to the dispute;

(i) Where, in making an award, a tribunal finds that a measure of a regional or local government or authority within the Area of a Contracting Party listed in Part I of Annex P is not in conformity with this Treaty, either party to the dispute may invoke the provisions of Part II of Annex P;

(j) The expenses of the tribunal, including the remuneration of its members, shall be borne in equal shares by the Contracting Parties parties to the dispute. The tribunal may, however, at its discretion direct that a higher proportion of the costs be paid by one of the Contracting Parties parties to the dispute;

(k) Unless the Contracting Parties parties to the dispute agree otherwise, the tribunal shall sit in The Hague, and use the premises and facilities of the Permanent Court of Arbitration;

(l) A copy of the award shall be deposited with the Secretariat which shall make it generally available”.

¹⁸³ Hay 30 casos registrados en el Secretariado de la Carta de la Energía. No hay información pública de todos los casos y los foros en los que se dirimen o dirimieron son diversos. Para una aproximación al respecto remitirse al Secretariado de la Carta de la Energía. Energy Charter Secretariat. Investor-State Dispute Settlement Cases: <http://www.encharter.org/index.php?id=213>, abril 2012.

¹⁸⁴ ECT, artículo 26 (2).

(c) al arbitraje o conciliación internacional, en cuyo caso, las Partes Contratantes consienten incondicionalmente someter sus controversias a los medios alternos de solución de diferencias citados.¹⁸⁵

Las Partes del ECT retiran su consentimiento incondicional al arbitraje si el inversor hubiera recurrido previamente a la jurisdicción nacional o hubiera utilizado un procedimiento de solución de controversias previamente acordado (artículo 26 (2) (a) y (b) en conexión con el artículo 26 (3) (b) (1) del ECT).

Si un inversor opta por someter su reclamación al arbitraje podrá hacerlo ante:

- (1) el CIADI,
- (2) el CIADI de conformidad con su Mecanismo Complementario,
- (3) un árbitro único o tribunal *ad hoc* de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI; o,
- (4) a un procedimiento arbitral del Instituto de Arbitraje de la SCC.

En cualquier caso, el inversor deberá presentar por escrito su consentimiento para someterse a alguno de los foros citados (artículo 26 (4) ECT). Dicho consentimiento por escrito jugará las veces de consentimiento (a) en el sentido del Capítulo II del CIADI y según las normas del Mecanismo Complementario; (b) del acuerdo por escrito dispuesto en el artículo II del Convenio de Nueva York; y, (c) del acuerdo por escrito para los fines del artículo 1 del Reglamento de la CNUDMI (artículo 26 (5) ECT).

Para resolver la controversia se formará un tribunal arbitral que decidirá las cuestiones en litigio de conformidad con el ECT y las normas de Derecho Internacional aplicables (artículo 26 (6) ECT).

Cualquier persona jurídica que tenga la pertenencia a alguna Parte Contratante en la fecha del consentimiento por escrito, y que antes de plantearse la controversia esté controlado por inversores de la otra Parte Contratante, será tratado como ciudadano nacional de otro Estado Contratante para efectos del CIADI y como “ciudadano de otro Estado” para efectos del Mecanismo Complementario del CIADI (artículo 26 (7) ECT). Las reglas adjetivas aplicables al

¹⁸⁵ ECT, artículo 26 (3). “(3) (a) Subject only to subparagraphs (b) and (c), each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration or conciliation in accordance with the provisions of this Article”.

procedimiento, incluidas las normas relativas al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, serán las del mecanismo elegido.

C. Acuerdos Bilaterales de Protección de las Inversiones (APPRI)

Los Acuerdos Bilaterales de Protección de las Inversiones también llamados Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI), son tratados internacionales celebrados entre dos Estados destinados a promover y proteger la inversión extranjera. El primer APPRI celebrado fue entre Alemania y Pakistán en 1959.¹⁸⁶ Hasta 1980 existían 385 APPRI, cifra que se quintuplicó a 1,857 para finales de los años noventa y envolvía aproximadamente a 173 Estados.¹⁸⁷ Para finales del año 2010 existían 2,807 APPRI celebrados.¹⁸⁸

México cuenta con veintiocho APPRI, todos están en vigor, excepto el APPRI México-Bielorrusia. Los Estados con los que México ha celebrado un APPRI son: Alemania, Argentina, Australia, Austria, China, Corea, Cuba, Dinamarca, Eslovaquia, España, Finlandia, Francia, Grecia, India, Islandia, Italia, Países Bajos, Panamá, Portugal, Reino Unido, República Checa, Singapur, Suecia, Suiza, Trinidad y Tobago, Unión Belgo-Lux, Uruguay.¹⁸⁹

Los APPRI representan en la actualidad los instrumentos jurídicos internacionales más importantes en el ámbito internacional de la inversión extranjera. Aunque inicialmente los APPRI se celebraron principalmente entre países exportadores de capital y países en vías de desarrollo,¹⁹⁰ hoy en día existe una gran gama de acuerdos celebrados entre países desarrollados y otra entre

¹⁸⁶ **APPRI Alemania-Pakistán.** Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen, firmado el 25 de noviembre de 1959, en vigor el 28 de abril de 1962, 457 UNTS 23; 1961 BGBl II 739.

¹⁸⁷ **UNCTAD**, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2000, pag. iii. Para su consulta electrónica en: <http://www.unctad.org/en/docs/poiteiid2.en.pdf>.

¹⁸⁸ **UNCTAD**, *World Investment Report 2011. Non-Equity Modes of International Production and Development*, op.cit., pag. 100.

¹⁸⁹ Véase la Tabla de APPRI citados a lo largo de la investigación.

¹⁹⁰ **McGuile**, Teresa, "Bilateral and Multilateral Investment Treaties", en Bradlow y Escher (eds.), *Legal Aspects of Foreign Direct Investment*, Haya/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1999, pag. 108.

países en transición o en vías de desarrollo. Muestra de ello es el caso mexicano, que tiene celebrados APPRIs no únicamente con Estados desarrollados, sino también con Estados en transición y en desarrollo.

I. Contenido y objetivos

a. Contenido estándar

El contenido de los APPRIs se concentra en la promoción y protección de la inversión extranjera. Por lo general, pueden reconocerse varios elementos constitutivos homogéneos de estos instrumentos internacionales, tales como: el (1) preámbulo, donde se fijan los propósitos, intenciones, objetivos y finalidades de las partes contratantes,¹⁹¹ contienen además una (2) parte definitoria, donde se

¹⁹¹ En el contexto de la existencia de más diferencias en materia de inversión, la negociación de preámbulos ha ganado importancia. Esto no solo enfatiza los objetivos de la promoción y protección de las inversiones, sino también hace hincapié en que dicho fin no debe ser perseguido a expensa de otros intereses públicos tales como la salud, la seguridad, el medio ambiente o el empleo. Ejemplos de preámbulos son contenidos en el APPRI **México-China**, firmado el 11 de julio de 2008, en vigor el 6 de junio de 2009, "... las Partes Contratantes, (...) proponiéndose crear condiciones favorables para la inversión (...); reconociendo que el fomento, la promoción y la protección recíproca de dicha inversión conducirá a estimular la iniciativa de negocios de los inversionistas e incrementarán la prosperidad en ambos Estados; deseando intensificar la cooperación de ambos Estados sobre bases de equidad y beneficio mutuo; (...); dicho preámbulo difiere con el APPRI celebrado entre **APPRI México-India**, firmado el 21 de mayo de 2007, en vigor el 23 de febrero de 2008, "... las Partes Contratantes, **deseando** intensificar la cooperación económica para el beneficio mutuo de las Partes Contratantes; **proponiéndose** crear y mantener condiciones favorables para las inversiones (...); (...) promover y proteger recíprocamente las inversiones con el objeto de fomentar los flujos de capital productivo y la prosperidad económica; por otra parte el **APPRI México-Alemania**, firmado el 25 de agosto de 1998, en vigor el 23 de febrero de 2001, anota en su preámbulo "animados por el deseo de intensificar la colaboración económica entre ambos Estados Contratantes, (...) crear condiciones favorables para las inversiones de los nacionales (...), (...) el fomento y la protección de las inversiones mediante un Acuerdo bilateral pueden servir para estimular la iniciativa económica privada e incrementar el bienestar de ambos pueblos"; asimismo el **APPRI México-Argentina**, firmado el 13 de noviembre de 1996, en vigor el 22 de julio de 1998, afirma "(...) fortalecer los vínculos de amistad entre sus pueblos y pretendiendo ampliar e intensificar las relaciones económicas entre las Partes Contratantes, en particular, respecto de las inversiones de los inversores (...); reconociendo que un acuerdo (...) es necesario para fomentar el desarrollo económico y estimular el flujo de capital y tecnología entre las Partes Contratantes; (...) crear condiciones favorables para las inversiones de los inversores (...), de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional.

detallan los conceptos de inversión,¹⁹² inversor,¹⁹³ Estado,¹⁹⁴ entre otros;¹⁹⁵ a continuación contienen una sección que trata sobre la (3) admisión de las

¹⁹² Respecto al rubro de las definiciones contenidas en los APPRI, la definición del término “inversión” continúa siendo amplia en la mayoría de los acuerdos. Sin embargo, en muchas ocasiones se realizan exclusiones concretas sobre lo que no constituye una inversión. Además se muestra una novedad por ejemplo, en el caso de Canadá, quien incluyó en sus últimos APPRI una lista limitativa, enumerando de manera exhaustiva los activos que constituyen una inversión. Lo mismo sucede con los últimos APPRI celebrados por México, como el **APPRI México-China**, firmado el 11 de julio de 2008, en vigor el 6 de junio de 2009 (véase artículo 1), el **APPRI México-India** firmado el 21 de mayo de 2007, en vigor el 23 de febrero de 2008 (véase artículo 1, Nr. 7) o el **APPRI México-Reino Unido** firmado el 12 de mayo de 2006, en vigor el 25 de julio de 2007 (véase artículo 1).

¹⁹³ Respecto a la definición de “inversor”, en la práctica se continúa utilizando distintos enfoques para determinar la nacionalidad de una persona física y una persona jurídica. Un tema no menos controvertido es el caso de las Entidades de Estado. La definición de inversor como persona física incluida en los tratados de inversión no es del todo sencilla en su interpretación. Mientras que la nacionalidad de una persona física se determina, generalmente, sin problema alguno, se carece de jurisprudencia o criterios unánimes para los casos en los que inversores poseen más de una nacionalidad. Este último supuesto se ejemplifica en los casos **Soufraki vs. Emiratos Árabes** (Véase **Soufraki vs. United Arab Emirates**, ICSID Case No. ARB/02/07, Award, 7. July 2004, párr. 45) y **Nottebohm** (Véase **Nottebohm Case** (Lichtenstein vs. Guatemala) (Second-Phase) [1955] International Court of Justice, ICJ Reports 4). Es relevante determinar qué requisitos debe satisfacer el inversor extranjero para probar una nacionalidad como nacionalidad calificada. En este contexto juegan un papel determinante los conceptos nacionalidad “dominante” y nacionalidad “efectiva”, así como la nacionalidad “por conveniencia” (*nationality of convenience*), especialmente en relación con una persona de negocios. Para personas jurídicas que figuran como inversores, igualmente se plantea la pregunta, bajo qué circunstancias estas pueden ostentarse como inversores extranjeros, para efectos del tratado internacional de inversiones en cuestión. Para determinar la “nacionalidad” de una persona jurídica se han desarrollado varias teorías en el Derecho Internacional. Personas jurídicas, a diferencia de las personas físicas, no poseen una “nacionalidad”. A las personas jurídicas, más bien se les determina su pertenencia a un Estado con la ayuda de las teorías de la “constitución o incorporación” (también conocida como: *Gründungstheorie* o *incorporation theory*), de la “sede”, también conocida como: *Sitz*, *Seat* o *Siège*, y del “control”, también conocida como: *Kontrolltheorie* o *control theory*. Para la *Kontrolltheorie* la nacionalidad de los accionistas de la persona jurídica juega un papel importante. Las citadas teorías no son aplicadas del mismo modo por tribunales arbitrales y especialistas de la materia, por ello, se presentan constantemente determinados escenarios en disputas que impiden una clara interpretación de éstas. Véase **Ipsen**, Knut, *Völkerrecht*, 5ta. Ed., C.H. Beck, München, 2004, §24, párr. 24; El Derecho alemán, por ejemplo, aplica la *Sitztheorie*, de modo tal, que tanto para las personas jurídicas como para determinados lazos de las personas y masas patrimoniales, los cuales pueden hacer uso de dicha capacidad jurídica, se aplica el Derecho del Estado en el cual se encuentra la administración principal o sede de éstas. Véase al respecto **Siehr**, Kurt, *Internationales Privatrecht: Deutsches und Europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis*, F.C. Müller, Heidelberg, 2001, § 40, pag. 309. En Derecho Internacional al contrario se siguen las teorías de la “incorporación” y del “Control” (Gründungs- und Kontrolltheorie). Sin embargo no existe una aplicación unánime. Véase **Brownlie**, Ian, *Principles of Public International Law*, 6ta.

inversiones en el Estado anfitrión.¹⁹⁶ Incluyen además una parte sustantiva, en la cual se recogen los (4) estándares de protección y tratamiento a las inversiones más importantes,¹⁹⁷ por un lado, (a) los llamados estándares absolutos, a través de los cuales el nivel de protección se fundamenta en un estándar objetivo

ed., Oxford, 2003, pags. 391, 392; **Seidl-Hohenveldern**, Ignaz, *International Economic Law*, 3ra. ed., Haya/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1999, pags. 53-57.

¹⁹⁴ Cabe señalar que el Estado no siempre actúa a nombre propio, sino que en la mayoría de las ocasiones lo realiza a nombre de una de sus entidades estatales, las llamadas *State Entities*. Existe una gran gama de entidades estatales, entre éstas se encuentran: entidades públicas territoriales, subdivisiones políticas, corporaciones públicas, organismos autónomos locales, organismos públicos autónomos, dependencias estatales, organismos centralizados y descentralizados, empresas con participación estatal, empresas con privilegios estatales así como administraciones o Gobiernos locales, entre otros. Véase **Sornarajah**, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2000, pag. 85; **Larsen**, Clifford, "ICSID Jurisdiction: The Relationship of Contracting States to Sub-State Entities", *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, *Studies in Transnational Economic Law*, vol. 18, The Hague, 2004, pag. 359. Sin embargo, muchos APPRIs carecen de definiciones sobre *State Entities*. Se suele omitir dicha definición para evitar que los Estados intenten, esquivar su imputabilidad y responsabilidad, a través de una reorganización jurídica, de determinadas empresas estatales, empresas con derechos especiales, de sus subdivisiones políticas u órganos públicos. Véase **Wolfgram**, Susann, *Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nach dem Vertrag über die Energiecharta*, serie *Europäisches und internationales Integrationsrecht*, Lit., Band 3, Alemania, 2001, pag. 26; **Schreuer**, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, artículo 25, párr. 142 y ss.

¹⁹⁵ Tales como territorio, días, transferencia, acciones de capital o instrumentos de deuda, apoyo a la inversión, emisor, empresa, empresa del Estado, rentas, ganancias, así como terminología relacionada con la solución de controversias, tales como parte y partes contendientes, CIADI, Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, Convenio del CIADI, Convención de Nueva York, Reglas opcionales de la CPA, Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, etc.

¹⁹⁶ A pesar de que predominan los APPRIs que dejan a las Partes Contratantes a su discreción la admisión y el establecimiento de inversores extranjeros y sus inversiones, los tratados que incluyen el derecho de establecimiento se están volviendo más frecuentes. Dicho derecho está provisto entre otros, a través de la garantía del trato nacional y el trato de la nación más favorecida, o únicamente del segundo el cual es sujeto de reservas y excepciones. Un ejemplo se presentan en el artículo 2 del **APPRI México-India**, firmado el 21 de mayo de 2007, en vigor el 23 de febrero de 2008, dispone que "cada Parte Contratante admitirá las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante de conformidad con su legislación y reglamentación aplicable". Otro ejemplo lo contiene el artículo 2, Nr. 1 del **APPRI México-Panamá**, firmado el 11 de octubre de 2005, en vigor el 14 de diciembre de 2006, que prevé, "cada Parte Contratante admitirá las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante de conformidad con su legislación y demás disposiciones aplicables".

¹⁹⁷ Véase **UNCTAD**, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2007, pag. 28-33; **Reinisch**, **August**, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Reino Unido, 2009.

(derecho consuetudinario o convencional), tales como trato justo y equitativo,¹⁹⁸ nivel mínimo de trato acorde con el Derecho Internacional consuetudinario¹⁹⁹ protección y seguridades plenas,²⁰⁰ y la protección de las inversiones contra la expropiación²⁰¹ o medidas equivalentes a ella e indemnización,²⁰² por otro lado, (b)

¹⁹⁸ Véase *Rumelii Telekom A.S., Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. vs. Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29. Julio 2008. También citado como caso *Rumeli y Telsim vs. Kazajistán*, laudo, párrs. 581-619, el tribunal arbitral señaló que “The concept “fair and equitable treatment” is not precisely defined. “It offers a general point of departure in formulating an argument that the foreign investor has not been well treated by reason of discriminatory or other unfair measures being taken against its interest. It is therefore a concept that depends on the interpretation of specific facts for its content.” The precise scope of the standard is therefore left to the determination of the Tribunal which “will have to decide whether in all the circumstances the conduct in issue is fair and equitable or unfair and inequitable”, párr. 610; **González de Cossío**, Francisco, *Arbitraje de Inversión*, Porrúa, México, 2010, pags. 137-169; **Cavazos Villanueva**, Gabriel, *The Fair and Equitable Treatment Standard*, Vdm Verlag Dr Mueller E K, Alemania, 2008; **Álvarez Jiménez**, Alberto, “Minimum Standard of Treatment of Aliens, Fair and Equitable Treatment of Foreign Investors, Customary International Law and the Diallo Case before the International Court of Justice”, *JWIT*, vol. 9, nr. 1, febrero 2008, pags. 51-70; **UNCTAD**, Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1999.

¹⁹⁹ Véase por ejemplo el artículo 5 del **APPRI México-China**. “Nivel Mínimo de Trato 1. Cada Parte Contratante otorgará (...) trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. 2. Para mayor certeza, este Artículo establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas (...). Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional que el requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional, o que vaya más allá de éste, como prueba de la práctica de los Estados y la *opinio juris*. Una resolución en el sentido de que se ha violado otra disposición del presente Acuerdo o de un acuerdo internacional distinto, no establece que se ha violado el presente Artículo.”; **González de Cossío**, Francisco, *Arbitraje de Inversión*, *op. cit.*, pags. 142-147; **Álvarez Jiménez**, Alberto, “Minimum Standard of Treatment of Aliens, Fair and Equitable Treatment of Foreign Investors, Customary International Law and the Diallo Case before the International Court of Justice”, *JWIT*, vol. 9, nr. 1, febrero 2008, pags. 51-70;

²⁰⁰ Véase *Rumelii Telekom A.S., Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. vs. Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29. Julio 2008. También citado como caso *Rumeli y Telsim vs. Kazajistán*, laudo, párrs. 658-670, al respecto el tribunal arbitral señaló “The Arbitral Tribunal agrees with Respondent that the full protection and security standard in Article II(2) of the UK-Kazakhstan BIT must be construed in accordance with the accepted rules of treaty interpretation. It obliges the State to provide a certain level of protection to foreign investment from physical damage. (...) ICSID tribunals have recognized that in international law, the full protection and security obligation is one of ‘due diligence’ and in *Saluka (Saluka vs. Czech Republic*, Partial Award of March 17, 2006, párr. 483), the Tribunal also decided that the ‘full security and protection’ clause is not meant to cover just any kind of impairment of an investor’s investment, but to protect more specifically the physical integrity of an investment against interference by use of force”, párr. 668; **González de Cossío**, Francisco, *Arbitraje de Inversión*, *op. cit.*, pags. 185-196.

²⁰¹ Véase *Rumelii Telekom A.S., Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. vs. Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29. Julio 2008. También citado como caso *Rumeli y Telsim vs. Kazajistán*, laudo, párrs. 682-715.

los llamados estándares relativos, mediante los cuales el nivel de protección al inversionista se define en función del trato que reciben otros sujetos, tales como el trato nacional (CTN),²⁰³ la cláusula de la nación más favorecida (CNMF).²⁰⁴ Con frecuencia se incluyen otras cláusulas de protección como (5) la de protección contra trato arbitrario o discriminatorio de las inversiones e inversores en general²⁰⁵ y a consecuencia de conflictos armados o contiendas civiles.²⁰⁶ (6) También se acompaña una sección relativa a las transferencias de fondos relacionadas con la inversión de inversionistas.²⁰⁷ La parte procesal incluye, en la

²⁰² **González de Cossío**, Francisco, *Arbitraje de Inversión*, op. cit., pags. 197-242; **Sampliner**, Gary H., “Arbitration of Expropriation Cases under U.S. Investment Treaties – A threat to Democracy or the Dog That Didn’t Bark?”, *ICSID Review, FILJ*, vol. 18, Num. 1, 2003, pag. 1 y ss.; **Horn**, Norbert, “Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and Means”, en **Horn**, Norbert/ **Kröll**, Stefan (eds.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, op. cit. pags. 17-21; **UNCTAD**, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2007, pags. 44-52.

²⁰³ Para una incursión en el tema véase **González de Cossío**, Francisco, *Arbitraje de Inversión*, op. cit., pags. 119-136; **UNCTAD**, *National Treatment*. Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999. También citado como UNCTAD 1999b.

²⁰⁴ Véase **González de Cossío**, Francisco, *Arbitraje de Inversión*, Porrúa, México, 2010, pags. 171-183; **UNCTAD**, *Most Favored Nation Treatment*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999.

²⁰⁵ Véase por ejemplo **Burlington Resources, Inc. vs. Republic of Ecuador**, ICSID Case No. ARB/08/5, decisión a la jurisdicción, 2 junio 2010. También citado como caso **Burlington vs. Ecuador**, decisión a la jurisdicción, párrs. 209-211.

²⁰⁶ En caso de presentarse un conflicto armado o contienda civil en la mayoría de los APPRIls las Partes Contratantes se obligan a garantizar el trato de la nación más favorecida y el trato nacional en éstas situaciones, respecto de las indemnizaciones o compensaciones derivadas de éstos. **UNCTAD**, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, op. cit., pags. 52-56.

²⁰⁷ La mayoría de los APPRIls contiene disposiciones relativas a la transferencia de fondos que otorgan el derecho de transferirlos sin demora alguna y en algunos casos usando una moneda específica. Al respecto se diferencia entre la cobertura de la protección referentes a las entradas y salidas de capital, en algunos casos solo una u otra son protegidas por el tratado, así como el régimen que gobierna dichas transferencias, que será en la mayoría de los casos el derecho nacional, por ejemplo, el artículo 8, nr. 1 del **APPRI México-China** que sostiene “de conformidad con sus leyes y reglamentos, cada Parte Contratante garantizará (...) que todos los pagos relacionados con una inversión en su territorio, sean libremente transferidos sin demora, dentro y fuera de su territorio”. Existen algunos APPRIls que contienen salvaguardas a dichas transferencias en el caso de presentarse bancarota o para asegurar los derechos de terceros, entre otros. En muy pocas ocasiones los tratados contienen salvaguardas para el caso de presentarse un grave desequilibrio en la balanza de pagos o una amenaza a la misma, no así es el caso mexicano, quien

mayoría de los casos (7) el mecanismo de solución de controversias Estado-Estado²⁰⁸ e Inversor-Estado,²⁰⁹ en el segundo, se contempla en la mayoría de los APPRIs el arbitraje internacional o nacional (cláusula arbitral) o la solución de conflictos frente a los tribunales nacionales del Estado anfitrión (cláusula de foro).

En muchas ocasiones, en la sección relativa a la solución de conflictos se encuentran detallados algunos prerrequisitos para acceder al arbitraje internacional, tales como consulta y negociación, notificaciones previas, renunciaciones para presentar la reclamación frente a cualquier otra instancia nacional judicial o alterna o internacional (cláusula *fork in the road*), así como restricciones *ratione temporis* para presentar la reclamación. Una parte muy importante de los APPRIs es la concerniente a la cláusula arbitral y la declaratoria de consentimiento a algunas instancias internacionales (cláusula *ratione voluntatis*),²¹⁰ tales como al arbitraje frente al CIADI, a su Mecanismo Complementario, al arbitraje de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL o a la conformación de un tribunal *ad hoc*. Esta *invitatio ad offerendum* representa una declaratoria abierta realizada por los Estados contratantes del APPRI frente a futuras controversias que pudieran suscitarse en su contra, la cual podrá ser utilizada en todo momento por los inversores extranjeros cuando éstos o sus inversiones hayan sido presuntamente violados por el Estado anfitrión.²¹¹

en una gran variedad de APPRIs contiene dicha salvaguarda. Véase los **APPRIs México-China** en su artículo 8, nr. 5; **México-India** en su artículo 8, nr. 4; **México-Reino Unido** en su artículo 8, nr. 4, **México-Francia** en su artículo 7, párrafo 3, **México-España** en su artículo VII, nr. 3; **México-Australia** en su artículo 9, nr. 4; **México-Finlandia** en su artículo 7, nr. 4, entre otros.

²⁰⁸ UNCTAD, *Dispute Settlement: State-State*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2003.

²⁰⁹ UNCTAD, *Dispute Settlement: Investor-State*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2003.

²¹⁰ Véase p. e. el artículo 13 del **APPRI México-India**. “1. Cada Parte Contratante otorga su consentimiento incondicional para someter una controversia a arbitraje internacional (...). 2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 anterior y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversionista contendiente cumplirá con los requisitos señalados en (a) el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro); y (b) el Artículo II de la Convención de Nueva York, relativo al ‘acuerdo por escrito’”.

²¹¹ Una contribución interesante sobre el tema se encuentra en: **Cremades**, Bernardo M., “Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment-Protection Treaties”, *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century – Liber Amicorum for*

En muchos APPRI esta sección también incluye reglas específicas relativas al procedimiento arbitral a seguir, tales como el número de árbitros y método para su nombramiento, la anulación de los procedimientos, sede del arbitraje, el derecho aplicable,²¹² medidas provisionales, sobre el laudo, su reconocimiento y ejecución,²¹³ entre otras disposiciones procesales. (8) En la parte final de los APPRI se incluye su duración y procedimiento para su denuncia o en su defecto su renegociación.

b. Ámbito de aplicación del APPRI

El ámbito de aplicación de un APPRI tiene diferentes dimensiones, por un lado es la materia para la cual el APPRI es aplicable. En la mayoría de los casos ésta será “la protección de las inversiones realizadas por inversores de una parte contratante”; en un segundo lugar, representará el ámbito geográfico de protección del APPRI, que por lo general será “el territorio de la otra parte contratante”. Una tercera dimensión será el ámbito temporal de aplicación del APPRI, el cual puede variar de Acuerdo en Acuerdo, por ejemplo, puede referirse “a las inversiones realizadas después de la entrada en vigor del tratado”, “así como a las inversiones existentes al momento de entrar en vigor el tratado”. En ocasiones existe una cláusula de exclusión de aplicación del acuerdo “a las reclamaciones derivadas de eventos que ocurrieron, o las reclamaciones que hayan sido presentadas o resueltas antes de la entrada en vigor del mismo”. Otro tipo de cláusulas urgen además de la existencia de “un daño o pérdida inminente” a la inversión. Citaremos tres ejemplos de éste tipo de cláusulas comenzando por la más amplia y terminando por la más estrecha.

Comenzaremos con el artículo 28 del APPRI México-India²¹⁴ el cual prevé:

Karl-Heinz-Boeckstiegel, Carl Heymanns Verlag, Colonia/Berlin/Bonn/Munich, 2001, pag. 149 y ss.

²¹² **Sacerdoti**, Giorgio, “Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards”, *ICSID Review*, Vol. 19, Nr. 1, 2004, pag. 1 y ss.

²¹³ **Cremades**, Bernardo M.(ed.): *Enforcement of Arbitration Agreements in Latin America. Papers presented at the 1998 Vancouver IBA Conference*, Kluwer Law International, Hague-London-Boston, 1999.

²¹⁴ **APPRI México-India**, firmado el 21 de mayo de 2007, en vigor el 23 de febrero de 2008.

“Aplicación del acuerdo. Las disposiciones del presente Acuerdo aplicarán a todas las inversiones realizadas antes o después de la entrada en vigor del presente Acuerdo por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante”.

En este tipo de cláusulas no existe restricción temporal alguna respecto de la aplicación de la cláusula; sin embargo, advierte que a las inversiones que se aplicará serán a las “inversiones realizadas”, es decir, la protección del acuerdo únicamente será válida si las inversiones ya han sido establecidas, lo cual deberá ser de conformidad con la legislación y reglamentación nacional aplicable.²¹⁵

Este tipo de cláusula no realiza anotación alguna respecto de las controversias que se hubieran suscitado por hechos acontecidos anteriores a la entrada en vigor del APPRI, ni tampoco de controversias en curso al momento de entrada en vigor del mismo. Lo cual podría dejar abierto el camino de aplicación retroactiva de las leyes con efectos positivos para el inversor extranjero.

Otra cláusula que cierra este camino es la prevista en el artículo 29 del APPRI México-China²¹⁶ la cual establece que:

“Este Acuerdo aplicará a las inversiones realizadas después de la entrada en vigor del presente Acuerdo por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, así como a las inversiones existentes de conformidad con la legislación aplicable de las Partes Contratantes en la fecha de entrada en vigor. No obstante, las disposiciones de este Acuerdo no aplicarán a reclamaciones derivadas de eventos que ocurrieron, o a reclamaciones que hayan sido resueltas, antes de su entrada en vigor”.

Muy similar es la cláusula contenida en el artículo 9 México-Alemania²¹⁷ el cual prevé que “el presente Acuerdo se aplicará también a las inversiones efectuadas

²¹⁵ Véase artículo 2 del **APPRI México-India**.

²¹⁶ **APPRI México-China**, firmado el 11 de julio de 2008, en vigor el 6 de junio de 2009.

²¹⁷ **APPRI México-Alemania**, firmado el 25 de agosto de 1998, en vigor el 23 de febrero de 2001.

por los nacionales o sociedades de un Estado Contratante antes de la entrada en vigor del mismo, conforme a las disposiciones legales del otro Estado Contratante en su territorio. Sin embargo, no se aplicará a divergencias o controversias que hayan surgido con anterioridad a su entrada en vigor”.

En este modelo, la protección del APPRI no podrá ser invocada por presuntas violaciones que ocurrieron, ni por reclamaciones en curso o reclamaciones que hayan sido resueltas, antes de la entrada en vigor del mismo.

c. Otras cláusulas específicas

A pesar de lo expuesto con anterioridad y de que en la generación de APPRIs celebrados a partir de los años noventa existe consistencia en los estándares de protección incluidos en APPRIs de antiguas generaciones,²¹⁸ los primeros presentan hoy día cierta evolución respecto al contenido de algunas cláusulas específicas. En una gran cantidad de APPRIs modernos se incluye hoy por hoy una variedad más amplia de disciplinas que impactan a su vez en un mayor número de áreas jurídicas y económicas de los Estados anfitriones de manera más compleja y detallada. Al mismo tiempo se ha puesto mayor énfasis en las políticas públicas tales como la inclusión de salvaguardas y excepciones relativas a salud pública, protección ambiental y seguridad nacional,²¹⁹ además, en ocasiones se presentan requisitos de desempeño o prohibiciones a su imposición.²²⁰ Otras materias que se regulan con menor frecuencia son las

²¹⁸ El libro del Prof. Dolzer se puede consultar como una buena fuente respecto a los contenidos más importantes de los APPRIs de la llamada “antigua generación”. Véase: **Dolzer**, Rudolf/**Stevens**, Margaret, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, Boston, London, 1995.

²¹⁹ Véase el artículo 31 del **APPRI México-India** “**Excepciones por Seguridad**. Nada de lo dispuesto en el presente Acuerdo imposibilita a la Parte Contratante receptora para tomar acciones destinadas a proteger sus intereses esenciales de seguridad, o en circunstancias de emergencia extrema de conformidad con su legislación normal y razonablemente aplicada sobre bases no discriminatorias.”

²²⁰ Por ejemplo el **APPRI Argentina-USA** en su artículo II, nr. 4 prohíbe a las Partes poner restricciones por razón de la nacionalidad a los altos directivos de las compañías legalmente constituidas en el territorio de una de las Partes. “4. Companies which are legally constituted under the applicable laws or regulations of one Party, and which are investments, shall be permitted to engage top managerial personnel of their choice, regardless of nationality.” Otro ejemplo

relativas a la entrada y permanencia de personal en el Estado anfitrión,²²¹ que están relacionadas con personal clave contratado por el inversor extranjero, cláusulas como las denominadas “paraguas” o de “cumplimiento de las obligaciones” (*umbrella clause*),²²² diferentes disposiciones relativas a la transparencia,²²³ derechos previos al establecimiento de la inversión,²²⁴ cláusula de denegación de beneficios,²²⁵ entre otras. Por lo tanto, si un inversor extranjero

interesante se presenta en el artículo II, nr. 4. “Treatment of Investment. (...) 4. Neither Party shall impose, as a condition of establishment, expansion or maintenance of investments, any performance requirements which require or enforce commitments to export goods produced, or which specify that goods or services must be purchased locally, or which impose any other similar requirements or measures”.

²²¹ Véase el artículo 30 del **APPRI México-India**. “Sujeto a su legislación aplicable relativa a la entrada y permanencia de extranjeros, una Parte Contratante permitirá a personas físicas de la otra Parte Contratante y al personal contratado por empresas de la otra Parte Contratante, entrar y permanecer en su territorio con el propósito de integrarse a actividades relacionadas con las inversiones”.

²²² Véase el artículo 8, nr. 2 del **APPRI México-Alemania**. “Cada Estado Contratante observará cualquier otra obligación por escrito que haya asumido en relación a inversiones en su territorio por nacionales o sociedades del otro Estado Contratante; las controversias surgidas respecto de dichas obligaciones, serán solucionadas únicamente de acuerdo a las disposiciones contenidas en el contrato respectivo”.

²²³ Véase el artículo VIII del **APPRI Polonia-USA** “Exchange of Information and Transparency 1. Each Party acknowledges the desirability of facilitating the collection and exchange of all non-confidential, non-proprietary information relating to investments and commercial activities within its territory.

2. Each Party shall make publicly available all non-confidential, non-proprietary information which may be useful in connection with investment and commercial activities. In addition, each Party shall promptly make public all laws, regulations, administrative practices and procedures, and adjudicatory decisions having general application that pertain to or affect commercial activities or investments.

3. The Parties shall disseminate to their respective business communities such information made available under paragraph 2 which will assist their nationals and companies in pursuing the most expeditious and equitable settlement of any dispute affecting them which may arise under this Treaty. Such information may be related to timeliness of decisions and vindication of rights under the Treaty”.

²²⁴ Véase **Chatterjee**, C., “When Pre-Investment or Development Costs May or May Not Be Regarded as Part of ‘Investment’ under Article 25(1) of the ICSID Convention—The Mihaly Case”, *JWIT*, Vol. 4 Nr. 5, 2003, pag. 909 y ss. Tratados con la inclusión de este tipo de cláusulas han sido celebrados principalmente por Canadá, USA y Japón; **UNCTAD**, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2007, pag. xiii.

²²⁵ Véase por ejemplo el artículo 10 del **APPRI México-India**. Que sostiene “Las disposiciones de los artículos 3 y 4 no serán interpretadas en el sentido de obligar a una Parte Contratante a

pretende utilizar el beneficio de un APPRI para establecerse en algún Estado anfitrión es recomendable observar con lupa todas y cada una de sus cláusulas para gozar de su protección y beneficios para que, en el peor de los escenarios, pueda hacer uso de su mecanismo de solución de controversias en caso de presentarse alguna violación a los derechos del inversor o a su inversión.²²⁶

Por todo lo anterior, las diferencias basadas en estos instrumentos bilaterales internacionales son los imperantes en las controversias en materia de inversión Inversor-Estado y por ello, representan en gran medida el objeto de estudio de la presente investigación.

d. Objetivos estratégicos

Al momento de celebrar un APPRI es recomendable conservar coherencia en la política que encierra las obligaciones que pretenden adquirirse, esto es, que el APPRI en cuestión sea acorde y refleje las políticas domésticas en materia de economía y desarrollo. En la medida en que se vean reflejados la estructura y el contenido del APPRI en la estructura política, económica y de desarrollo del

extender a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, los beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio que pueda ser otorgado por esa Parte Contratante en virtud de: (a) cualquier organización de integración económica regional, área de libre comercio, unión aduanera, unión monetaria u otra forma de integración similar, existente o futura, respecto de la cual una de las Partes Contratantes sea parte o llegue a serlo; o (b) cualesquier derechos y obligaciones de una Parte Contratante que deriven de un convenio o arreglo internacional, relacionado de manera parcial o principalmente con la materia fiscal, o de cualquier legislación nacional, relacionado de manera parcial o principalmente con la materia fiscal. En caso de discrepancia entre las disposiciones del presente Acuerdo y cualquier otro convenio o arreglo internacional en materia fiscal, prevalecerán las disposiciones de este último.” Otro ejemplo claro es el artículo 31 del **APPRI México-China** el cual prevé “Denegación de Beneficios. Las Partes Contratantes podrán decidir conjuntamente, a través de consultas, el negar los beneficios del presente Acuerdo a una empresa de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, si dicha empresa es propiedad o está controlada por una persona física o por una empresa de una Parte no Contratante.” Con una disposición de este tipo se pretende frenar a los inversores y a empresas controladas por nacionales originarios de terceros Estados que pretendan relocalizar sus inversiones con fines estratégicos destinados a poder acceder a los beneficios del APPRI citado, principalmente para acceder a su mecanismo de solución de controversias.

²²⁶ Partiendo del supuesto de que ningún inversor extranjero, al realizar una inversión en un Estado anfitrión, pretende entrar en conflicto con éste, y por lo tanto, hacer uso del mecanismo de solución de controversias del APPRI correspondiente.

Estado anfitrión los objetivos contenidos en el primero podrán ser alcanzados con mayor facilidad.²²⁷

No obstante lo anterior, y a pesar de las enormes similitudes existentes entre prácticamente todos los APPRI en su estructura y contenido, habrá que acercarse con una lupa para analizar los detalles de cada uno de ellos. Vistos bajo el microscopio nos admirará encontrarnos con una enorme variedad de organismos jurídicos, tal como se encuentran las características particulares de cada organismo de la misma especie al realizarles un análisis de ADN.

En este sentido, existen los Estados típicamente industrializados como Alemania, Canadá, Estados Unidos, Países Bajos, entre otros, que cuentan con un modelo específico de APPRI, el cual, pretenden imponer a la contraparte en la medida de lo posible; sin embargo, Estados en transición como Argentina, Brasil, China, Chile,²²⁸ India, México, Turquía o Sudáfrica han obtenido grandes avances en su posición de negociación frente a terceros Estados, lo que se traduce en el triunfo de sus posiciones al establecer ciertos límites a los estándares típicos impuestos por los países industrializados. En el caso mexicano, a pesar de admitir en muchos casos la inclusión de la cláusula paraguas, impone una limitante a ella, al establecer que aunque ésta es aceptada, las controversias que pudiesen suscitarse respecto de las obligaciones adquiridas por escrito se resolverán de conformidad con lo establecido en el documento respectivo, el cual, no necesariamente será el arbitraje internacional. China, India y México, han logrado imponer restricciones a diferentes estándares tales como: restricciones a las transferencias bajo supuestos específicos,²²⁹ que seguramente deben su

²²⁷ **UNCTAD**, *Development implications of international investment agreements. IIA Monitor No. 2 (2007)*, International Investment Agreements, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2007, pag. 4.

²²⁸ **Biggs**, Gonzalo, "The Latin American Treatment of International Arbitration and Foreign Investment and the Chile-U.S. Free Trade Agreement", *ICSID Review*, vol. 19, nr. 1, 2004, pag. 61 y ss.

²²⁹ Véase artículo 8, Nr. 5 del **APPRI México-China**, "En caso de un desequilibrio fundamental en la balanza de pagos o de una amenaza a la misma, cada Parte Contratante podrá temporalmente restringir las transferencias, siempre y cuando dicha Parte Contratante instrumente medidas o un programa de conformidad con estándares internacionales. Estas restricciones tendrían que ser

existencia a la crisis mexicana de 1994 y argentina del 2001²³⁰ y sus consecuencias económicas. Incluso en el APPRI México-Reino Unido y en el renegociado APPRI México-España los cuales incluyen una cláusula de restricción a las transferencias, lo que confirma a nuestro parecer, la precaución y fortaleza mexicana en la negociación y renegociación de los mismos.²³¹

2. Luces y sombras

Se han realizado diversos estudios para verificar la relación existente entre la celebración de APPRIs y la atracción de inversión extranjera a un Estado determinado.²³² En algunos estudios realizados, los resultados respecto a la

impuestas sobre bases equitativas, no discriminatorias y de buena fe”. Véase también el artículo 8, Nr. 4 del **APPRI México-India** que prevé, “En caso de un desequilibrio fundamental en la balanza de pagos y de dificultades financieras externas o de una amenaza de las mismas, una Parte Contratante podrá adoptar o mantener restricciones a los pagos o transferencias relacionadas con las inversiones, las cuales:

(a) serán compatibles con el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional; (b) evitarán daños innecesarios a los intereses comerciales, económicos y financieros del inversionista de la otra Parte Contratante; (c) no excederán de lo necesario para hacer frente a las circunstancias mencionadas en este párrafo; (d) serán temporales y se eliminarán progresivamente tan pronto como las condiciones descritas en este párrafo mejoren; (e) serán aplicadas bajo una base equitativa, no discriminatoria y de buena fe; y (f) serán notificadas con prontitud a la otra Parte Contratante.

La Parte Contratante que adopte cualquier restricción bajo este párrafo deberá, a solicitud de la otra Parte Contratante, comenzar consultas con esta última a fin de revisar las restricciones adoptadas”.

²³⁰ **Alfaro**, Carlos E., “The Growing Opposition of Argentina to ICSID Arbitral Tribunals. A Conflict between International and Domestic Law?” *JWIT*, vol. 6, nr. 3, 2005, pag. 417 y ss.

²³¹ Véase artículo 8, Nr. 4 del **APPRI México-Reino Unido**, el cual anota “En caso de un desequilibrio fundamental en la balanza de pagos o de una amenaza a la misma, una Parte Contratante podrá temporalmente restringir las transferencias, siempre y cuando dicha Parte Contratante instrumente medidas o un programa de conformidad con los estándares internacionales. Estas restricciones tendrían que ser impuestas sobre bases equitativas, no discriminatorias y de buena fe”. Véase también el artículo VII, Nr. 3 del **APPRI México-España**, renegociado y firmado el 10 de octubre del 2006, en vigor el 4 de abril del 2008. Otros APPRIs que incluyen una cláusula similar son el **APPRI México-Portugal**, en su artículo 6, Nr. 4, **APPRI México-Austria**, en su artículo 7, Nr. 6, **APPRI México-Francia**, en su artículo 7, párrafo tercero, **México-Finlandia**, en su artículo 7, Nr. 4. Una cláusula de éste tipo no está contenida en antiguos APPRIs mexicanos celebrados tales como en el **México-Alemania**, **México-Países Bajos**, **México-Uruguay**, **México-Corea**, entre otros.

²³² **Sauvant**, Karl P./**Sachs**, Lisa, eds. *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford University Press, Reino Unido, 2009; **Aisbett**,

efectiva influencia de los APPRI respecto a la atracción de inversión extranjera directa (IED, en adelante) han resultado opuestos. La mayoría de ellos apunta a que no existe una relación única y directa entre la firma de un APPRI entre dos Estados y la recepción de inversión extranjera, sino confluir una serie de factores tales como el tamaño y la orientación del mercado, la estabilidad macroeconómica, la plataforma para las exportaciones, entre otros, para atraer inversión extranjera directa.²³³ Es decir, que si se cumplen los factores mencionados con anterioridad el número de APPRI signados por un Estado tendrá un efecto positivo e independiente para la atracción de IED. Por ejemplo, en un estudio encomendado por el Banco Mundial se concluye que los APPRI por sí solos no estimulan la IED. El estudio arguye que el tamaño del mercado y la estabilidad macroeconómica son la clave para atraer la IED. Además pone énfasis en que los APPRI no sustituyen las instituciones domésticas y en el supuesto de que contribuyan a incrementar la inversión extranjera en los países en desarrollo, éstos actúan únicamente como complementarios a la existencia de instituciones sólidas.²³⁴ Un resultado opuesto arroja el realizado por Neumayer y Spess,²³⁵ el

Emma, "Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation versus Causation", *University of California Berkeley, Munich Personal RePEc Archive*, paper No. 2255, noviembre 2007, <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/2255>, mayo 2010; **Gallagher**, Kevin/B. L. **Birch**, Melisa, "Do Investment Agreements Attract Investment? Evidence from Latin America", en *JWIT*, 2007, pag. 961-974; **Neumayer**, Eric/**Spess**, Laura, "Do bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?", *London School of Economics and Political Science, World Development*, Vol. 33, No. 10, Reino Unido, 2005, pags. 1567-1585; **Tobin**, Jennifer/ **Rose-Ackermann**, Susan, "Bilateral Investment Treaties: Do they stimulate Foreign Direct Investment?", Yale Law & Economics, Research Paper No. 293, 2 mayo 2005, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=557121, mayo 2010; **Hallward-Driemeier**, Mary, "Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a BIT...and they Could bite", *World Bank Policy Research Working Paper Series*, No. 3121, World Bank, Washington, D.C., Agosto 2003, <http://ideas.repec.org/s/wbk/wbrwps.html>, mayo 2010.

²³³ **Gallagher**, Kevin/B. L. **Birch**, Melisa, "Do Investment Agreements Attract Investment? Evidence from Latin America", *op. cit.*, pags. 969, 972; **Bernasconi-Osterwalder**, Nathalie, "Who Wins and Who Loses in Investment Arbitration? Are Investors and Host States on a Level Playing Field?—The Lauder/Czech Republic Legacy", *JWIT*, vol. 6, nr. 1, 2005, pag. 69-71.

²³⁴ **Hallward-Driemeier**, Mary, "Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a BIT...and they Could bite", *op.cit.*, pags. 22-23.

²³⁵ **Neumayer**, Eric/**Spess**, Laura, "Do bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?", *London School of Economics and Political Science, World Development*, vol. 33, no. 10, Reino Unido, 2005, pags. 1567-1585.

cual afirma que existe una relación directa entre la celebración de APPRI y la afluencia de IED. Cabe señalar que cada uno de los estudios empleó una metodología diferente, que va desde el análisis de países en vías de desarrollo, los miembros de la OECD, países latinoamericanos, o como el estudio de Neumayer, de más de 119 diferentes países. Lo mismo sucede con el periodo de muestra analizada, que va desde un periodo largo (Neumayer, 1970-2001), hasta periodos recientes muy cortos. Por ello, los resultados arrojados por los distintos estudios son diferentes. Independientemente de la existencia de los estudios mencionados, nosotros coincidimos en que la existencia aislada de los APPRI no puede ser un factor único para la atracción de la IED, sino que es uno más de los ingredientes que hacen posible que un Estado sea seleccionado como el “platillo ideal” para realizar una inversión. Pensamos que definitivamente la estabilidad económica y política,²³⁶ así como la existencia de seguridad jurídica y de instituciones públicas sólidas, el tamaño del mercado, beneficios fiscales y costos de producción bajos, aunados a la existencia de atractivos APPRI y otros tratados multilaterales de inversión, tales como tratados de libre comercio, harán que un Estado sea realmente “un platillo apetecible” para la inversión.

Por otra parte, podemos mencionar el caso brasileño. Brasil, a pesar de no contar con APPRI alguno, cuenta con el flujo de IED más importante de toda Latinoamérica.²³⁷ En este Estado de Sudamérica se incrementó el flujo de IED de 26, en el año 2009, a 48 mil millones de dólares para el año 2010²³⁸ – en comparación con México, segundo Estado Latinoamericano con mayor atracción de IED, quien obtuvo flujos de capital que ascendieron a 15 mil millones de dólares en el año 2009, con un pequeño incremento equivalente a 19 mil millones de dólares para el año 2010 y 27 APPRI en vigor.²³⁹ En este tenor, reafirmamos

²³⁶ **Sornarajah**, “State responsibility and bilateral investment treaties”, *Journal of World Trade Law*, No. 20, 1986, pags. 79-98.

²³⁷ **UNCTAD**, *World Investment Report 2011. Non-Equity Modes of International Production and Development*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2011, pags. xiv, 5; **Rubins**, Noah D., “Investment Arbitration in Brazil”, *JWIT*, Vol. 4, Nr. 6, 2003, pag. 1071 y ss.

²³⁸ *Ibidem*, pag. 4.

²³⁹ *Idem*.

que la existencia y ratificación de APPRIs no es garantía para la exitosa atracción de IED al Estado anfitrión.

II. DERECHO NACIONAL DE LAS INVERSIONES

Muchos Estados cuentan con legislación interna para la protección de las inversiones. Su objetivo es proveer un escenario amigable para atraer inversiones extranjeras a través de la garantía de un nivel de protección estándar que incluye el trato nacional, la no discriminación y la expropiación a cambio de una indemnización justa.²⁴⁰ Estas disposiciones nacionales, en muchas ocasiones, se complementan con leyes de arbitraje o disposiciones arbitrales contenidas en otros códigos, de este modo se ofrece el arbitraje como medio de solución de controversias.

A diferencia de los APPRIs, las disposiciones contenidas en el derecho nacional de protección de las inversiones generalmente son aplicables para todos los

²⁴⁰ La “fórmula Hull” fue introducida por el Secretario de Estado Cordell Hull en respuesta a la nacionalización de las compañías petroleras estadounidenses en 1936. Hull demandaba que el derecho internacional obliga a otorgar una compensación “pronta, adecuada y efectiva” (prompt, adequate and effective) por la expropiación de inversiones extranjeras. Los Estados en desarrollo pugnaron por la adopción de la Doctrina Calvo durante los años sesenta y setenta, tal como se vió reflejado en su mayoría en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En 1962, la Asamblea General adoptó la Resolución sobre Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales que confirmó y acogió el derecho de nacionalizar la propiedad de los extranjeros a cambio de una “indemnización apropiada” (*appropriate compensation*). Esta compensación estándar fue considerada como una provocación entre países desarrollados y en desarrollo. En 1974, la Asamblea General de las Naciones Unidas rechazó la fórmula Hull a favor de la doctrina Calvo al adoptar la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, la cual repetía en su artículo 2 (c) el principio de “compensación apropiada”, y aclaraba que “en cualquier caso en que la cuestión de la compensación diera origen a una controversia, ésta debía ser dirimida conforme al derecho doméstico del Estado nacionalizador y por sus tribunales *“in any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalising State and by its tribunals...”*. Hoy en día, la fórmula Hull y sus variaciones es una regla aceptada por el derecho consuetudinario internacional y es considerada parte de él. Véase, **OECD**, “Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law”, *Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Working Papers on International Investment*, OECD, no. 4, Washington, 2004, <http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf>, mayo 2010, pag. 2; **Cremades**, Bernardo M., “Disputes Arising Out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 59, issue. 2, mayo 2004.

inversores extranjeros sin importar su procedencia. Este tipo de disposiciones contendrán, en efecto, una oferta abierta para utilizar el arbitraje como medio de solución de controversias por inversor extranjero. No obstante, algunos Estados han cambiado la jurisdicción de tribunales en procedimientos de arbitraje ya iniciados, basándose en el derecho nacional de protección de las inversiones.²⁴¹

Otros Estados a pesar de contar con una ley nacional de Arbitraje que *prima facie* podría contener una cláusula de consentimiento para someterse a la jurisdicción del CIADI, debido a fallas notorias de técnica legislativa, se vuelve ambigua y oscura en su interpretación, tal es el caso del artículo 22 de la ley venezolana de inversión (LVI, en adelante),²⁴² el cual reza:

“Las controversias que surjan *entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente”.*

En el caso concreto de la LVI, se requerirá una concretización de la citada oferta a través de un Contrato de Estado Internacional o un APPRI. Una controversia en este contexto se originó en el caso *Mobil Corporation vs.*

²⁴¹ Por ejemplo, la Ley de Inversión Egipcia (Law No. 43 of 1974); **Rodríguez Jiménez**, Sonia, El Sistema Arbitral del CIADI, *op.cit.* pag. 147; una lista amplia de los países que cuentan con una legislación al respecto puede consultarse en: **Parra**, Antonio, “Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment”, *ICSID Review-FILJ*, vol. 12, 1997.

²⁴² Decreto con rango y fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, decreto no. 356 del 3 de octubre de 1999, publicado en la Gaceta Extraordinaria no. 5.390 del 22 de octubre de 1999.

Venezuela²⁴³ donde el tribunal arbitral tuvo que confrontarse con la interpretación de la ley venezolana de inversión para saber si era competente para conocer del caso. Después de un arduo análisis de dicho precepto el tribunal arbitral declinó su jurisdicción basada en la interpretación del artículo 22 de la LVI como sigue:

“el tribunal observa que Mobil Corporation únicamente ha dado origen a acciones basadas en el artículo 22 de la Ley de Inversión y no en base al APPRI. Arriba en el § 140, el tribunal ha concluido que el artículo 22 de la Ley de Inversión no proporciona una base para la jurisdicción en el presente caso. En consecuencia, el tribunal no tiene jurisdicción sobre las acciones de Mobil Corporation”.²⁴⁴

En primera instancia hay que señalar que las leyes nacionales son declaraciones unilaterales de los Estados, así, el tribunal arbitral decidió interpretar la norma respecto a su concepción como declaración unilateral para su sometimiento al CIADI a la luz de la interpretación del derecho internacional. Al respecto añadió:

“esto es con base en esas reglas de Derecho Internacional que rigen la interpretación de actos unilaterales formulados dentro del marco y con base en un tratado que este tribunal no procederá a la interpretación del artículo 22 de la Ley de Inversión”.²⁴⁵

Además completó su posición al añadir que:

“el hecho de que el derecho doméstico y el Derecho Internacional de los tratados no sean controladores o dispositivos no significa que ellos deban ser completamente ignorados:

²⁴³ *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al. vs. República Bolivariana de Venezuela*, ICSID caso no. ARB/07/27, decisión a la jurisdicción, 10 junio 2010. También citado como caso *Mobil Corporation vs. Venezuela*, decisión a la jurisdicción.

²⁴⁴ *Ibidem*, párr. 207, *cf. orig.* “the tribunal notes that Mobil Corporation has only raised claims on the basis of Article 22 of the Investment Law and not on the basis of the BIT. In § 140 above, the Tribunal has conclude that article 22 of the Investment Law does not provide a basis for jurisdiction in the present case. As a consequence, the Tribunal has no jurisdiction over the claims of Mobil Corporation“. Cabe señalar que en el caso en estudio hubo más de una demandante, al respecto el tribunal se declaró competente para conocer de violaciones basadas en el APPRI Venezuela-Países Bajos de Venezuela Holdings (Netherlands), Mobil CN Holding and Mobil Venezolana Holdings (Delaware), Mobil CN and Mobil Venezolana (Bahamas), véase, párr. 209.

²⁴⁵ *Ibidem*, párr. 95, *cf. orig.* “It is on the basis of those rules of international law governing the interpretation of unilateral acts formulated within the framework and on the basis of a treaty that this Tribunal will now proceed to the interpretation of Article 22 of the Investment law”.

- (i) Como fue señalado en los párrafos previos, cuando los tribunales interpretan actos unilaterales, ellos deben tener en cuenta la intención por la que el Estado ha formulado dichos actos. A este respecto el derecho doméstico juega un papel útil.
- (ii) Aunque el derecho de los tratados codificado en la Convención de Viena no es relevante en la interpretación de actos unilaterales, las disposiciones de ésta Convención podría aplicar análogamente para el alcance compatible con el carácter *sui generis* de actos unilaterales”.²⁴⁶

No obstante el contenido de la ley citada, Venezuela denunció el CIADI el 24 de enero del 2012. De conformidad con el artículo 71 del Convenio de Washington dicha denuncia surtirá sus efectos seis meses después de recibida la notificación, es decir, el 25 de julio de 2012.²⁴⁷

III. EL CONTRATO DE ESTADO INTERNACIONAL (*STATE CONTRACT*)

El Contrato de Estado Internacional (CEI o *State Contract*) es una fuente importante de afluencia de IED a un Estado anfitrión y, por lo tanto, en caso de resultar fallido, dar origen a controversias internacionales en materia de inversión. Inmerso en el CEI está, por un lado, la fuerza del Estado, y la responsabilidad del mismo, y por el otro, un particular de nacionalidad extranjera, sea persona física o

²⁴⁶ *Ibidem*, párr. 96; ***Fisheries Jurisdiction*** (España vs. Canadá), ICJ Reports 1998, pags. 453, 454, párrs. 46, 49, *cf. orig.* “the fact that domestic law and the international law of treaties are not controlling or dispositive does not mean that they should be completely ignored:

- (i) As stated in the preceding paragraphs, when tribunals interpret unilateral acts, they must have due regard to the intention of the State having formulated such acts. In this respect domestic law may play a useful role.
- (ii) Although the law of treaties as codified in the Vienna Convention is not relevant in the interpretation of unilateral acts, the provisions of that Convention may apply analogously to the extent compatible with the *sui generis* character of unilateral acts”.

²⁴⁷ Véase el Boletín de Noticias CIADI del 26 de enero del 2012 “Venezuela presenta una notificación bajo el Artículo 71 del Convenio CIADI” en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement100SP>, febrero 2012.

moral, que entra en relación jurídica con el primero para la realización de una finalidad determinada, especificada en un contrato. Existen distintos tipos de CEI, tales como el contrato de adquisición de suministros o servicios, el contrato de empleo o grandes proyectos de infraestructura como la construcción de autopistas, puertos o presas, entre otros. También existen los llamados “contratos de concesión” destinados a permitir la investigación, extracción, explotación, transformación o distribución, de recursos naturales, renovables y no renovables (gas, minerales, petróleo, metales, etc.); éstos también son llamados por algunos autores como “contratos de desarrollo económico internacionales”.²⁴⁸ Estos contratos abarcan una gran variedad de prestación de bienes y servicios²⁴⁹ tales como los de telecomunicaciones, distribución de agua potable o electricidad, recolección y tratamiento de residuos, sanitarios, seguridad, administración de aduanas, administración de puertos, servicios de salud, entre otros.

Por otra parte, existen numerosas *joint ventures* en un gran abanico de sectores. Bajo este tipo de régimen jurídico el Estado anfitrión ostentará acciones de manera directa o a través de empresas controladas por éste, o incluso, podrá establecer en su legislación la cantidad de acciones que pueden ser adquiridas por inversores extranjeros, las cuales no excederán del 50% del total de las acciones si el Estado pretende mantener el control sobre la misma.²⁵⁰

La motivación que ostentan ambas partes respecto a la celebración del CEI es diferente, mientras que el Estado, por lo general, persigue la realización u obtención de bienes o servicios de interés común o públicos, el particular extranjero pretende obtener beneficios pecuniarios del primero, al cumplir con lo

²⁴⁸ **Maniruzzaman**, A. F. M., “The Relevance of Public International Law in Arbitrations concerning International Economic Development Agreements. An Appraisal of some Fundamental Aspects”, *JWIT*, vol. 6 Nr. 2, abril 2005, pag. 263 y ss.

²⁴⁹ **UNCTAD**, *Contratos de Estado*, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004, pag. 3.

²⁵⁰ **Leung**, Priscilla M.F./**Wang**, Guiguo, “State Contracts in the Globalized World”, *JWIT*, vol. 7 No. 6, diciembre 2006, pag. 830.

pactado en el contrato.²⁵¹ En un CEI siempre existirá un latente riesgo para el inversor extranjero si el Estado anfitrión por cualquier motivo decide hacer uso de sus facultades soberanas, pero es un riesgo que el inversor extranjero corre al esperar las jugosas ganancias que traerá consigo la exitosa realización de un CEI.

Así, podemos definir, en primera instancia a los Contratos de Estado como aquéllos celebrados entre un Estado, o una de sus entidades de Estado (EE o *state entities*, en adelante), y un particular;²⁵² le agregaremos el ingrediente “internacional”, es decir, de Contrato de Estado Internacional, cuando el particular es una persona física o moral de nacionalidad extranjera. Hay autores que afirman que la característica más importante de un CEI “no es su fin ni su contenido, que pueden variar al infinito, no es tampoco la nacionalidad de las partes, sino la desigualdad jurídica de los contratantes”,²⁵³ puesto que una parte de contrato será el Estado, un ente soberano que imperará con sus reglas y ordenamiento jurídico, las cuales gobernarán en gran medida al CEI, y la otra parte será un sujeto de derecho privado, sea nacional o internacional. El escenario expuesto es muy lógico, pues los CEI son celebrados, en muchas ocasiones, en sectores que tradicionalmente son fuentes de ingreso para un Estado o son controlados por éste. Por otro lado, tenemos al inversor extranjero, quien deberá negociar con la entidad estatal correspondiente que ejercía el control. El inversor extranjero deberá atenerse a los procedimientos que disponga el Estado de forma directa o a través de una de sus entidades y su ordenamiento jurídico, el cual en muchas ocasiones contempla un procedimiento especial²⁵⁴ para la celebración del CEI, por

²⁵¹ *Ibidem*, pag. 833.

²⁵² **Sornarajah**, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2000, pag. 86; **Böckstiegel**, Karl-Heinz, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1971, pags. 23, 119, 136, 173.

²⁵³ **García Castillo**, Tonatiuh, *El Contrato de Estado Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, UNAM, México, 2008, pag. 295; **Brand**, Ronald A., “Sovereignty: The State, the Individual, and the International Legal System in the Twenty First Century”, *HeinOnline – 25 Hastings Int’l & Comp. L. Rev.* 279 (2001-2002), pags. 279-295.

²⁵⁴ En diversos sistemas jurídicos se contemplan procedimientos especiales para la celebración de CEI, por ejemplo, en el concepto francés de “contrat administratif”. En muchos sistemas jurídicos está claramente establecida en su legislación, la capacidad de una entidad estatal para celebrar

lo que el abanico de negociación del inversor extranjero será relativamente pequeño, no obstante, será el mejor momento para obtener los mejores términos contractuales, incluyendo la inserción de cláusulas de solución de controversias con opción para acceder al arbitraje internacional.²⁵⁵ Empresas multinacionales y algunas otras empresas grandes cuentan con los recursos económicos y profesionales necesarios para realizar negociaciones exitosas; este equipo de expertos cuenta, en muchas ocasiones, con conocimientos más especializados y profesionales que con los que cuenta el Estado anfitrión en sí, o a través de sus entidades de Estado.²⁵⁶ García Castillo realiza un buen resumen al recomendar cuatro elementos que ayudarán a equilibrar el contrato que son:

- i) Elección de una ley aplicable al contrato apropiada para ambas partes;
- ii) inclusión de cláusulas de estabilización en el contrato;²⁵⁷

contratos y en ese tenor, también se podrán identificar los tipos de esferas en que la entidad estatal está facultada para concluir dichos contratos. En este escenario, la fuente legal aplicable al contrato suele residir en la legislación y el reglamento sobre la cuestión de que es objeto el contrato así como sobre la entidad estatal que lo celebra. En cambio, en el sistema anglosajón se han introducido consideraciones de Derecho Público en los principios generales del derecho de los contratos que se aplican a los contratos públicos. Véase **UNCTAD**, *Contratos de Estado*, op. cit., pag. 6 y ss.; **Sornarajah**, M., *The International Law on Foreign Investment*, 2da. ed., Cambridge University Press, Reino Unido, 2004, pag. 422.

²⁵⁵ **Rábago Dorbecker**, Miguel, *Derecho de la Inversión Extranjera en México*, op. cit., pags. 22-38.

²⁵⁶ **Leung**, Priscilla M.F./**Wang**, Guiguo, "State Contracts in the Globalized World", *JWIT*, vol. 7 No. 6, diciembre 2006, pag. 829 (833); **Gallus**, Nick, "State Enterprises as Organs of the State and BIT Claims", *JWIT*, vol. 7. Nr. 5, octubre 2006, pag. 761 (762).

²⁵⁷ Algunos Estados han adoptado en su legislación disposiciones destinadas a respaldar las garantías a la estabilidad contractual entre el Estado anfitrión y el inversor extranjero, por ejemplo, la Ley 963 de 2005, del 8. Julio 2005, por la que se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia. En años recientes países como Timor Oriental, Papúa-Nueva Guinea, Perú, Panamá, Costa de Marfil, Kazajstán, entre otros, han promulgado diversas leyes de estabilidad o adoptado disposiciones encaminadas a estabilizar ciertos sectores como el de los hidrocarburos o promulgado leyes específicas para atraer la inversión extranjera. Por ejemplo, Kazajstán adoptó dichas disposiciones en distintas leyes, tales como en la *Law on Investments*, adoptada el 8 de enero 2003; *Law on Subsoil and Subsoil Usage*, adoptada en enero de 1996 en su artículo 71; la *Law on Petroleum*, adoptada en junio de 1995 en su artículo 57; el código *on Taxes and other Obligatory Payments to the Budget*, adoptado en junio del 2001 en su artículo 285.1 y 282.2. Véase **Maniruzzaman**, A. F. M., "National Laws Providing for Stability of International Investment Contracts: A Comparative Perspective", *JWIT*, vol. 8 Nr. 2, abril 2007, pag. 233; **Rábago Dorbecker**, Miguel, *Derecho de la Inversión Extranjera en México*, op. cit., pags. 29-30; **Al Faruque**, Abdullah, "The Rationale and Instrumentalities for Stability in Long-term State

- iii) inclusión de cláusulas de arbitraje internacional,²⁵⁸
- iv) establecimiento de sistemas de garantía o seguridad de inversiones.²⁵⁹

En los CEI la libertad de la voluntad de las partes no es tan grande.²⁶⁰ La realidad es que los CEI, en la gran mayoría de las ocasiones, son gobernados, como lo hemos señalado, por el sistema jurídico del Estado receptor. Esto es muy lógico, puesto que el Estado actúa en un espectro que, por lo general, estará preestablecido en su legislación interna y seguramente éste o cualquiera de sus entidades de Estado se sujetarán a dicha legislación para celebrar los contratos. Sin embargo, los CEI están potencialmente sujetos a reglas de Derecho Internacional Público o a cualquier otro sistema supranacional de derecho, debido a que un inversor extranjero está envuelto en ellos.²⁶¹ Lo anterior no es de menor importancia y crea una discusión que se traduce en dos corrientes relativas a los CEI; la primera sugiere que el Estado, en su calidad de ente soberano, realiza actos de interés público y sus obligaciones contraídas deben ser consideradas revocables si el bien común así lo demanda; esta facultad soberana del Estado es

Contracts. The Context of Petroleum Contracts”, *JWIT*, vol. 7, nr. 1, febrero 2006, pags. 85-112; **Berger**, Klaus Peter, “Renegotiation and Adaptation of International Investment”, *Vanderbilt journal of transnational law*, Jg./Bd. 36, 2003, pags. 1347-1380.

²⁵⁸ Véase al respecto a **Carbonneau**, Thomas E., “The Exercise of Contract Freedom in Making of Arbitration Agreements”, *Vand. J. Transnat’l L.*, 36, 2003, pag. 1189-1232; **Frick**, Joachim G, *Arbitration and Complex International Contracts*, Kluwer Law International, Netherlands, 2001.

²⁵⁹ **García Castillo**, Tonatiuh, *El Contrato de Estado Internacional*, op. cit., pag. 295; **Horn**, Norbert, “Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and Means”, en **Horn**, Norbert/ **Kröll**, Stefan (eds.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, op. cit., pag. 13.

²⁶⁰ Respecto a la autonomía de las voluntades de las partes envueltas en el CEI nos remitiremos a lo agregado por Tonatiuh García cuando dice que “la partes de un contrato son autónomas únicamente en la medida y extensión en que se lo permite el sistema legal en que se mueven. Son libres en la medida de sus grados de libertad”. Añade además que cuando se tiene la opción de escoger un sistema legal determinado que gobierne al contrato, dicho sistema debe de reconocer dicho compromiso. Dicho reconocimiento se debe a dos supuestos: i) se crea una red de relaciones sinalagmáticas de reconocimiento mutuo entre los sistemas legales, o ii) la obligación de reconocimiento está prevista en un sistema jurídico que engloba otros tantos sistemas legales; **García Castillo**, Tonatiuh, *El Contrato de Estado Internacional*, op. cit., pag. 290 y ss.

²⁶¹ **Sornarajah**, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, op. cit., pag. 85; **García Castillo**, Tonatiuh, *El Contrato de Estado Internacional*, op. cit., pag. 284 y ss.

reconocida por el derecho internacional, siempre y cuando exista una compensación “justa” de su daño,²⁶² estaremos en presencia de una expropiación; en caso de no hacerlo, estaremos frente a una confiscación, razón por la cual, el Estado incurrirá en responsabilidad internacional.²⁶³ Esta teoría no es apoyada, como podría pensarse, únicamente por los Estados en transición o en vías de desarrollo. Países industrializados siguen y aplican dicha corriente a los CEI que han celebrado.²⁶⁴ En este sentido, el Estado no restringe su soberanía a través de la celebración de un CEI, sino que hace uso de ella.²⁶⁵ Por lo tanto, el Estado no otorga únicamente validez al contrato, sino que ostenta el poder de “enmendar o abrogar sus obligaciones contractuales”.²⁶⁶

La segunda sugiere que el Estado, a pesar de su potestad soberana, al celebrar contratos con nacionales extranjeros, debe cumplir con éstos.²⁶⁷ Dicha teoría aboga por la obligatoriedad de los contratos (*pacta sunt servanda*) y sostiene que está bien establecido que los contratos entre un Estado y nacionales de otros Estados son obligatorios.²⁶⁸ En este sentido, numerosos tribunales arbitrales han

²⁶² La fórmula más popular empleada por los tribunales arbitrales internacionales y respaldada por los inversores extranjeros es la introducida por el secretario de Estado norteamericano Cordell Hull que apuntó que “ningún Gobierno tiene derecho a expropiar propiedad privada, por cualquier motivo, sin otorgar un pago rápido, adecuado y efectivo”. Esta fórmula es mejor conocida como la fórmula “Hull”. Sin embargo, los países en vías de desarrollo expresaron la necesidad de la creación de un nuevo orden internacional económico en la Resolución 1803 de la Asamblea General de las Naciones Unidas la cual únicamente habla de una “compensación apropiada”. Así, después de una serie de expropiaciones masivas en los años mil novecientos sesenta y setenta, en los que se aplicó esta fórmula, queda en duda si la fórmula Hull es una regla de derecho consuetudinario internacional. Véase **Neumayer, Eric/Spess, Laura**, “Do bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?”, *op. cit.*, págs. 1569, 1570.

²⁶³ **Brownlie, Ian**, *Principles of Public International Law*, *op. cit.*, pag 509 y ss.

²⁶⁴ Gran Bretaña y Noruega son ejemplos de Estados que siguen dicha doctrina. Véase **Leung, Priscilla M.F./Wang, Guiguo**, “State Contracts in the Globalized World”, *op. cit.*, pag. 836.

²⁶⁵ **Wimbledon**, PCIJ, judgment 17 agosto 1923, Series A, No. 1.

²⁶⁶ Véase **Kahler vs. Midland Bank Ltd**, British Court of Appeal, AC 56 (1950).

²⁶⁷ **Horn, Norbert**, “Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and Means”, en **Horn, Norbert/ Kröll, Stefan** (eds.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, *op. cit.*, pag. 13.

²⁶⁸ *Ibidem*; **Leung, Priscilla M.F./Wang, Guiguo**, “State Contracts in the Globalized World”, *op. cit.*, pag. 837.

apoyado dicha corriente ideológica.²⁶⁹ Además, el Estado está limitado en su ámbito de actuación por los compromisos internacionales adquiridos con otros Estados,²⁷⁰ cuyos beneficiarios son sus ciudadanos.

Una tercera teoría sostiene que para compensar la desigualdad entre las partes en un CEI, éstos deberían ser gobernados por el Derecho Internacional.²⁷¹

Por otra parte, si el CEI es ilegal o nulo de conformidad con la legislación nacional del Estado anfitrión, no se admitirá la invocación de protección a la inversión de ningún tratado internacional.²⁷² Sin embargo, la pregunta frecuente que han tenido que resolver los tribunales arbitrales y la doctrina es si la cláusula arbitral es de igual forma nula o si subsiste a la nulidad del CEI. Existen corrientes doctrinales al respecto, las cuales, como es frecuente, son de posiciones encontradas. La primera sugiere que no debiera subsistir la cláusula arbitral puesto que el contrato nunca se perfeccionó. La segunda aboga por la subsistencia de la cláusula arbitral, con independencia a la nulidad del CEI.²⁷³

La primera corriente doctrinal, aboga por la nulidad de la cláusula arbitral si se declara la nulidad del contrato principal, es decir, del CEI. Esta corriente se basa en el argumento de que las entidades de Estado tienen personalidad y capacidad jurídica limitadas. Así, éstas únicamente pueden actuar de conformidad con lo establecido en las leyes o su llamado “estatuto” y siguiendo el procedimiento

²⁶⁹ Véase *Sapphire International Petroleum Lts. vs. National Iranian Oil Company*, 35 I.L.R. 136 (1967). También citado como caso *Sapphire*. En este caso, el tribunal arbitral sostuvo que la intervención institucional del Estado anfitrión constituye una violación contractual.

²⁷⁰ **García Castillo**, Tonatihu, *El Contrato de Estado Internacional*, op. cit., pag. 267; **Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco case**, PCIJ, series B, no. 4, advisory opinion, 1923., p. 24.

²⁷¹ **Leung**, Priscilla M.F./**Wang**, Guiguo, “State Contracts in the Globalized World”, op. cit., pag. 832; **Maniruzzaman**, “State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies”, *Eur J Int Law*, no. 12, 2001, pags. 309-328.

²⁷² Para más información al respecto véase **Sornarajah**, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, op. cit., pag. 95 y ss.; **Horn**, Norbert, “Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and Means”, en **Horn**, Norbert/ **Kröll**, Stefan (eds.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, op. cit., pag. 15 y ss.; **UNCTAD**, *Contratos de Estado*, op. cit. pag. 6 y ss.

²⁷³ **González de Cossío**, Francisco, *Arbitraje*, op. cit., pag. 92. Véase doctrina de la separabilidad del acuerdo arbitral en **Lew**, Julian/ **Mistelis**, Loukas/ **Kröll**, Stefan, *Comparative International Commercial Arbitration*, op. cit., pag. 102.

reglamentado en las disposiciones legales aplicables al caso. En este sentido, se realiza una analogía con el derecho societario en el que los poderes de una sociedad privada son limitados en su carta constitutiva, de tal suerte que un contrato celebrado por dicha sociedad es inválido si éste se realiza más allá de sus poderes o facultades. Hay una obligación en quienes negocian con sociedades privadas de entender la naturaleza de los poderes de las corporaciones con las que están negociando. Parker ²⁷⁴ explica dicho razonamiento como sigue:

“La pregunta sobre si una transacción es *ultra vires* o no, es una cuestión de derecho entre la compañía y una tercera parte. La verdad es que el acta constitutiva de una empresa persigue un doble propósito. En primer lugar, otorga protección a los accionistas, quienes conocen a través de ésta los propósitos para los que podrá ser utilizado su dinero. En segundo lugar, otorga protección a personas que entran en relaciones de negocio con la sociedad y quienes pueden deducir de ésta la extensión de los poderes de la empresa”.²⁷⁵

Según Sornarajah si lo anterior aplicable a sociedades privadas puede aplicarse de manera análoga a un CEI existe una gran necesidad de que aquéllos que negocian con entidades de Estado deberían tener contempladas las facultades y competencias de dicha entidad al negociar con ésta. Las entidades de Estado son creadas por la legislación y existe una presunción de que el sistema jurídico del Estado es conocido por aquéllos que viven en dicho Estado o por quienes se internan en éste para realizar transacciones. En este sentido, se podría aplicar el principio de que “el desconocimiento de la ley no exime su cumplimiento”. Además afirma, que los poderes, también llamados competencias o facultades de las entidades de Estado, están “cuidadosamente definidas” teniendo en cuenta el hecho de que éstas desempeñan una función a favor del Estado y del interés

²⁷⁴ **Hazell vs. Hammersmith and Fulham LBC**, House of the Lords, 1992, 2 AC 1.

²⁷⁵ **Sornarajah**, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, *op. cit.*, pag. 96.

público. Este argumento es, según Sornarajah, perfecto para la aplicación rigurosa de la regla de *ultra vires* en el caso de contratos realizados por dichas corporaciones.²⁷⁶

Sin embargo, queremos dejar claro que la “tan anhelada claridad de las leyes y reglamentos” que generalmente regulan las facultades y competencias de una entidad de Estado no siempre están al alcance de los ciudadanos; así como tampoco lo están los documentos constitutivos de ciertas corporaciones que entablan un negocio con dichas entidades. En muchas ocasiones, el proceso de licitación se realiza de una manera “poco transparente” por no utilizar el calificativo “turbio”, de modo tal que, con cierta frecuencia los licitantes no saben a ciencia cierta los procedimientos y leyes que deben cumplirse para poder alcanzar el éxito en la celebración y adjudicación de una licitación pública y, por tanto, no estarán posibilitados en alcanzar la materialización de un CEI. En otro tenor, reconocemos que empresas multinacionales cuentan con los medios económicos y el *know-how* suficiente para enterarse de la capacidad y facultades de las entidades de Estado, así como de los procedimientos formales establecidos en leyes y reglamentos al celebrar un CEI.

Por el contrario, según la segunda corriente doctrinal el acuerdo arbitral debe contemplarse de forma separada al contrato principal. Sin embargo, debe observarse a fondo si los requisitos de existencia del acuerdo arbitral se cumplen y sin los cuales estaremos frente a un *ex nihilo nil fit*. A saber, dichos requisitos son: consentimiento y objeto materia del contrato.²⁷⁷ Los seguidores de esta teoría se apoyan en el argumento de que “un Estado no puede negar con base en el derecho local la validez de un acuerdo arbitral derivado de cuestiones de capacidad”.²⁷⁸ Además esta doctrina se apoya en la teoría de la separabilidad o independencia de las cláusulas de un contrato, la cual establece que si una

²⁷⁶ *Ibidem*, pag. 97.

²⁷⁷ *Ibidem*, pag. 64.

²⁷⁸ Resolución Santiago di Compostela, Resolution on Arbitration Between States, States Enterprises or State Entities and Foreign Enterprises, Instituto de Derecho Internacional, septiembre 1989.

cláusula del contrato resulta nula, dicha nulidad no afecta al resto del convenio, salvo que en las circunstancias específicas sea irrazonable mantenerlo vivo del todo. Incluso en los casos en que el contrato sea declarado nulo en su totalidad habrá algunas cláusulas que subsistan, tales son las de arbitraje, jurisdicción y elección de los integrantes del tribunal arbitral. La explicación que dan los tratadistas a dicho razonamiento es que “existen compromisos separados, uno se refiere a las obligaciones de las partes en cuanto al negocio que les interesa y otros compromisos refieren a los contratos colaterales, al negocio que contienen diversas obligaciones como la de solucionar disputas por medio de arbitraje que puedan surgir de la relación contractual”.²⁷⁹ Otra explicación respecto de la independencia de la cláusula arbitral es el propósito que tiene cada uno de los compromisos, en este caso, no obstante que un contrato llegue a su término, el mismo “sobrevive para el propósito de los reclamos que surgen del incumplimiento y la cláusula arbitral sobrevive para determinar el modo de su solución”.²⁸⁰ Si la cláusula arbitral simplemente fuera considerada parte del contrato principal, la nulidad o violaciones al mismo afectarían directamente la jurisdicción del tribunal arbitral. Así, en el caso de que las imputaciones o alegaciones fueran fundadas, la cláusula arbitral compartiría la misma suerte que el contrato principal, de modo tal que afectaría también la jurisdicción del tribunal. En consecuencia, el tribunal no podría decidir sobre el fondo del asunto, sino declinar su jurisdicción, con el resultado de que las disputas referentes a la existencia o validez del contrato principal tendrían que ser conocidas por los tribunales nacionales del Estado parte del CEI. Donde las cláusulas arbitrales están redactadas de modo tal que dispongan que cualquier o todas las disputas originadas de la relación contractual deberán someterse al arbitraje, esté acuerdo arbitral también incluirá las disputas relativas a la existencia, validez y terminación del contrato.²⁸¹ Así que la

²⁷⁹ **Redfern**, Alan/**Hunter** Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Thomson Sweet & Maxwell, 1999, pag. 154.

²⁸⁰ **García Castillo**, Tonatiuh, *El Contrato de Estado Internacional*, *op. cit.*, pag. 290.

²⁸¹ **Lew**, Julian/**Mistelis**, Loukas/**Kröll**, Stefan, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, pag. 102; **Sojuznefteexport (SNE) vs. JOC Oil Ltd.**, Bermuda Court of Appeal, de 7 Julio 1989, XV YBCA 384, 1990, pag. 407 y ss.

separabilidad extiende los efectos de la cláusula de arbitraje para cubrir la subsecuente terminación del contrato principal, pero también a reclamaciones sobre la nulidad del contrato principal *ab initio*. En este caso, la cláusula arbitral sobreviviría para determinar sobre la nulidad de dicho contrato. Mientras que la doctrina de la *Kompetenz-Kompetenz* le confiere poderes al tribunal para decidir sobre su propia competencia, la doctrina de la separabilidad asegura que éste pueda conocer sobre el fondo de la cuestión, incluida la nulidad del CEI.²⁸²

Para finalizar queremos subrayar que apoyamos la postura de aplicar el principio de separabilidad de las cláusulas contractuales, en concreto, apostamos a que sea el tribunal arbitral el que tenga la facultad de revisar si un CEI es nulo *a priori* o no. Para ello, el tribunal arbitral deberá, por un lado, decidir sobre su propia competencia – principio *Kompetenz-Kompetenz* – y; por otro lado, decidir sobre la nulidad del CEI.

En este orden de ideas, puede afirmarse que la inclusión de una cláusula arbitral internacional en un CEI tiene dos propósitos fundamentales: Por un lado, *equilibrar a las partes*. Como lo hemos anotado con anterioridad, al hablar de las partes de un CEI nos referimos a dos sujetos que no se encuentran en la misma posición jurídica, ni en el derecho nacional ni en el ámbito internacional, pues el Estado es un sujeto de Derecho Público desde el punto de vista del derecho nacional y sujeto de Derecho Internacional Público desde el punto de vista internacional. Lo anterior Incluso si actúa a través de una de sus entidades de Estado y que éstas, a su vez, hayan retomado una forma de organización regulada por el Derecho Privado.²⁸³ En cambio, el inversor extranjero será siempre un sujeto de Derecho Privado, sea en el ámbito nacional o internacional. Por otro lado, *lograr la internacionalización del contrato*. Bajo dicho concepto

²⁸² Para más profundidad en el tema véase **Barceló III**, John J., “Who Decides the Arbitrators’ Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective”, *Vand. J. Transnat’l L.*, 36, 2003, pag. 1115 y ss.

²⁸³ Para ello debemos realizar la prueba de adjudicación de la responsabilidad al Estado por los actos de sus entidades de Estado. Véase también **Perera**, Srilal M., “State Responsibility. Ascertaining the Liability of States in Foreign Investment Disputes”, *JWIT*, vol. 6, Nr. 4, August 2005, pag. 499 y ss.

entenderemos que será un tribunal arbitral internacional el que logre conocer sobre los hechos y fondo controvertidos del contrato, esto es, que para que un tribunal arbitral pueda conocer sobre la nulidad de un contrato primero debe conocer sobre su propia competencia.²⁸⁴

²⁸⁴ Véase **Pengelly**, Nicholas, “*Albon vs. Naza Motor Trading: Necessity for a Court to find that there is an Arbitration Agreement Before Determining that it is Null and Void*”, *Arbitration International*, vol. 24, Nr. 1, LCIA, 2008, pag. 171 y ss.; **Mann**, “State Contracts with Aliens: Contemporary Developments in Compensation or Termination or Breach of International Law”, 59 *Brit. Y.B. Int’l L.* 88 (1992).

CAPÍTULO 2

ARREGLO DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIÓN

I. TRIBUNALES NACIONALES

Cuando un inversor extranjero se ve agraviado por el Estado anfitrión, en carácter de inversor o directamente en su inversión, la inconformidad originariamente se dirimirá ante los tribunales y autoridades administrativas del Estado anfitrión. Es decir, las controversias entre Estados e inversores extranjeros normalmente son competencia de los tribunales nacionales del Estado anfitrión. Los Estados, en todo caso, preferirán dirimir este tipo de controversias frente a sus tribunales; lo anterior por el simple hecho de la comodidad y conocimiento del derecho interno que ello representa. El problema es que los procedimientos realizados entre dos partes, donde una de ellas es juez y parte, puede dejar en entredicho la imparcialidad de los juzgadores.²⁸⁵ Es difícil imaginar que el propio Estado, a través de su poder judicial o tribunales administrativos se auto condene y pague lo justo por daños y perjuicios al inversor agraviado o, siquiera, que le restituya el daño, resarciéndolo como si no hubiera sucedido; y de ser así, en todo caso es interesante analizar cuánto tiempo se requiere para llegar a tal resultado. Lo mismo sucedería si la controversia se dirimiera ante los tribunales nacionales del Estado, del cual el inversor ostenta su nacionalidad, los cuales, en más de una ocasión, serían parciales. Además es difícil imaginar que un Estado soberano se someta a los tribunales nacionales del Estado origen de un inversor extranjero. Con estos argumentos, un tribunal arbitral, de carácter de Derecho Internacional Público (DIP), especializado en controversias de carácter mixto, es decir, de controversias entre un sujeto de DIP y un sujeto de Derecho Internacional Privado (DIPr.), como el CIADI, es muy atractivo para dirimir controversias ante él. Además

²⁸⁵ **Fernández Masía**, Enrique, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de las inversiones extranjeras*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, párr. 3 (b).

no hay que olvidar que el CIADI cuenta, como miembro, con el respaldo del Grupo del Banco Mundial.

Ahora bien, no se trata de satanizar los procedimientos judiciales de los Estados, aunque no cabe duda que la corrupción y la falta de un sistema jurídico estable y maduro es tema de todos los días en muchos Estados; más bien se trata de una conveniencia política y económica de inversores extranjeros y sus Estados de origen que han realizado buenas negociaciones para poder acceder a jurisdicciones distintas a las del Estado anfitrión. Entre éstas se encuentra el arbitraje internacional. Con el fin de enfatizar la importancia de la impartición de justicia dentro de los Estados, estamos casi seguros que de existir una sentencia justa, expedita y equitativa dentro del Estado anfitrión, un gran número de controversias no llegarían a las instancias internacionales. En muchos casos es la falta de coordinación, sea intencional o no, entre las autoridades de las esferas estatales, lo que se deriva en lesión de derechos de inversores extranjeros. En ocasiones, las presiones sociales han motivado al Estado a cometer actos violatorios de los APPRIs, como sucedió en el caso *Tecmed vs. México*, en el que la presión política sobre un confinamiento de residuos peligrosos en Hermosillo, México, fue de tal magnitud que el Estado se vio obligado a terminar con un contrato de concesión.²⁸⁶ De manera similar sucedió en el caso *Metalclad vs. México*, caso en el que se impidió la operación de un confinamiento de residuos tóxicos peligrosos en San Luis Potosí, consecuencia de enormes presiones sociales derivadas en la promulgación de un decreto ecológico, el cual fue declarado por el tribunal arbitral como una expropiación indirecta.²⁸⁷

En otro contexto, el agotamiento de recursos internos (ya sean vías judiciales o administrativas) puede ser una condición previa para el consentimiento de un Estado para someterse al arbitraje frente a un foro determinado. Actualmente, este

²⁸⁶ *Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI caso no. ARB(AF) /00/2, laudo, 29 mayo de 2003. También citado como *Tecmed vs. México*, párrs. 164, 166, 183, 201.

²⁸⁷ *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI, CASO No. ARB(AF)/97/1, laudo, 30 agosto 2000. También citado como caso *Metalclad vs. México*, laudo, párrs. 28-65, 111, 112.

requisito está previsto en pocos acuerdos bilaterales y multilaterales de inversión, los cuales, en su mayoría, pertenecen a la antigua generación de APPRIIs.²⁸⁸ Este requisito también es opcional, de conformidad con el artículo 26 del Convenio de Washington, previsto como una condición para el consentimiento del Estado para someterse a la jurisdicción del Centro.

II. TRIBUNALES ARBITRALES

Existen diferentes tipos de tribunales arbitrales, los de carácter privado, como los formados bajo el auspicio de instituciones privadas como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) creada en 1923 en París, *the London Court of International Arbitration* (LCIA) establecida en 1926 en Londres, *the American Arbitration Association* (AAA) creada en Nueva York, o *The Stockholm Chamber of Commerce* (SCC), los cuales administran en su mayoría controversias entre particulares de carácter comercial. Existen también tribunales arbitrales amparados por una institución de DIP donde se dirimen controversias de carácter mixto, entre un Estado y un inversor, como los formados bajo los auspicios del CIADI, del Mecanismo Complementario del CIADI²⁸⁹ y tribunales arbitrales formados de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (en adelante las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL serán utilizados de manera indistinta).

Las controversias en materia de inversión extranjera son de naturaleza mixta, puesto que en ellas están envueltas, por un lado, un sujeto de DIP, que será un Estado, y por el otro, un sujeto de Derecho Privado, como puede ser una persona

²⁸⁸ **Schreuer**, Christoph H., "Calvo's Grandchildren or The Return of Local Remedies in Investment Arbitration", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Koninklijke Brill NV, Países Bajos, 2005, pag. 2; **Schreuer**, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, *op. cit.*, pag. 392.

²⁸⁹ **UNCTAD**, *Dispute Settlement: International Centre for Settlement of Investment Disputes. 2.2 Selecting the Appropriate Forum*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2003, pag. 25-28.

física o jurídica. Cada foro de arbitraje e institución de arbitraje tiene fortalezas y debilidades al momento de dirimir una controversia frente a éste y depende mucho de la naturaleza de la misma su conveniencia o no. En el caso del arbitraje en materia de inversión, los temas de nacionalidad de los miembros del tribunal arbitral, el país donde se lleva a cabo el procedimiento arbitral y la nacionalidad del inversor extranjero, entre otros, son de relevancia.

A continuación presentaremos brevemente los distintos tribunales relevantes para la solución de controversias en materia de inversión y encaminaremos la investigación al foro que consideramos el más conveniente para solución de controversias en materia de inversión, que a nuestro parecer es el CIADI y su Mecanismo Complementario.

A. Procedimientos *ad hoc* y las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

Un procedimiento *ad hoc* puede ser de gran utilidad cuando no es posible utilizar el procedimiento del CIADI o su Mecanismo Complementario; este es el caso de la solución de controversias de inversión al amparo del Capítulo XI del TLCAN en controversias originadas entre México y Canadá, de tal suerte que el tribunal *ad hoc* está previsto en el TLCAN como foro de solución de controversias en su artículo 1120 (1) (c). Numerosos APPRIls contemplan este tipo de foro, conformado, en muchas ocasiones, de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. También el ECT prevé la constitución de un tribunal de este tipo para dirimir controversias (art. 26 (4) (b) del ECT).

La principal característica de un tribunal *ad hoc* es su independencia de cualquier institución. El sistema de arbitraje que se utilizará puede ser uno propio o adoptar un sistema arbitral existente de alguna institución, en todo caso será una flor que nacerá y morirá el día que termine la disputa entre las partes.²⁹⁰

²⁹⁰ Lew, Julian/ Mistelis, Luokas/ Kröll, Stefan, *Comparative International Commercial Arbitration*, op. cit., párrs. 3-9.

Una forma sencilla de regular un arbitraje *ad hoc* es adoptar reglas de arbitraje establecidas, como lo son las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o las contenidas en el Convenio del CIADI. En todo caso debe observarse que si se llegara a adoptar el Convenio del CIADI y sus Reglas de Arbitraje, este sistema únicamente servirá como guía, lo cual significa que las normas relativas a la autonomía del laudo arbitral y las reglas de reconocimiento y ejecución del laudo no serán aplicables.²⁹¹

También es usual que los árbitros de un Comité *ad hoc* adopten sus propias reglas de procedimiento. Por ejemplo, en el caso *Aminoil vs. Kuwait*, el tribunal arbitral adoptó sus propias reglas de procedimiento en base a la justicia natural y a los principios de procedimiento de arbitraje trasnacional que consideró aplicables.²⁹²

Hay que subrayar que aunque hoy en día los tribunales *ad hoc* no se utilizan con frecuencia, sí se utilizaron con anterioridad. Basta recordar los casos *British Petroleum vs. Libia*,²⁹³ *Liamco vs. Libia*²⁹⁴ y *Texaco/Calasiatic vs. Libia*.²⁹⁵

Una de las debilidades de un arbitraje *ad hoc* es precisamente la falta de apoyo institucional. También carece de un adecuado mecanismo de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. Aunque sin duda alguna, las partes pueden adoptar la Convención de las Naciones Unidas para el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros del 10 de junio de 1958 (Convención de Nueva York, en adelante)²⁹⁶ para alcanzar dicho fin.

²⁹¹ Schreuer, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, *op. cit.*, artículo 25, párr. 140.

²⁹² **Award in the Matter of an Arbitration between Kuwait and the American Independent Oil Company (Aminoil)**, 24 de marzo de 1982; 21 ILM, 976-1053 (1982).

²⁹³ **British Petroleum vs. Libya**, 10 October 1973; 53 ILR (1979) 297-388.

²⁹⁴ **Libyan American Oil Company (Liamco) vs. Libya**, 12 de abril de 1977; 20 ILM 1-87 (1981).

²⁹⁵ **Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic (Calasiatic) Oil Company vs. Libia**, 19 Enero 1977; 17 ILM 1-37 (1978).

²⁹⁶ Convención de las Naciones Unidas para el reconocimiento y ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros del 10 de junio de 1958. También citada como Convención de Nueva York. Para su consulta véase: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/1958_NYC_CTC-

Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI en breve

Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI fueron preparadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, en adelante), aprobadas por la Resolución 31/98, de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1976 y modificadas en el 2010.²⁹⁷

Estas Reglas de Arbitraje abarcan todas las etapas procesales de un procedimiento arbitral, desde la formación del tribunal hasta que se dicta el laudo, a saber, reglas sobre: Ámbito de aplicación, notificación y cómputo de plazos, representación y asesoramiento, nombramiento de los árbitros, lugar del arbitraje, idioma, escrito de demanda y contestación, competencia del tribunal, pruebas y audiencias, medidas provisionales y otras medidas, peritos, rebeldía, cierre de audiencias, laudos, ley aplicable, rectificación, costas, entre otras.

Las Reglas de Arbitraje son reconocidas tanto por países en desarrollo como en transición y desarrollados. La creación de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI se originó en los años setenta por la necesidad de contar con reglas autónomas y apropiadas para casi cualquier tipo de arbitraje,²⁹⁸ ésta no es la excepción del arbitraje en materia de inversión; como lo señalamos con anterioridad, la solución de controversias conforme a las Reglas está prevista en casi todos los acuerdos bilaterales y multilaterales de protección de las inversiones.

Para el reconocimiento y ejecución de los laudos emitidos por tribunales *ad hoc* formados al amparo de las Reglas se recurre a la Convención de Nueva York.

s.pdf, marzo 2012.

²⁹⁷ **Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional**, Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 31/98, de 15 de diciembre de 1976, modificadas mediante Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/65/465)]. 65/22. Revisión de 2010 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En adelante citado como Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Para su consulta en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>, marzo 2012.

²⁹⁸ **Sanders**, Pieter, "Commentary on UNCITRAL Arbitration Rules", // *YBCA* 172 (1977) pag. 173.

B. Instituciones privadas de arbitraje

La mayoría de las instituciones de arbitraje como la Cámara de Comercio Internacional (CCI), creada en 1923 en París, *the London Court of International Arbitration* (LCIA), establecida en 1926 en Londres, *the American Arbitration Association* (AAA), creada en Nueva York, o La Cámara de Comercio de Estocolmo, (SCC) con sede en Estocolmo, concebida en 1902, están enfocadas a proporcionar servicios de arbitraje comercial internacional, por ejemplo, arbitraje entre particulares. Todas las instituciones mencionadas con anterioridad son de naturaleza privada. Ellas no proporcionan el arbitraje en sí, sino que acompañan el proceso arbitral, el cual es conducido bajo su auspicio, pues ellas proporcionan el apoyo administrativo necesario para conducir el caso hasta la consecución de un laudo arbitral, tales como listas de árbitros, administración del proceso arbitral, cálculo de honorarios, entre otros.

Las partes en un conflicto de arbitraje son libres para someter sus diferencias en materia de inversión a cualquiera de estos foros, aunque en la realidad el más concurrido es la Cámara de Comercio de Estocolmo. Lo anterior no se debe a la belleza de la ciudad de Estocolmo, ni tampoco a que ahí se lleva a cabo la entrega de los premios Nobel, sino que obedece a una previsión como foro de solución de controversias a la luz del Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT).²⁹⁹ Sin embargo y teóricamente, podría ser cualquiera de los foros antes mencionados, el elegido para dirimir una controversia en la materia al amparo del ECT,³⁰⁰ el cual concede libertad a las partes para que elijan cualquier procedimiento de solución de controversias posible.

La SCC cobró relevancia como foro para solución de controversias entre oriente y occidente en los años setenta, desde entonces Rusia y Estados Unidos lo reconocen como un foro neutral de solución de controversias. A través de su Instituto de Arbitraje³⁰¹ se prestan servicios de arbitraje. Hasta diciembre del 2006

²⁹⁹ **Tratado sobre la Carta de la Energía** (ECT), artículo 26 (4) (c).

³⁰⁰ *Ibidem*, artículo 26 (2) (b).

³⁰¹ Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. Véase:

se aplicaron las Reglas de Arbitraje adoptadas en 1999.³⁰² A partir del 1 de enero del 2007³⁰³ existen nuevas reglas que son aplicables a conflictos sometidos ante la SCC con posterioridad a dicha fecha.

La CCI a través de la Corte Internacional de Arbitraje, ofrece los servicios de arbitraje. El último Reglamento de Arbitraje entró en vigor el 1 de enero del 2012.³⁰⁴ La AAA ha desarrollado un gran número de reglas de arbitraje según la materia en cuestión. Relevantes en nuestra materia son las Reglas de Arbitraje Comercial enmendadas y vigentes el 1 de septiembre del 2007.³⁰⁵ La LCIA y su Reglamento de Arbitraje de 1998 son de mencionarse por su relevancia en arbitraje internacional.³⁰⁶ Las tres instituciones privadas de arbitraje mencionadas con anterioridad carecen de relevancia para el presente estudio debido a la baja frecuencia como foros de solución de controversias en el caso que nos atañe y a que no se tiene acceso público a la mayoría de los laudos emitidos por los tribunales conformados en éstos foros. Estos foros gozan de prestigio, aunque, detectamos desventajas fundamentales en el uso de éstos para dirimir las controversias que nos competen: (1) no son instituciones especializadas para dirimir controversias en materia de inversión, y, (2) tampoco para dirimir controversias de naturaleza mixta como lo son las controversias entre inversores y

<http://www.sccinstitute.com/uk/Home>. El Instituto de la SCC también pone a disposición de sus usuarios una serie de lineamientos. A saber, Reglas de Arbitraje, cláusula modelo, lineamientos para los árbitros, entre otros.

³⁰² **Reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.** (*Rules of the Arbitration institute of the Stockholm Chamber of Commerce*). Adoptadas y en vigor el 1 de abril de 1999. Véase: http://www.sccinstitute.com/_upload/shared_files/regler/web_a4_vanliga_2004_eng_rev_2005.pdf.

³⁰³ **Reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.** (*Rules of the Arbitration institute of the Stockholm Chamber of Commerce*). Adoptadas y en vigor el 1 de enero de 2007. Véase: http://www.sccinstitute.com/_upload/shared_files/regler/2007_Arbitration_Rules_eng.pdf.

³⁰⁴ **Reglamento de Arbitraje de la CCI.** Entró en vigor el 1 de enero de 2012. Véase: http://www.iccmex.mx/documentos/publicos/2011/septiembre/2012_Arbitration%20and%20ADR%20Rules%20ENGLISH.pdf, febrero 2012.

³⁰⁵ **AAA, Commercial Arbitration Rules,** enmendadas y vigentes el 1 de septiembre del 2007. Véase: <http://www.adr.org/sp.asp?id=22440>.

³⁰⁶ **LCIA,** El Reglamento de Arbitraje de la LCIA de 1998. Véase: <http://www.lcia-arbitration.com>.

Estados, debido a que hablamos de controversias entre un sujeto de DIP y un inversor extranjero (ya sea persona física o jurídica), es decir, un sujeto de Derecho Internacional Privado, nacional de otro Estado.

C. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

Dicho lo anterior, realizaremos una breve sinopsis del sistema que nos ocupa, el cual consideramos el más adecuado para dirimir controversias en materia de inversión entre inversores extranjeros y Estados, hablamos del Sistema que nos ocupa.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI/ICSID o Centro, en adelante) se creó en 1965 a través del Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio de Washington).³⁰⁷ El Convenio fue preparado bajo los auspicios del Banco Mundial cuyo propósito fue proveer un foro especial para dirimir controversias en materia de inversión, a través de dos mecanismos de diferente alcance y aceptación, la conciliación y el arbitraje; pues mientras que en el primero se emiten recomendaciones,³⁰⁸ del segundo emanan laudos.³⁰⁹ El CIADI no es en sí el que realiza la conciliación y el arbitraje, estas funciones son llevadas a cabo por conciliadores y árbitros expertos en el ramo. El CIADI más bien asiste en la iniciación y conducción de los procedimientos de conciliación y arbitraje, en este sentido, éste realiza funciones administrativas.

³⁰⁷ Se puede encontrar el texto reproducido de la versión original en inglés en 4 ILM 532, 1965; también se puede consultar la página web del CIADI: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>.

³⁰⁸ En el preámbulo del **Convenio de Washington** se hace hincapié respecto a que deberá prestarse la debida consideración a las recomendaciones de los conciliadores.

³⁰⁹ Véase el preámbulo y el artículo 53 del **Convenio de Washington**: "El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio".

Además, en 1978 fue creado el Mecanismo Complementario del CIADI, con el fin de poder dirimir controversias de arbitraje para el caso de que alguna de las partes de la controversia no pertenezca al Convenio de Washington.

El Convenio de Washington entró en vigor el 14 de octubre de 1966 tras haber sido ratificado por veinte Estados. A enero 2011, 147 Estados han ratificado el Convenio de Washington.³¹⁰ Desde el primer laudo emitido por un tribunal arbitral del CIADI en agosto de 1977 se han resuelto a la fecha más de 225 casos y hay más de 130 casos pendientes.³¹¹ Cada vez más cláusulas arbitrales en materia de inversión extranjera contemplan al Centro como foro para dirimir controversias en esta materia, ya sea por el Convenio de Washington o a través de su Mecanismo Complementario. Estas cláusulas arbitrales se encuentran contenidas en numerosos Contratos de Estado Internacionales (CEI), Acuerdos Internacionales sobre Inversiones (AII), en distintos Tratados de Libre Comercio (TLCs) y tratados multilaterales especializados, como el caso del Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT), así como en legislaciones nacionales en materia de inversión.

Una de las características más importantes del Convenio de Washington es que crea un Centro especializado para dirimir controversias entre Estados receptores de capital e Inversores extranjeros, el cual cierra la puerta a la protección diplomática a través de la renuncia que se realiza al someterse a la jurisdicción del

³¹⁰ **CIADI**, Convenio, Reglamento y Reglas del CIADI, octubre 2007. <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/intro.htm>. Cabe mencionar que a partir de principios del año 2007 se ha desatado un movimiento en Latinoamérica en el que se comienza a poner en duda el rol del CIADI. Bolivia denunció el Convenio de Washington el 2 de mayo de 2007 y surtió efectos a partir 3 de noviembre del 2007, *op. cit.* Ecuador comenzó por notificar el 4 de diciembre del 2007 al CIADI su decisión de limitar el tipo de controversias que someterá al CIADI de conformidad con el Artículo 25(4) de la Convención de Washington. Para el 6 de julio del 2009, éste denunció el Convenio de Washington. Dicha denuncia tuvo efectos a partir de enero del 2010. Véase: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement9>; <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement20>, septiembre 2011.

³¹¹ Actualizado a septiembre 2011. Una lista detallada de casos puede ser consultada en: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm>.

Centro.³¹² Lo anterior no es de menor importancia, ya que por un lado, despolitiza el proceso de reclamación al dejar a un lado al Estado origen de la inversión; y por otro lado, crea una vía de reclamación directa para el inversor extranjero (*jus standi*), el cual no dependerá de la conveniencia o no de su Estado origen para presentar una reclamación contra el Estado anfitrión.³¹³ Otro punto relevante es la obligatoriedad de los laudos de un tribunal arbitral constituido al amparo del Centro desde el punto de vista del derecho internacional.³¹⁴

1. El procedimiento arbitral del CIADI

El arbitraje del CIADI, de conformidad con el Convenio de Washington, es un ejemplo de procedimiento de arbitraje regulado únicamente por el derecho internacional, pues no se somete a ninguna disposición de derecho nacional en lo relativo al procedimiento arbitral. Se destaca especialmente el impedimento de los tribunales nacionales para decidir sobre la anulación de un laudo arbitral del CIADI.³¹⁵ Las únicas posibilidades de presentar un recurso contra un laudo del CIADI son ante el propio Centro a través de la aclaración, revisión y anulación.³¹⁶

El arbitraje del CIADI, por definición, involucra a un Estado como parte en la controversia, en el entendido de que según las reglas del CIADI, ningún Estado

³¹² **Convenio de Washington**, artículo 27.

³¹³ **Rodríguez Jiménez**, Sonia, *El Sistema Arbitral del CIADI*, *op. cit.*; pag. 500; **Herdegen**, *Internationales Wirtschaftsrecht*, *op. cit.*, §19, párr. 2, pag. 237; **Broches**, Aron, "The Convention on the Settlement of Investment Disputed between States and Nationals of Other States", *Selected Essays. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Dordrecht/Boston/London, 1995, pag. 188 y ss.; **Broches**, Aron, *Arbitration under the ICSID Convention*, ICSID, 1994, pags. 1-16; **Broches**, Aron, *Selected Essays. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Dordrecht/Boston/London, 1995.

³¹⁴ **Convenio de Washington**, artículos 53-54; **Herdegen**, *Internationales Wirtschaftsrecht*, *op. cit.*, §19, párr. 2 pag. 237; **Congyan**, Cai, "Structure and Its Implications towards ICSID Mechanism: An empirical Analysis", *JWIT*, vol. 9 nr. 3, junio 2008, pags. 333-349.

³¹⁵ **Convenio de Washington**, artículos 53-55. Dicho rasgo se pierde en el Mecanismo Complementario, pues los laudos emitidos de conformidad con éste pueden ser revisados en segunda instancia por los tribunales nacionales del Estado en el cual se llevó a cabo el arbitraje; **Rodríguez Jiménez**, Sonia, *El Sistema Arbitral del CIADI*, *op. cit.*, pag. 510.

³¹⁶ **Convenio de Washington**, artículo 50-52. El procedimiento de anulación es realizado por un Comité *ad hoc*. El recurso de anulación es el más recurrido.

puede invocar su inmunidad soberana con el fin de modificar la jurisdicción del tribunal. El someterse al arbitraje del CIADI lleva consigo una renuncia a la inmunidad soberana en cuestiones de jurisdicción, incluyendo los procedimientos de *exequátur*. En contraste a dicha norma el artículo 55 del Convenio de Washington prevé que dicha renuncia no se extiende a la ejecución del laudo, en cuyo caso, se regirá por las reglas del derecho nacional en que deba ejecutarse.

En caso de no existir reserva alguna, la existencia de una cláusula válida de arbitraje CIADI, de conformidad con el artículo 26 del Convenio de Washington, excluye cualquier otro recurso legal para hacer valer una reclamación. Las partes pueden acordar el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento para someterse al Centro. Sin embargo, este tipo de cláusulas no son muy comunes.³¹⁷ Explícitamente han presentado esta declarativa al Centro Costa Rica y Guatemala³¹⁸

³¹⁷ Por ejemplo, el artículo 10 del **APPRI Argentina-Alemania** tiene una combinación de agotamiento previo de recursos locales combinado con un periodo fijo para dicho fin de dieciocho meses: "artículo 10.

- (1) Las controversias que surgieren entre una de las Partes Contratantes y un nacional o una sociedad de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones en el sentido del presente Tratado deberán (...) ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.
- (2) Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo (...) 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;
 - b. (...)
- (4) En los casos previstos por el párrafo 3 anterior, las controversias (...) serán sometidas (...), sea a un procedimiento arbitral en el marco del "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados", (...)."

³¹⁸ Costa Rica notificó el 27 de abril de 1993 al CIADI su voluntad de exigir el agotamiento de recursos administrativos y judiciales internos como requisito obligatorio para someterse a la jurisdicción del Centro, así lo expuso "There may only be recourse to arbitration pursuant to [the Convention] where all existing administrative or judicial remedies have been exhausted". Por su parte, Guatemala notificó el 16 de enero del 2003 su voluntad de exigir el agotamiento de recursos locales de conformidad con el artículo 26 del Convenio de Washington como condición previa para su consentimiento al arbitraje conforme al Convenio, 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 consultar ambas notificaciones véase CIADI, Search membership:

a. **Ámbito de aplicación del Convenio del CIADI en breve**

Es importante saber cuándo una disputa puede ser presentada ante el CIADI. El ámbito de aplicación del Convenio de Washington está definido en su artículo 25(1):

“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

En consecuencia, disputas en materia de inversión entran en el ámbito del Convenio del CIADI si los siguientes cuatro requisitos son cumplidos:

- Ser una disputa de naturaleza jurídica;
- Las partes deben haber consentido por escrito someterse al Centro;
- La disputa debe ser entre un Estado Contratante, o una de sus subdivisiones políticas u organismos públicos acreditados ante el Centro por dicho Estado, y un inversor extranjero de otro Estado Contratante;
- Debe surgir directamente de una inversión.³¹⁹

El primer requisito es cumplido siempre que se trate de una disputa sobre diferencias de naturaleza jurídica. Algunos Estados han utilizado el derecho consagrado en el artículo 25(4), el cual concede la posibilidad de realizar reservas para someter o no cierto tipo de disputas al Centro.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDataRH&reqFrom=Main&actionVal=ViewContractingStates&range=A~B~C~D~E>, septiembre 2011.

³¹⁹ Véase **Jarvin**, Sigvard: *Objections to Jurisdiction in: The Leading Arbitrators' guide to International Arbitration*, Juris Publishing, New York, 2004; **Lamm**, Carolyn B., “Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, *ICSID Rev-FILJ*, 1991, pag. 462 y ss.

El Convenio del Washington no define el término “disputas de naturaleza jurídica”. Los tribunales arbitrales del CIADI han utilizado esta frase para referirse a cualquier disputa relativa a la existencia o alcance de un derecho u obligación jurídicos, o a disputas relativas a la naturaleza o alcance de la reparación que debe realizarse por incumplir una obligación jurídica.³²⁰

Debido a la imposibilidad de las Partes para poder prever todo tipo de disputas que pudieran originarse durante su relación jurídica, particularmente en un proyecto de inversión a mediano o largo plazo, sería muy impreciso y molesto realizar una lista de posibles disputas e incluirlas en la cláusula de arbitraje correspondiente.

aa) Requisito de consentimiento al Arbitraje (*ratione voluntatis*)

Para que pueda someterse una controversia al arbitraje del CIADI se requiere que todas las partes involucradas hayan consentido someterse al Centro. La simple ratificación del Convenio de Washington no es por sí solo el consentimiento requerido para someterse al Centro. En el preámbulo del Convenio se ilustra que la ratificación de éste no obliga al Estado a someter una disputa existente al arbitraje. Ésta sirve únicamente para hacer al Estado parte del Convenio del Washington pero no garantiza la jurisdicción a un tribunal del CIADI.³²¹

³²⁰ **Fedax N.V. vs Venezuela**, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Jurisdiction, 11 de julio 1997. También citado como caso **Fedax vs. Venezuela**, decisión a la jurisdicción, párrs. 15-16. Así lo estableció el tribunal arbitral en el caso Fedax vs. Venezuela en su decisión a la jurisdicción, párr. 15: “In deciding on the question of jurisdiction of the Centre and its own competence in this case, the Tribunal must first consider whether there is a legal dispute between de parties as requires by Article 25 (1) of the Convention. Although the term ‘legal dispute’ is not defined in the Convention, its drafting history makes abundantly clear that such term refers to conflicts of rights as opposed to mere conflicts of interests: ‘the dispute must concern the existence or scope of legal right or obligation, or the nature or extent of the reparation to be made for breach of a legal obligation’. The discussions held on the drafts leading to this provision also evidence that legal disputes were meant to exclude moral, political, economic or purely commercial claims”; **García Bolívar**, Omar E., “Foreign Investment Disputes under ICSID. A Review of its Decisions on Jurisdiction”, *JWIT*, vol. 5 nr. 1, febrero 2004, pag. 187 y ss.

³²¹ Para el llamado “doble consentimiento” del Convenio de Washington y el acuerdo al arbitraje véase: **Cremades**, “Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment Protection Treaties”, en **Fortier, Berger and Bredow** (eds.), *Law of International Business and*

Según el artículo 25 del Convenio el consentimiento de las partes para someter una disputa al arbitraje del CIADI es el umbral para establecer la jurisdicción de un tribunal del CIADI sobre la materia en cuestión. Este requisito es tan importante que los directores ejecutivos del Banco Mundial, en su Reporte de 1965 sobre el Convenio de Washington, apuntaron que: “El Consentimiento de las partes es la piedra angular de la jurisdicción del Centro”.³²²

Consentimiento es la expresión explícita de la aceptación de ambas partes al arbitraje del CIADI. Debe constar por escrito. Generalmente el inversor consciente al arbitraje con base en una inversión específica de dos formas: la primera, a través de una cláusula específica de arbitraje ante el CIADI contenida en algún Contrato de Estado Internacional del cual éste sea parte; la segunda, al presentar directamente ante el CIADI una solicitud de arbitraje basada en un APPRI o cualquier otro tratado internacional de inversiones celebrado entre el Estado anfitrión y el Estado del cual el inversor es nacional. Para que el inversor exteriorice su voluntad para someterse a la jurisdicción del Centro basta que éste presente una solicitud de arbitraje ante la Secretaría del Centro o, invoque las disposiciones de forma escrita ante las autoridades del Estado.³²³

A su vez, el Estado consentirá al arbitraje frente a un tipo determinado de disputas. En arbitrajes originados de un Contrato de Estado Internacional, el Estado suele consentir en una cláusula específica al respecto. Además, el Estado

Dispute Settlement in the 21st Century – Liber Amicorum Böckstiegel, op. cit., pag. 152 y ss.; Véase Rodríguez Jiménez, Sonia, El Sistema Arbitral del CIADI, op. cit., pags. 377- 448.

³²² International Bank for Reconstruction and Development, *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (18 March 1965)*, en *ICSID Reports*, 23-33 (1993).

³²³ ***Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. Arab Republic of Egypt***, ICSID Case No. ARB/84/3, Decision on Jurisdiction and Dissenting Opinion, 14 abril 1988, XVI YBCA, 1991, pag. 28. También citado como ***SPP vs. Egipto***, decisión a la jurisdicción; ***Asian Agricultural Products Limited vs. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka***, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, 27 de junio 1990, XVII YBCA, 1992, pag. 106. También citado como caso ***Asian vs. Sri Lanka***, laudo; ***Tradex Hellas, S.A. vs. Albania*** (Tradex), ICSID Case No. ARB/94/2, Decision on jurisdiction, 24 de diciembre 1996, 14 ICSID Rev-FILJ, 1999, pag. 187. También citado como caso ***Tradex vs. Albania***, decisión a la jurisdicción; ***Československa obchodní banka, a.s. vs. Slovak Republic***, ICSID Case No. ARB/97/4, decision on jurisdiction, 24 mayo 1999, XXIVa YBCA, 1999, pag. 54. También citado como ***CSOB vs. Eslovaquia***, decisión a la jurisdicción.

puede consentir a través de su legislación nacional o en Acuerdos Internacionales sobre Inversiones (AII) bilaterales (APPRI) o multilaterales. Un escenario menos recurrente es cuando él no consciente de manera directa, sino a través de una entidad de Estado, de naturaleza pública o privada con pertenencia a éste.³²⁴ Cuando el Estado externa su consentimiento a través de un Contrato de Estado Internacional pueden suscitarse escenarios interesantes, tal como sucedió en el caso *Millicom vs. Senegal*, en el que fue muy complejo para el tribunal arbitral determinar si Senegal externó su consentimiento para someterse al arbitraje del CIADI derivado de un contrato de concesión.³²⁵

La controvertida y oscura sección del contrato de concesión estaba contenida en su artículo 11, que a la letra establece:

“[primera oración] Las partes harán todo lo posible para resolver de manera amistosa cualquier controversia que resulte de la ejecución del presente Convenio. [segunda oración] Deberán, previamente si las leyes y reglamentos vigentes lo permiten, recurrir a todo organismo de conciliación de reglamentación y de arbitraje competente en materia de telecomunicación. [tercera oración] Será lo mismo en caso de conflicto entre operadores, especialmente respecto a acuerdos de interconexión. [cuarta oración] Si la controversia persiste, las partes podrán finalmente recurrir al arbitraje de organismos internacionales, tales como la Corte de Arbitraje de la OHADA, el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o la Cámara de Comercio Internacional de Paris (CCI), etc”.³²⁶

³²⁴ *SPP vs. Egipto*, decisión a la jurisdicción, XVI YBCA, 1991, pag. 16. En *SPP vs. Egipto*, por ejemplo, el contrato de inversión fue celebrado entre SPP y la Organización General Egipcia de Turismo y Hoteles, una entidad pública con personalidad jurídica independiente, pero situada bajo el Ministerio de Turismo egipcio.

³²⁵ *Millicom International Operations B.V. and Sentel GSM SA vs. The Republic of Senegal*, ICSID Case No. ARB/08/20, decisión a la jurisdicción, 16 julio 2010. También citado como *Millicom vs Senegal*, decisión a la jurisdicción.

³²⁶ *Ibidem*, párr. 88, *cf. orig.* “[sentence 1] Les parties feront tout leur possible pour régler à l’amiable tout différend résultant de l’exécution de la présente convention. [sentence 2] Elles

Así, tras analizar extensamente el significado del artículo 11,³²⁷ el tribunal arbitral asintió su jurisdicción para conocer de las acciones de la segunda demandante y conocer acerca de sus pretensiones contra Senegal.³²⁸

En caso de que no existiese un consentimiento previo, el Estado puede expresarlo en todo momento, incluso una vez iniciada una controversia en materia de inversión. El consentimiento *a posteriori* no es común, y cuando se presenta, obedece a grandes presiones del Estado origen del inversor.³²⁹

Una vez externado el consentimiento del Estado, éste se entenderá como una oferta estatal constante al arbitraje del CIADI que puede ser aceptada por el inversor en cualquier momento. Esto es, si un Estado ha consentido en algún instrumento internacional, en un Contrato de Estado Internacional o, en su legislación nacional, esta oferta se entenderá como una *invitatio ad offerendum* para que el inversor extranjero pueda hacer uso de ella en todo momento.

En el caso *Cemex vs. Venezuela*³³⁰ el tribunal arbitral recordó respecto al consentimiento que:

“De acuerdo con el artículo 25, el consentimiento de ambas partes de una diferencia constituye, por lo tanto, una condición indispensable para que exista jurisdicción. Ese consentimiento debe darse a través

devront, au préalable si les lois et règlement en vigueur le permettent, recourir à tout organisme de conciliation de réglementation et d'arbitrage compétent en matière de télécommunications. [sentence 3] Il en sera de même en cas de conflit entre opérateurs notamment lors des accords d'interconnexions. [sentence 4] Si le litige persiste, les parties pourront en définitive recourir à l'arbitrage d'organismes internationaux tels que la cour d'arbitrage de l'OHADA, le Centre international de règlement des différends sur les investissements (CIRDI) ou la Chambre de Commerce international de Paris (CCIP) etc“. Corchetes agregadas por el tribunal arbitral para tener una mejor comprensión del artículo contenido en el contrato de concesión.

³²⁷ *Ibidem*, párr. 92-105.

³²⁸ *Ibidem*, “2.4. Conclusion. It follows from the preceding discussion that: The Arbitral Tribunal has jurisdiction to entertain the action that Claimant 2 is bringing against the Republic of Senegal”.

³²⁹ Para uno de los casos extraordinarios en los que un Estado consintió al arbitraje del CIADI bajo enorme presión del Estado del cual el inversor era nacional (por ejemplo, a través del retraso de un crédito del Banco Interamericano de Desarrollo) después de originada una disputa véase ***Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. Republic of Costa Rica***, ICSID Case No. ARB/96/1, award, 17 de febrero 2000.

³³⁰ ***CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. vs. Bolivarian Republic of Venezuela***, ICSID Case No. ARB/08/15, decisión a la jurisdicción, 30 diciembre 2010. También citado como ***CEMEX vs. Venezuela***, decisión a la jurisdicción.

de un acuerdo directo entre el Estado anfitrión y el inversionista. Conforme a la jurisprudencia del CIADI, dicho consentimiento puede asimismo surgir de una oferta unilateral formulada por el Estado anfitrión, expresada en su legislación o en un tratado, subsiguientemente aceptada por el inversionista”.³³¹

Una vez otorgado el consentimiento éste no podrá ser retirado unilateralmente.³³²

El caso *Cemex vs. Venezuela* se trató de una disputa en el marco del APPRI Venezuela-Países Bajos, cuyo tribunal arbitral señaló: “el 22 de octubre de 1991, el Reino de los Países Bajos y la República de Venezuela firmaron un Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, después de su ratificación por ambas Partes”.³³³ En cuanto al consentimiento incondicional ofrecido por las Partes, el tribunal recordó el contenido del artículo 9 (4) “cada Parte Contratante por medio de la presente otorga su consentimiento incondicional para que las controversias sean sometidas en la forma prevista en el párrafo 1 de este Artículo al arbitraje internacional de acuerdo con las disposiciones de este artículo”.³³⁴

Por su parte, en el caso *Murphy Corporation vs. Ecuador*,³³⁵ controversia que versó en el marco del APPRI Ecuador-USA,³³⁶ Ecuador intentó refutar el

³³¹ *Ibidem*, párr. 58.

³³² **Convenio de Washington**, artículo 25 (1) última oración; ***Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. vs. Jamaica***, ICSID Case No. ARB/74/2, Decision on Jurisdiction and Competence, 6 julio 1975. También citado como caso ***Alcoa vs. Jamaica***, decisión a la jurisdicción, YBCA, 1979, pag. 207 y ss.

³³³ En adelante **APPRI Venezuela Países Bajos**. Véase ***CEMEX vs. Venezuela***, decisión a la jurisdicción, párr. 140.

³³⁴ **APPRI Venezuela-Países Bajos**, artículo 9 (4); ***CEMEX vs. Venezuela***, decisión a la jurisdicción, párr. 141; Cfr. **APPRI Venezuela-Países Bajos**, Artículo 9 (1) “Disputes between one Contracting Party and a national of the other Contracting Party concerning an obligation of the former under this Agreement in relation to an investment of the latter, shall at the request of the national concerned be submitted to the International Centre for Settlement of Investment Disputes, for settlement by arbitration Of conciliation under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States opened for signature at Washington on 18 March 1965.”

³³⁵ ***Murphy Exploration and Production Company International vs. Republic of Ecuador***,

consentimiento contenido en el artículo VI (4) del APPRI en cuestión, el cual prevé:

“Cada una de las Partes consciente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, según el párrafo 3. Ese consentimiento, junto con el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, cuando se da conforme al párrafo 3, cumplirá el requisito de:

- a) Un ‘consentimiento por escrito’ de las partes en la diferencia a efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI (Jurisdicción del Centro)”.³³⁷

Ecuador refutó el contenido del artículo antes citado al argumentar que había limitado su consentimiento de conformidad con el artículo 25 del CIADI a través de su notificación presentada al Centro de fecha 4 de diciembre del 2007, la cual citamos a continuación:

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

(ICSID Case No. ARB/08/4), decisión sobre jurisdicción, 15 diciembre 2010. También citado como caso **Murphy Exploration vs. Ecuador**, decisión a la jurisdicción.

³³⁶ Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección de Inversiones del 7 de agosto de 1993. En adelante **APPRI Ecuador-USA**.

³³⁷ **Murphy Exploration vs. Ecuador**, decisión a la jurisdicción, párr. 77.

esta notificación, es retirado por la República del Ecuador, con eficacia inmediata a partir de esta fecha”.³³⁸

Sin embargo, el tribunal arbitral recordó que el retiro, la terminación o la enmienda del APPRI Ecuador-USA deben regirse por las normas de ese Tratado y, supletoriamente, por el Derecho Internacional general, codificado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Recordó que el artículo 54 de la Convención de Viena dispone que “la terminación de un tratado o el retiro de una Parte podrán tener lugar: a) conforme a las disposiciones del tratado; o b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las Partes después de consultar a los demás Estados Contratantes”. El artículo relevante de la Convención de Viena relativo a la enmienda de un Tratado es el artículo 39 de ésta, el cual prevé que “un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las Partes”. Por otro lado, el artículo XII.2 del APPRI Ecuador-USA expresa que “cualquiera de las Partes podrá denunciar el presente Tratado al concluir el período inicial de diez años, o en cualquier momento posterior, mediante notificación por escrito a la otra Parte con un año de antelación”.³³⁹ Por tanto, el tribunal arbitral decidió que ni el Convenio de Washington ni el APPRI Ecuador-USA permiten a las Partes retirarse de su aplicación con efecto inmediato.³⁴⁰ Así, ante los esfuerzos en vano de Ecuador, el tribunal afirmó que:

“Ecuador pretende desconocer los alcances y efectos hacia el futuro que tiene la segunda oración de su notificación de diciembre del 2007, ignorar la irrevocabilidad de su consentimiento al arbitraje CIADI otorgado en el TBI y violentar las normas aplicables al retiro y a la modificación de las obligaciones contraídas por esa Nación, tanto en el TBI como en el Convenio CIADI”.³⁴¹

Por tanto, el tribunal arbitral rechazó la objeción sobre la falta de jurisdicción alegada por Ecuador fundamentada en su notificación del 4 de diciembre del 2007.

³³⁸ *Ibidem*, párr. 82.

³³⁹ *Ibidem*, párr. 86.

³⁴⁰ *Ibidem*, párr. 87.

³⁴¹ *Ibidem*, párr. 88.

bb) Requisitos de las partes involucradas (*ratione personae*)

Para que el Convenio de Washington sea aplicable una de las partes involucradas en la disputa debe ser un Estado contratante, o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante registrado ante el Centro por éste.³⁴² El registro tiene en primera instancia la finalidad informativa de no dejar lugar a duda que una entidad de Estado puede ser parte en un arbitraje del CIADI. Por otro lado, la ausencia del registro formal no exime a una entidad de Estado para ser Parte en una disputa ante el CIADI, a través de su Estado si se demuestra que ostenta este carácter, es decir, que está ligado a éste *de facto* o *de iure*.³⁴³

La otra parte debe ser un nacional de otro Estado Contratante.³⁴⁴ Este requisito debe ser cumplido por una persona física, al momento de celebración del acuerdo de arbitraje y al momento de la solicitud al arbitraje.³⁴⁵ Para ejemplificar lo dicho, el tribunal arbitral en el caso *Nations Energy vs. Panamá*³⁴⁶ recordó:

“(…) el artículo 25.2 (a) del Convenio CIADI prevé que ‘*en ningún caso*’, el concepto de ‘*nacional de otro Estado contratante*’, en el sentido del artículo 25 del Convenio CIADI comprenderá personas que, en la fecha en que las partes consintieron en someter la diferencia a arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud

³⁴² **Convenio de Washington**, artículo 25 (1) última oración.

³⁴³ Existe un enorme universo de figuras jurídicas que pueden considerarse Entidades de Estado. Por ejemplo, en ***Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. The Hashemite Kingdom of Jordan***, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 29. November 2004, También citado como caso Salini vs. Jordania, decisión a la jurisdicción. En este caso, el tribunal arbitral realizó una prueba para comprobar si la Entidad de Aguas jordana era, en efecto, una “entidad del Reino de Jordania” y se le podía imputar la responsabilidad de ésta a Jordania, situación que fue afirmada por el tribunal arbitral. Véase ***Salini vs. Jordania***, decisión a la jurisdicción, párrs. 80-92.

³⁴⁴ **Convenio de Washington**, artículo 25 (2).

³⁴⁵ **Lew, Julian/ Mistelis, Loukas/ Kröll, Stefan**, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, párr. 28-51.

³⁴⁶ ***Nations Energy, Inc. and others vs. Republic of Panama***, ICSID Case No. ARB/06/19, laudo, 24 noviembre 2010. También citado como ***Nations Energy vs. Panamá***, laudo.

de arbitraje, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia”.³⁴⁷

Además, es necesario prestar atención a una persona física que tenga más de una nacionalidad, puesto que no es de menor importancia y complejidad determinar la nacionalidad de un inversor. Los tribunales arbitrales al respecto han optado por seguir la corriente de la nacionalidad efectiva de un inversor extranjero. Asimismo, los inversores extranjeros debieron contar con la nacionalidad relevante en el momento en que sucedió la presunta violación a su inversión.³⁴⁸ Por otra parte, la determinación de la nacionalidad es una cuestión doméstica,³⁴⁹ es decir, la nacionalidad de una persona física se determinará a través de análisis del derecho nacional sobre nacionalidad del Estado en cuestión, tal como lo reconoce el Derecho Internacional. En el caso *Nations Energy vs. Panamá* el tribunal arbitral recordó:

“En cuanto a las reglas que determinan la nacionalidad, es generalmente aceptado en Derecho Internacional que las condiciones de adquisición y de pérdida de la nacionalidad están sometidas a la ley nacional”.³⁵⁰

El caso *Soufraki vs. Emiratos Árabes* demuestra que el tema de la nacionalidad del inversor es detonante para declinar la jurisdicción de un tribunal arbitral para conocer del caso. En esta controversia el señor Soufraki, demandante, intentó someter su diferencia ante el CIADI a través del uso de la nacionalidad italiana, la cual perdió al adquirir la nacionalidad canadiense y que pudo haber recuperado bajo ciertos supuestos. El tribunal arbitral realizó una exhaustiva prueba de nacionalidad. De conformidad con el Convenio de Washington y el APPRI Italia-

³⁴⁷ *Ibidem*, párr. 376.

³⁴⁸ *Soufraki vs. Emiratos Árabes*, laudo, párr. 84; Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, párrs. 542-550.

³⁴⁹ El tribunal arbitral en el caso *Soufraki vs. Emiratos Árabes* rezó “it is accepted in international law that nationality is within the domestic jurisdiction of the State”, *Soufraki vs. Emiratos Árabes*, laudo, párr. 55; *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi vs. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, decisión a la jurisdicción, 11 abril 2007. También citado como caso *Siag vs. Egipto*, decisión a la jurisdicción, párr. 159.

³⁵⁰ *Nations Energy vs. Panamá*, laudo, párr. 378.

Emiratos Árabes Unidos, el tribunal arbitral hubiera tenido jurisdicción para conocer del caso únicamente si el Sr. Soufraki hubiera ostentado la nacionalidad italiana en las fechas en las que se presentaron los hechos relevantes de la controversia en cuestión.³⁵¹ Según el Derecho Internacional el tribunal es competente para decidir si el Sr. Soufraki contaba con la nacionalidad italiana en las fechas relevantes en que sucedieron las presuntas violaciones convencionales. Para determinar dicha nacionalidad, el tribunal estaba en su derecho de recopilar las pruebas necesarias para comprobarlo. Por el contrario, el tribunal no estaba obligado a aceptar los certificados de nacionalidad presentados por el Sr. Soufraki como prueba contundente de su nacionalidad italiana.³⁵² Así, el tribunal arbitral determinó que para ser nacional italiano el Sr. Soufraki tuvo que haber cumplido con lo establecido en el derecho italiano relativo a la nacionalidad.³⁵³ A pesar de que Soufraki ostentaba la nacionalidad italiana, éste la perdió en 1991, cuando adquirió la nacionalidad canadiense.³⁵⁴ Sin embargo, éste pudo haberla recobrado; bajo derecho italiano se puede recuperar la nacionalidad italiana de dos formas, la primera, al presentar una declaración de intento para su recuperación o; la segunda, al residir en Italia por lo menos durante un año.³⁵⁵ Soufraki no presentó dicha declaración,³⁵⁶ por ello, el punto clave para determinar si Soufraki volvió a adquirir la nacionalidad italiana fue sí éste vivió durante por lo menos un año en Italia, además, dicho suceso debió haber acaecido antes de los acontecimientos relevantes que dieron origen a las presuntas violaciones de controversia en cuestión.³⁵⁷ Sin embargo, Soufraki no pudo probar al tribunal su residencia en Italia durante un año en fechas anteriores a los sucesos que dieron nacimiento a la controversia.³⁵⁸ Por tanto, el tribunal arbitral declinó su

³⁵¹ **Soufraki vs. Emiratos Árabes**, laudo, párrs. 21, 23 y 84.

³⁵² *Ibidem*, párrs. 51, 63.

³⁵³ *Ibidem*, párr. 69.

³⁵⁴ *Ibidem*, párr. 52.

³⁵⁵ *Ibidem*, párr. 27.

³⁵⁶ *Ibidem*, párr. 28.

³⁵⁷ *Ibidem*, párr. 69.

³⁵⁸ *Ibidem*, párr. 81.

competencia para conocer de la controversia puesto que Soufraki no ostentó la nacionalidad italiana en el momento relevante en que acaecieron los presuntos hechos violatorios.³⁵⁹ Como vemos, será importante determinar no solo la nacionalidad efectiva del inversor,³⁶⁰ sino probar si el inversor ostentaba dicha nacionalidad en las fechas relevantes para el caso en cuestión.³⁶¹

Cabe resaltar lo decidido por el tribunal arbitral en el caso *Siag vs. Egipto*, controversia desarrollada en el marco del APPRI Italia-Egipto. En este caso el Sr. Siag, codemandante, nació en Egipto de padres egipcios el 12 de marzo de 1962. El 15 de diciembre de 1989 Siag adquirió la nacionalidad libanesa, por lo que el 19 de diciembre de 1989 pidió permiso a las autoridades para adquirir la nacionalidad libanesa y al mismo tiempo conservar la egipcia. El 5 de marzo de 1990, el Ministerio del interior egipcio, con decreto no. 1353 de 1990, reconoció la adquisición de la nacionalidad libanesa y otorgó permiso para mantener la nacionalidad egipcia, con fundamento en el artículo 10 de la Ley de Nacionalidad egipcia.³⁶² Los artículos 10 y 16 de la Ley de Nacionalidad egipcia prevén:

“Artículo 10. Un egipcio no puede obtener una nacionalidad extranjera excepto después de que le sea autorizado por virtud de un decreto del Ministro del Interior; de otro modo, tal persona deberá ser considerada todavía como egipcio en todo sentido y bajo todas las circunstancias, a menos de que el Gabinete decida retirarle su nacionalidad bajo la disposición del artículo 16 de esta Ley.

³⁵⁹ *Ibidem*, párr. 84. El Sr. Soufraki interpuso recurso de anulación sin éxito. El Comité *ad hoc* declinó las pretensiones de Soufraki. **Hussein Nuaman Soufraki vs. United Arab Emirates**, ICSID Case No. ARB/02/7, decisión sobre solicitud anulación, 5 julio 2007. También citado como caso **Soufraki vs. Emiratos Árabes**, decisión sobre solicitud de anulación, párr. 139 (a).

³⁶⁰ **Nottebohm Case** (Lichtenstein vs. Guatemala), Second-Phase, ICJ, Judgment, 6 abril 1955, ICJ Reports 4. También citado como caso **Nottebohm**, págs. 20-24, 26.

³⁶¹ Véase también caso **Siag vs. Egipto**, decisión a la jurisdicción; **Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi vs. Arab Republic of Egypt**, ICSID Case No. ARB/05/15, opinión disidente de Francisco Orrego Vicuña, 11 mayo 2009. También citado como caso **Siag vs. Egipto**, opinión disidente al laudo; **Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal vs. República Argentina**, ICSID Case No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación, 3 de Julio 2002. También citado como: caso **Vivendi vs. Argentina**, decisión sobre anulación.

³⁶² Egyptian Nationality Law No. 26 of 1975. Véase **Siag vs. Egipto**, decisión a la jurisdicción, párr. 16.

En el caso de que le sea permitido a un egipcio obtener una nacionalidad extranjera, esto deberá llevar al retiro de la nacionalidad Egipcia.

No obstante, la autorización para adquirir una nacionalidad extranjera podrá permitir a la persona a la que le es dada la autorización, que su esposa e hijos menores retengan la nacionalidad Egipcia, a condición de que exprese su deseo de tomar ventaja de tal beneficio dentro de un periodo que no exceda un año a partir de la fecha de adquisición de la nacionalidad extranjera, y en tal caso ellos podrán retener la nacionalidad Egipcia a pesar de haber adquirido una nacionalidad extranjera.

Artículo 16. La nacionalidad Egipcia podrá ser retirada de cualquiera en virtud de un decreto aprobado por el Ministro de Defensa en cualquiera de los siguientes casos:

(i) Adquirir una nacionalidad extranjera en violación al artículo 10”.³⁶³

El Sr. Siag consiguió su pasaporte libanés el 19 de junio de 1990. El 3 de mayo de 1993 el señor Siag obtuvo la nacionalidad italiana por decreto del ministerio del interior italiano con fundamento en el artículo 5 de la ley italiana número 91 de 1992, debido a que contrajo matrimonio con una nacional italiana. El señor Siag

³⁶³ **Siag vs. Egipto**, decisión a la jurisdicción, párr. 22, *cf. orig.* “Article 10. An Egyptian may not gain a foreign nationality except after being permitted by virtue of a decree from the Minister of Interior; otherwise such person shall still be considered an Egyptian in every respect and under all circumstances, unless the Cabinet decides to withdraw his nationality under the provision of Article 16 of this Law.

In the event an Egyptian is permitted to gain a foreign nationality, then this shall lead to the withdrawal of the Egyptian nationality.

However, permission to acquire a foreign nationality may allow the person for whom such permission is given, his wife and minor children to retain the Egyptian nationality, provided he notifies his wish to take advantage of such benefit within a period not exceeding one year from the date of gaining the foreign nationality, and in such case they may retain the Egyptian nationality despite having gained a foreign nationality.

Article 16. Egyptian nationality may be withdrawn from anybody by virtue of a justified decree by the Minister of Defense in any of the following cases:

(i) Gaining foreign nationality in breach of Article 10“.

recibió su pasaporte italiano el 12 de julio de 1995 y mantuvo su nacionalidad italiana hasta la fecha.³⁶⁴

Relevante al caso fue determinar si al adquirir la nacionalidad libanesa el señor Siag perdió la nacionalidad egipcia, con fundamento en el artículo 10 en conexión con el 16 de la Ley de Nacionalidad egipcia, para poder de este modo ostentarse como nacional italiano, nacionalidad adquirida en 1995.

Para determinar si el señor Siag era egipcio o no, el tribunal arbitral razonó de modo similar al caso Soufraki, en el sentido de que el tribunal arbitral se remitió a lo establecido en el derecho egipcio y lo conectó con el momento en que sucedieron los hechos relevantes del caso en cuestión:

“El Tribunal encuentra que está asentado en la Ley Egipcia que bajo el artículo 10 (3) un aspirante debe hacer una declaración formal dentro del periodo de un año de habersele otorgado autorización para poder retener su nacionalidad Egipcia.

Si la fecha relevante fue 5 de Marzo de 1990 o 14 de Junio de 1990, el señor Siag no realizó tal declaración dentro del periodo de un año y por lo tanto perdió su nacionalidad Egipcia en virtud de la ley Egipcia en 1991. La única forma para él de recuperar esa nacionalidad era a través de la ley Egipcia. Esto no ha sucedido”.³⁶⁵

Así, el tribunal arbitral en el caso Siag vs. Egipto aceptó su competencia para conocer del caso y comprobó que Siag ostentaba la nacionalidad italiana y que éste perdió la nacionalidad egipcia basado en la aplicación de derecho egipcio de nacionalidad.³⁶⁶

³⁶⁴ **Siag vs. Egipto**, decisión a la jurisdicción, párr. 154.

³⁶⁵ *Ibidem*, párr. 172, *cfr. orig.* “The Tribunal finds that it is settled under Egyptian law that under Article 10 (3) an applicant must make a formal declaration within one year of permission being granted in order to retain his or her Egyptian nationality. Whether the relevant date was 5 March 1990 or 14 June 1990, Mr Siag made no such declaration within the one year period and so lost his Egyptian nationality by operation of Egyptian law in 1991. The only way for him to regain that nationality was through Egyptian law. This has not taken place”.

³⁶⁶ *Ibidem*, párr. 173.

Otro ejemplo similar se presentó en el caso *Nations Energy vs. Panamá*.³⁶⁷ Al respecto, el Sr. Jurado, codemandante, ostentaba originalmente la nacionalidad panameña pero en 1954 adquirió la nacionalidad estadounidense. El tribunal arbitral tuvo que resolver si Jurado tenía doble nacionalidad (panameña y estadounidense) o únicamente la nacionalidad estadounidense. Al respecto el tribunal arbitral decidió:

“Este tribunal ya ha determinado que Jurado perdió su nacionalidad panameña y es un nacional estadounidense. El que Jurado haya actuado o no de mala fe respecto de su nacionalidad en otros negocios es una cuestión ajena a la decisión de este Tribunal Arbitral sobre su nacionalidad para efectos de determinar su competencia en este procedimiento arbitral. Además, como ha sido establecido, el ostentarse como nacional panameño no le otorgaba a Jurado el derecho a recuperar de nueva cuenta la nacionalidad panameña”.³⁶⁸

En el caso de una persona jurídica es necesario que posea la nacionalidad de otro Estado Contratante únicamente al momento de presentar su consentimiento a la jurisdicción del Centro. En este sentido, hay que recordar que, a diferencia de las personas físicas, las personas jurídicas no poseen nacionalidad sino pertenencia a un Estado.³⁶⁹ No es necesario que la persona jurídica sea propiedad de personas privadas, ya sea en parte o en su totalidad. Algunos autores y tribunales arbitrales del CIADI sostienen que las empresas estatales están igualmente cubiertas siempre y cuando la naturaleza de sus actividades sea comercial y privada.³⁷⁰ Sin embargo, queremos subrayar nuestra reserva respecto a esta aseveración, puesto que puede presentarse un escenario en el que una empresa estatal “EE” perteneciente a un Gobierno determinado “A” pueda invertir

³⁶⁷ *Nations Energy, Inc. and others vs. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/06/19, laudo, 24 noviembre 2010. También citado como *Nations Energy vs. Panamá*, laudo.

³⁶⁸ *Ibidem*, párr. 409. Véase también los párrs. 374-408.

³⁶⁹ *Ipsen, Völkerrecht, op. cit.* §24, párr. 24.

³⁷⁰ Véase *Lew, Julian/ Mistelis, Loukas/ Kröll, Stefan, Comparative International Commercial Arbitration, op. cit.*, párr. 28-51; *Československa obchodní banka, a.s. vs. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, decision on jurisdiction, 24 mayo 1999. También citado como *CSOB vs. Eslovaquia*, decisión a la jurisdicción, párrs. 24-27.

en el Estado anfitrión “B”, a través de una subsidiaria constituida en forma de Sociedad Anónima, a pesar de existir prohibición expresa en el derecho nacional del Estado anfitrión “B” para hacerlo. Una prohibición de este tipo puede observarse en el contenido del artículo 34 de la Ley de Aeropuertos mexicana (LAM)³⁷¹ relativa a la participación de inversores privados e inversores extranjeros como concesionarios o permisionarios para la regular la construcción, administración, operación y explotación de los aeropuertos del territorio mexicano y la prohibición expresa a la participación a cualquier Gobierno o Estado extranjero en las concesiones o permisos. El artículo 34 de la LAM establece:

“artículo 34. Los concesionarios o permisionarios en ningún caso podrán ceder, ni en forma alguna gravar, transferir o enajenar la concesión o el permiso, los derechos en ellos conferidos, así como los bienes afectos a la concesión o al permiso, a ningún Gobierno o Estado extranjero”.

Que sucedería si el mencionado Estado “A” participa en una concesión en México a través de una subsidiaria, constituida en forma de sociedad anónima, de una empresa Estatal “EE”. ¿Realmente calificaría esta sociedad anónima como inversor en el sentido del artículo 25 (1) del CIADI, asumiendo que México fuera parte del Convenio de Washington?

Muy frecuentemente los inversores extranjeros están obligados a canalizar sus inversiones en el Estado anfitrión a través del establecimiento de compañías locales, esta realidad fue reflejada en la redacción del artículo 25 (2) (b) del Convenio de Washington, el cual establece que una persona jurídica que sea nacional del Estado anfitrión podrá ser considerado “nacional de otro Estado Contratante”, es decir, del Estado origen, bajo determinadas circunstancias.³⁷² Para estos casos será determinante mirar con lupa el control extranjero de dichas

³⁷¹ Ley de Aeropuertos mexicana, Publicada en el Diario Oficial de la Federación mexicano el 22 de diciembre de 1995. En vigor a partir del 23 de diciembre de 1995.

³⁷² **Lew, Julian/ Mistelis, Loukas/ Kröll, Stefan**, *Comparative International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, párr. 28-52.

empresas a través del análisis de su estructura accionaria y de control extranjero.³⁷³

Así, otro escenario típico de control indirecto de una sociedad se presenta cuando una compañía local no es controlada de manera directa por un inversor extranjero, pero sí lo será al analizar la estructura de control de ésta de forma piramidal. El escenario para determinar la nacionalidad de una persona jurídica se complica cada vez más si a eso añadimos que ciertas personas que forman parte de la pirámide de control no son nacionales de Estados Contratantes. Un ejemplo claro de una compleja organización societaria la encontramos en el caso CEMEX vs. Venezuela.³⁷⁴

Recordamos que la controversia se originó por dos decretos de nacionalización emitidos por el Gobierno venezolano, el primero de fecha 27 de mayo de 2008 y, el segundo del 15 de agosto del 2008. Venezuela sostuvo que la controversia surgió de la nacionalización por parte de Venezuela de su subsidiaria indirecta, Cemex de Venezuela, S.A.C.A. (CemVen), en relación con la restructuración de las principales empresas cementeras de Venezuela en el año 2008 y sostuvo que Cemex, como inversor indirecto de CemVen, no tenía inversión alguna en Venezuela que diera origen a obligaciones incumplidas por Venezuela.³⁷⁵ Por su parte las demandantes sostuvieron que el tribunal tenía jurisdicción en virtud del APPRI Venezuela-Países Bajos.³⁷⁶

La realidad es que en este caso tenemos un ejemplo claro de una compleja organización societaria la cual es descrita en el laudo arbitral como sigue:

“La primera Demandante, Cemex Caracas (a veces denominada Cemex Caracas 1) fue constituida en 1999 como una *Besloten Vennootschap* holandesa. Es una subsidiaria de propiedad total de

³⁷³ **CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. vs. Bolivarian Republic of Venezuela**, ICSID Case No. ARB/08/15, decisión a la jurisdicción, 30 diciembre 2010. También citado como **CEMEX vs. Venezuela**, decisión a la jurisdicción, párrs. 142-145.

³⁷⁴ *Idem*.

³⁷⁵ *Ibidem*, párr. 142.

³⁷⁶ *Idem*.

Cemex España S.A., que, a su vez, es una subsidiaria indirecta de Cemex S.A.B. de C.V., una empresa mexicana que desarrolla operaciones en todo el mundo.

La segunda Demandante, Cemex Caracas II, también fue constituida en los Países Bajos en 2001 como una *Besloten Vennootschap* holandesa. Es una subsidiaria de propiedad total de Cemex Caracas. Cemex Caracas II es la propietaria del 100% de una empresa de las Islas Caimán denominada Vencement Investments (Vencement), que, a su vez, es propietaria del 75,7% de Cemex Venezuela (CemVen).³⁷⁷

Así, el tribunal se refirió a lo fallado en varias decisiones y laudos del CIADI, en las cuales se ha analizado la cuestión de las “inversiones indirectas”. En la mayoría de los casos, la cuestión fue planteada por el Estado demandado cuando una empresa local era de propiedad de una Demandante o era controlada por ésta a través de otra empresa.³⁷⁸ Después de analizar el artículo 1(a) del APPRI Venezuela-Países Bajos,³⁷⁹ el cual contiene la definición de inversión, el tribunal arbitral observó que en dicho precepto no hay ninguna referencia expresa a inversiones directas o indirectas en el TBI, sobre todo en el artículo 1(a). También nota que la definición de inversión contenida en ese Artículo es muy amplia. Abarca “todos los tipos de activos” y enumera categorías específicas de inversiones como ejemplos. Una de esas categorías está integrada por “acciones,

³⁷⁷ *Idem*.

³⁷⁸ *Ibidem*, párr. 149.

³⁷⁹ **APPRI Venezuela-Países Bajos**, Artículo 1(a). “A los fines del presente Convenio:

a. El término ‘inversiones’ comprenderá todos los tipos de activos y, de manera más particular pero no exclusiva:

- i) bienes muebles e inmuebles, así como cualesquiera otros derechos *in rem* sobre todo tipo de activo;
- ii) derechos derivados de acciones, bonos y demás formas de interés en empresas y sociedades conjuntas;
- iii) títulos dinero, a otros activos o cualesquiera prestaciones con valor económico;
- iv) derechos en los campos de propiedad intelectual, procesos técnicos, valor extrínseco (“goodwill”) y conocimientos técnicos (“know-how”);
- v) derechos otorgados bajo el Derecho Público, incluyendo derechos para la prospección, exploración, extracción y explotación de recursos naturales.”

bonos y demás formas de interés en empresas y sociedades conjuntas”.³⁸⁰ Así que después de realizar un análisis del caso decidió que “las inversiones según se definen en el artículo 1 del TBI podrían ser *directas o indirectas*. Por definición, una inversión indirecta es una inversión hecha por un inversionista indirecto. Como el TBI abarca las inversiones indirectas, los inversionistas indirectos están facultados para formular reclamaciones por presuntas violaciones del Tratado con respecto a las inversiones de las que son propietarios indirectos [énfasis añadido]”.³⁸¹ Respecto a la nacionalidad de los inversores sostuvo que “cuando en el TBI se mencionan las inversiones ‘de’ nacionales de la otra Parte Contratante, ello significa que esas inversiones deben pertenecer a dichos nacionales a fin de estar comprendidas en el Tratado. Pero ello no entraña que dichos nacionales deban tener la propiedad directa de esas inversiones. Análogamente, cuando en el TBI se menciona a las inversiones hechas ‘en’ el territorio de una Parte Contratante, todo lo que exige es que el lugar en que se realice la misma inversión se encuentre en ese territorio. Ello no entraña que esas inversiones deban ser hechas ‘directamente’ en dicho territorio”. Así, el tribunal arbitral asintió que las demandantes contaban con *jus standi* para el caso en cuestión.³⁸²

A primera vista extraemos que a pesar de que la controladora original de ambas empresas es Cemex A.A.B de C.V., empresa multinacional mexicana, el tribunal arbitral aceptó su competencia para conocer del caso.

Pero el caso Cemex vs. Venezuela no es el único ejemplo de ese tipo de organizaciones societarias complejas, también en el caso Mobil Corporation vs. Venezuela, del mismo modo que el caso Cemex vs. Venezuela, la controversia versó en el marco de presuntas violaciones al APPRI Venezuela-Países Bajos. Al respecto, el CIADI recibió la solicitud de arbitraje con fecha 6 de septiembre del 2007 contra Venezuela. Dicha solicitud fue presentada por tres compañías estadounidenses, a saber Mobil Corporation (Mobil), Mobil Cerro Negro Holding, Ltd. (Mobil CN Holding) y Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Ltd. (Mobil

³⁸⁰ **CEMEX vs. Venezuela**, decisión a la jurisdicción, párr. 151.

³⁸¹ *Ibidem*, párr. 156.

³⁸² *Ibidem*, párr. 158.

Venezolana Holdings); dos compañías de las Bahamas, a saber Mobil Cerro Negro, Ltd. (Mobil CN) y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. (Mobil Venezolana) y una holandesa, Venezuela Holdings, B.V. (Venezuela Holdings).

En los años noventa se presentó una política de apertura petrolera a la inversión extranjera mediante la cual los inversores extranjeros podían participar en la industria petrolera venezolana. En este contexto se celebró un acuerdo el 28 de octubre de 1997 entre *Lagoven Cerro Negro S.A.* (ahora *PDVSA Cerro Negro, S. A.*, en adelante *PDVSA CN*, una subsidiaria de *PDVSA* y *Veba Oel Venezuela Orinoco GMBH (Veba)*, empresa incorporada en Alemania y Mobil Producción e Industrialización de Venezuela, Inc. (MPIV), una empresa estadounidense incorporada en Delaware, para la producción y extracción de crudo extra pesado en la Faja del Orinoco.³⁸³ En este caso, al igual que en el caso Cemex, Venezuela intentó que el tribunal arbitral declinara su competencia para conocer del caso debido a que después de una reestructuración societaria se creó una pirámide de empresas controladoras unas de otras, teniendo como resultado final el control de dos terceras partes de la asociación Cerro Negro³⁸⁴ y del 50% de los intereses de la asociación de la Ceiba, proyectos objeto de la disputa.³⁸⁵ Relevante al caso es que el control originario de la empresa recaía en manos de la empresa madre *Mobil* (Delaware), con incorporación y control en los Estados Unidos quien realmente ejercía el control sobre el resto de empresas a través de *Venezuela Holdings* (Países Bajos).

En el caso *Mobil vs. Venezuela*, el tribunal arbitral aceptó su jurisdicción con base en el artículo 9 del APPRI Venezuela-Países Bajos³⁸⁶ sobre las

³⁸³ ***Mobil Corporation vs. Venezuela***, decisión a la jurisdicción, párr. 17. En este punto no entraremos al estudio de si un acuerdo de este tipo crea obligaciones internacionales entre el Estado Venezolano y los inversores extranjeros.

³⁸⁴ *Mobil* (Delaware) era accionista del 100% de la nueva empresa, *Venezuela Holdings*, la cual a su vez era propietaria al 100% de *Mobil CN Holding* (Delaware), la que a su vez controlaba al 100% a *Mobil CN* (Bahamas), la que a su vez representaba dos terceras partes de la Asociación Cerro Negro.

³⁸⁵ *Venezuela Holdings* era propietaria al 100% de *Mobil Venezolana Holdings* que a su vez era propietaria al 100% de *Mobil Venezolana* quien finalmente era propietaria al 50% de las acciones de La Ceiba.

³⁸⁶ El artículo 9 (1) y (4) del **APPRI Venezuela-Países Bajos** prevé: “1) Disputes between one Contracting Party and a national of the other Contracting Party concerning an obligation of the

reclamaciones presentadas por *Venezuela Holdings* (Países Bajos), *Mobil CN* y *Mobil Venezolana* (Bahamas) en la medida en que éstas estuvieran basadas en presuntas violaciones al citado APPRI y que dichas violaciones tengan su origen después del 21 de febrero del 2006 para el proyecto Cerro Negro y, después del 23 de noviembre del 2006 para el proyecto de la Ceiba, y en particular en la medida en que éstas se relacionen con las medidas de nacionalización realizadas por el Gobierno venezolano.³⁸⁷ Por otra parte, declinó su jurisdicción para conocer de las pretensiones de *Mobil Corporation* (Delaware) debido a que dicha empresa era de nacionalidad estadounidense.³⁸⁸

Crucial en este caso es que el tribunal arbitral arribó a las conclusiones antes citadas a través de la realización de la prueba de control (*control test*) de la composición accionaria de las empresas subsidiarias en Venezuela que eran controladas al 100% por *Venezuela Holding* (Países Bajos) con base en la definición de inversor contenida en el APPRI Venezuela-Países Bajos en su artículo 1 (b) (ii) y (iii) que a la letra dice:

“Para el propósito de este Acuerdo (...) (b) El término “nacionales” deberá comprender con respecto a cualquier parte Contratante: (...); (ii) personas jurídicas constituidas de conformidad con la ley de esa Parte Contratante; (iii) personas jurídicas no constituidas bajo la ley de esa Parte Contratante, pero controladas, directa o indirectamente, por personas físicas como las definido en (i) o por personas jurídicas como las definidas en (ii) anteriormente”.³⁸⁹

former under this Agreement in relation to an investment of the latter, shall at the request of the national concerned be submitted to the International Centre for Settlement of Investment Disputes, for settlement by arbitration or conciliation under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States opened for signature at Washington on 18 March 1965.

4) Each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of disputes as referred to in Paragraph I of this Article to international arbitration in accordance with the provisions of this Article.”

³⁸⁷ *Mobil Corporation vs. Venezuela*, párrs. 206, 208.

³⁸⁸ *Ibidem*, párr. 207.

³⁸⁹ **APPRI Venezuela-Países Bajos**, artículo 1 (b) (ii) y (iii), cfr. orig. “For the purpose of this Agreement (...) (b) The term ‘nationals’ shall comprise with regard to either Contracting Party: (...); (ii) legal persons constituted under the law of that Contracting Party; (iii) legal persons not constituted under the law of that Contracting Party, but controlled, directly or indirectly, by natural

Hay que recalcar que el tribunal únicamente aplicó este *test* de abajo hacia arriba, es decir, desde las empresas incorporadas en Venezuela hasta la empresa incorporada en Holanda, ahí se detuvo y no siguió probando el control de ésta última empresa hasta llegar a su empresa madre, *Mobil Corporation* (Delaware).

A pesar de que Venezuela intentó desestimar dicho razonamiento a través de la interpretación del artículo 25 (2) del Convenio de Washington,³⁹⁰ el tribunal arbitral recordó que dicho artículo no apoya ni la teoría del control (*control theory*)³⁹¹ ni la de la incorporación (*siège social*)³⁹² sino que deja abierta dicha interpretación a las partes; por ello en este caso fueron las Partes (Venezuela y los Países Bajos) las que decidieron quien sería inversor en los términos del artículo 1 (b) del APPRI Venezuela-Países Bajos.³⁹³

Venezuela intentó desestimar lo antes dicho al hablar del “control genuino” de una empresa, por lo que el APPRI en cuestión no aplicaría, es decir, llamando la atención del tribunal acerca del control real que es ejercido por la empresa madre *Mobil Corporation* (Delaware). Haciendo alusión a lo contenido en el protocolo del mismo APPRI, al artículo 1 (b) (iii), el tribunal realizó dicho *test* pero únicamente a partir de *Venezuela Holdings* (Países Bajos) hacia las empresas que ésta controlaba, no hacia la empresa que controlaba a *Venezuela Holdings* (Países Bajos), es decir, *Mobil Corporation* (Delaware).³⁹⁴

persons as defined in (i) or by legal persons as defined in (ii) above“.

³⁹⁰ **Convenio de Washington** artículo 25 (2) (b)“ (2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”: (...) (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero”.

³⁹¹ La teoría del control, *Kontrolltheorie* o *control theory* de una persona jurídica apoya que la pertenencia social (a la que llamaremos nacionalidad porque la personas jurídicas no tienen nacionalidad sino pertenencia a un Estado) de una empresa está ostentada por el control de sus accionistas; por ejemplo, aunque una persona jurídica haya sido incorporada en el Estado “A”, puede ser que el verdadero control de ella esté ejercida por nacionales (sean personas físicas o jurídicas) del Estado “B”.

³⁹² La teoría de la incorporación societaria, *siège social*, *Sitztheorie* o *Incorporation theory* de una persona jurídica defiende el lugar en que se incorporó una sociedad para determinar su nacionalidad o pertenencia social.

³⁹³ ***Mobil Corporation vs. Venezuela***, párrs. 154-157.

³⁹⁴ *Ibidem*, párrs. 158-161.

Además el tribunal arbitral realizó un análisis de los conceptos de inversión, directa e indirecta, concluyendo que, al igual que el tribunal arbitral en el caso *Cemex vs. Venezuela*, dicha diferencia no estaba contenida en el APPRI Venezuela-Países Bajos.³⁹⁵

Continuó con el análisis de los conceptos de abuso de derechos y ley aplicable e hizo referencia a los conceptos de buena fe, abuso de derecho y abuso de poder; ahora bien, lo relevante a nuestro parecer es la referencia a los casos *Autopista vs. Venezuela*,³⁹⁶ *Tokios Tokelés vs. Ucrania*,³⁹⁷ *Aguas del Tunari vs. Bolivia*³⁹⁸ y *Phoenix vs. República Checa*,³⁹⁹ de este modo concluyó que todos esos casos utilizaron criterios diferentes para determinar si existió o no un abuso de derecho e incluso se citó a Prosper Weil, quien emitió una opinión disidente en el caso *Tokios Tokelés*⁴⁰⁰ y habló del efecto del objeto y propósitos del Convenio de Washington y sobre la preservación de su integridad.⁴⁰¹

No es posible presentar una reclamación dentro del ámbito del Convenio si resulta que el inversor es nacional del Estado Contratante ante el que se presenta ésta. Tal situación contravendría, es decir, violaría el principio básico *ratione personae* previsto en el Convenio de Washington. No hay que olvidar que el Centro se instituyó para dirimir controversias entre un Estado Contratante y nacionales de otro Estado Contratante. Sin embargo, queremos fijar la atención en

³⁹⁵ *Ibidem*, párrs. 162-166.

³⁹⁶ ***Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. vs. Bolivarian Republic of Venezuela***, ICSID Case No. ARB/00/5, decision on Jurisdiction, 27. septiembre 2001, award, 23. Septiembre 2003. También citado como caso ***Autopista vs. Venezuela***, párr. 123-126.

³⁹⁷ ***Tokios Tokelés vs. Ucrania***, ICSID Case No. ARB/02/18, decision on jurisdiction, 29. abril 2004. También citado como caso ***Tokios Tokelés***, párr. 53-56.

³⁹⁸ ***Aguas del Tunari vs. La República de Bolivia***, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Jurisdiction, 21. October 2005. También citado como caso ***Aguas del Tunari vs. Bolivia***, párr. 321.

³⁹⁹ ***Phoenix Action Ltd. Vs. The Czech Republic***, ICSID Case No. ARB/06/5, award, párr. 113.

⁴⁰⁰ ICSID Case No. ARB/02/18, opinión disidente a la decisión a la jurisdicción, Prosper Weil, 29. abril 2004. También citado como caso ***Tokios Tokelés vs. Ucrania***, opinión disidente a la jurisdicción, párr. 23-25.

⁴⁰¹ *Ibidem*, párr. 184.

lo decidido en el caso *Tokios Tokelés vs. Ucrania*⁴⁰² y resaltar la opinión disidente de Prosper Weil emitida al respecto.

En este caso la demandante, Tokios Tokelés, empresa publicitaria incorporada en Lituania en 1989, abrió una subsidiaria en Ucrania en 1994, Taki Spravi, establecida bajo el derecho ucraniano. Tokios Tokelés demandó a Ucrania alegando una serie de medidas que desembocarían en la pérdida de su inversión originadas tras publicar un libro del líder de la oposición ucraniana en el 2002.⁴⁰³ En realidad, la empresa era controlada en un 99% por accionistas ucranianos.⁴⁰⁴

La cuestión era determinar si Tokios Tokelés era considerado inversor en el marco del artículo 25 del Convenio de Washington y del artículo 1 (2) (b) del APPRI Lituania-Ucrania.⁴⁰⁵ El Tribunal arbitral al aplicar la teoría de la incorporación (*incorporation theory*) determinó que sí lo era.⁴⁰⁶ Al respecto sostuvo que la definición de pertenencia de una persona jurídica (*corporate nationality*) en el APPRI Lituania-Ucrania era consistente con el derecho internacional. Recordó que tal y como lo ha decidido la CIJ en el caso Barcelona Traction:

“La regla tradicional atribuye el derecho de protección diplomática a una entidad corporativa al Estado bajo el cual está constituida legalmente y en cuyo territorio tiene su sede oficial. Estos dos criterios han sido confirmados por la práctica y por numerosos instrumentos internacionales”.⁴⁰⁷

⁴⁰² *Tokios Tokelés vs. Ucrania*, decisión a la jurisdicción, párrs. 53-56. En este caso, a pesar de que la mayoría de las acciones de una empresa eran controladas por nacionales del Estado demandado, el tribunal arbitral aceptó su jurisdicción al apoyar la teoría de la incorporación (*incorporation theory*) de la empresa. Cfr. *Tokios Tokelés vs. Ucrania*, opinión disidente a la jurisdicción.

⁴⁰³ *Tokios Tokelés vs. Ucrania*, decisión a la jurisdicción, párr. 3.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, párr. 21.

⁴⁰⁵ Agreement between the Government of Ukraine and the Government of the Republic of Lithuania for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Feb. 8, 1994 (entered into force on Feb. 27, 1995), en adelante **APPRI Lituania-Ucrania**. The Treaty was done in the “Ukrainian, Lithuanian and English languages, both texts being equally authentic. In case of divergence [sic] of interpretation the English text shall prevail.

⁴⁰⁶ *Tokios Tokelés vs. Ucrania*, decisión a la jurisdicción, párr. 71.

⁴⁰⁷ *Barcelona Traction*, Light and Power Company, Limited, (Bélgica vs. España), fallo del 5 de febrero de 1970, párr. 70, cfr. orig. “The traditional rule attributes the right of diplomatic protection of

No obstante lo anterior, el tribunal arbitral omitió citar lo que también agregó la CIJ en el mismo caso:

“

“En efecto, ha sido práctica de algunos Estados otorgar a una compañía constituida de conformidad con su ley protección diplomática exclusivamente cuando tiene su sede (*siège social*) o administración o centro de control en su territorio, o cuando una mayoría o una proporción sustancial de las acciones ha sido propiedad de nacionales del Estado afectado. Solamente entonces, se ha sostenido, que existe ahí entre la corporación y el Estado en cuestión una conexión genuina de tal clase conocida en otras ramas de Derecho Internacional [énfasis añadido]”.⁴⁰⁸

En este sentido la CIJ apoya no únicamente la teoría de la incorporación (*siège social*) para determinar la pertenencia de una persona jurídica a un Estado. También apoya la teoría del control (*control theory*), la cual era relevante para el caso Tokios Tokelés. La finalidad de dichas pruebas debería ser en el sentido de comprobar que efectivamente se trata de una sociedad extranjera, no debiendo tratarse únicamente de una sociedad extranjera ficticia por conveniencia. Es realmente cuestionable calificar a una empresa como extranjera si claramente se puede probar el control nacional al analizar el fondo de la estructura accionaria y de control real de ésta y confirmar que, en efecto, se trata de una empresa nacional.

No obstante, el tribunal arbitral en el caso Tokios Tokelés añadió que de acuerdo a Oppenheim “es usual atribuir una corporación al Estado, bajo cuyo

a corporate entity to the State under the laws of which it is incorporated and in whose territory it has its registered office. These two criteria have been confirmed by long practice and by numerous international instruments”.

⁴⁰⁸ **Barcelona Traction**, Light and Power Company, Limited, (Bélgica vs. España), fallo del 5 de febrero de 1970, párr. 70. “Indeed, it has been the practice of some States to give a company incorporated under their law diplomatic protection solely when it has its seat (*siège social*) or management or centre of control in their territory, or when a majority or a substantial proportion of the shares has been owned by nationals of the State concerned. Only then, it has been held, does there exist between the corporation and the State in question a genuine connection of the kind familiar from other branches of international law [énfasis añadido]”.

derecho ha sido incorporada y al que le debe su existencia jurídica; a ésta condición inicial se añade frecuentemente la necesidad de que la matriz de la corporación, la oficina registrada o su incorporación deba estar en el mismo Estado”.⁴⁰⁹ Así, concluye el tribunal arbitral que el APPRI Lituania-Ucrania utiliza el mismo método para determinar la pertenencia de una corporación como lo hace el derecho internacional consuetudinario.⁴¹⁰ Dicha decisión también es apoyada por algunos autores quienes desvían el punto de atención del caso a cuestiones tales como si el Gobierno ucraniano realizó actos dañinos de desprestigio en contra de la empresa Tokio Tokelés. Actos de desprestigio en contra de una empresa son sin duda deplorables, siempre y cuando realmente lo hayan sido, pero dicho tema nos aleja de la cuestión central del caso Tokios Tokelés que es determinar la nacionalidad de la demandante, por ello, dichos argumentos no justifican de modo alguno la instauración de un tribunal arbitral del CIADI para conocer del caso.⁴¹¹

Contrario a lo decidido por el tribunal arbitral en el caso Tokios Tokelés tenemos la opinión disidente de Prosper Weil, el cual no está de acuerdo con lo fallado por la mayoría del tribunal arbitral, que aceptó a Tokios Tokelés como nacional lituano en el sentido del artículo 25 (1) del Convenio de Washington, ya que en la realidad la empresa estaba controlada al 99% por accionistas ucranianos. En este caso se trata *de facto* de una controversia entre un Estado y sus nacionales. Prosper Weil con razón defiende la naturaleza jurídica del CIADI, estamos de acuerdo en que debe respetarse la finalidad con la que se creó el CIADI.⁴¹² Es claro que con fines estratégicos los inversores ucranianos incorporaron una empresa madre en Lituania, sin embargo, el tribunal arbitral no realizó prueba alguna del origen del capital de la empresa ni tampoco de la composición accionaria de ésta, así que en realidad el tribunal arbitral no comprobó una conexión genuina entre el origen del capital y su composición accionaria con la incorporación de la empresa. Esta falla

⁴⁰⁹ *Oppenheim's International Law*, Jennings, Robert/Watts, Arthur (eds.), 9a. ed., 1996, pags. 859-60, citado en *Tokios Tokelés vs. Ucrania*, decisión a la jurisdicción, párr. 70.

⁴¹⁰ *Tokios Tokelés vs. Ucrania*, decisión a la jurisdicción, párr. 70.

⁴¹¹ Al respecto véase *Alexeyev*, Andriy/Voitovich, Sergiy, “Tokios Tokelés Vector: Jurisdictional Issues in ICSID Case Tokios Tokelés vs. Ukraine”, *JWIT*, vol. 9, nr. 6, diciembre 2008, pag. 519 y ss.

⁴¹² *Tokios Tokelés vs. Ucrania*, opinión disidente a la jurisdicción, párrs. 3, 4, 8, 10-26, 29.

sin duda alguna deja una cicatriz en el sistema del CIADI y nuevamente torna nuestra atención hacia la pertinencia de la creación de un mecanismo de apelación de los laudos arbitrales emitidos por el CIADI.

Prosper Weil con razón añade que “el mecanismo del CIADI y sus recursos no están pensados y no han sido diseñados para permitir a nacionales de un Estado Parte del Convenio del CIADI usar una corporación extranjera, ya sea preexistencia o creada para dicho propósito, con el fin de evadir la jurisdicción de las cortes domésticas y la aplicación de su derecho nacional”.⁴¹³

Un ejemplo aún más escandaloso es el caso *Rompetrol vs. Rumania*,⁴¹⁴ controversia originada en el marco del APPRI Rumania-Países Bajos, el cual nuevamente rompe la línea clara entre las inversiones que deben ser protegidas por el mecanismo del CIADI y las que no.

Esta controversia trata, como en el caso Tokelés, de una empresa incorporada en los Países Bajos cuyo capital de origen, control efectivo y nacionalidad de la mayoría accionaria es de origen rumano. Realmente es momento de aclarar cuál debe ser el papel del CIADI y de los APPRIs. ¿Es realmente finalidad de los APPRIs crear un muro virtual para que los nacionales de cierto país intenten sortear las fallas del sistema judicial interno a través de la incorporación de empresas fantasma en un tercer Estado conveniente para protegerse de su propio sistema jurídico y su derecho nacional? En este punto no queremos ni podemos adentrarnos en el análisis de la efectividad o carencia de la efectividad de los sistemas judiciales nacionales, sino más bien, preguntarnos ¿cuál es la finalidad y principios que deben seguir los árbitros del CIADI?

En efecto existen varias teorías para determinar la nacionalidad de una persona jurídica extranjera, ya las hemos mencionado, la del control (*control theory*), la de

⁴¹³ Cfr. “The ICSID mechanism and remedy are not meant for, and are not to be construed as, allowing (...) nationals of a State party to the ICSID Convention to use a foreign corporation, whether preexistent or created for that purpose, as a means of evading the jurisdiction of their domestic courts and the application of their national law”. *Tokios Tokelés vs. Ucrania*, opinión disidente a la jurisdicción, párr. 30.

⁴¹⁴ *The Rompetrol Group N.V. vs. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, decision on jurisdiction, 18 abril 2008. También citado como caso *Rompetrol vs. Rumania*, decisión a la jurisdicción.

la incorporación (*incorporation theory*), la de la sede (*effective seat o siège réel*), pero, ¿debe conformarse un tribunal arbitral con tomar en cuenta que una empresa fue incorporada en un país diferente al Estado anfitrión sin analizar a fondo la estructura corporativa, procedencia del capital, nacionalidad de los accionistas y control efectivo de la corporación? ¿Realmente queremos un sistema de arbitraje internacional de inversiones que sirva como escudo para proteger a los nacionales de sus propios Estados a través de la creación de una corporación extranjera? A nuestro parecer es un punto muy delicado, cuya respuesta carece de unanimidad.

El caso *Rompetrol vs. Rumania* encierra una alta complejidad corporativa la cual sintetizaremos del siguiente modo:

En 1993 la segunda empresa estatal rumana más grande, Rompetrol S.A., fue privatizada y adquirida por un grupo empresarial encabezado por el señor Patriciu.⁴¹⁵ A partir de entonces se realizaron un sinnúmero de modificaciones corporativas. En septiembre de 1999 el señor Sorin Marin y Dinu Patriciu, ambos de nacionalidad y residencia Rumana, ostentaban cada uno el 32,15% de Rompetrol S.A. y eran accionistas en aproximadamente las mismas proporciones del “Grupul de Societati Rompetrol”. El restante 35,7% estaba en manos de inversores minoritarios.⁴¹⁶

De manera independiente el señor Patriciu fundó en noviembre de 1999 en los Países Bajos una compañía privada de responsabilidad limitada llamada Waverton B.V., la cual cambió de nombre el 18 de abril del 2000 a “The Rompetrol Group B.V.” (TRG B.V.). El 31 de mayo del 2000 TRG B.V. adquirió la propiedad del 84.6% de Rompetrol S.A. y Grupul de Societati Rompetrol.⁴¹⁷

Tras una serie de cambios corporativos, el 28 de mayo del 2002, TRG B.V. cambió su personalidad jurídica de una compañía privada de responsabilidad

⁴¹⁵ *Ibidem*, párr. 33.

⁴¹⁶ *Ibidem*, párr. 36.

⁴¹⁷ *Ibidem*, párrs. 37, 38.

limitada (B.V.) a una compañía pública de responsabilidad limitada (*public limited liability company*), The Rompretrol Group, N.V. (TRG, en adelante).⁴¹⁸

Al 14 de diciembre del 2005, Rompetrol Holding, empresa fundada en Suiza en 1998 por el señor Patriciu, estaba controlada al 80% por éste y al 20% por el señor Patrick Stephenson. Rompetrol Holding a su vez era una empresa controladora al 100% de TRG.⁴¹⁹

El 31 de octubre del 2000 TRG celebró un contrato de adquisición con la entidad rumana de privatización, “State Ownership Fund”, para adquirir y controlar el 50.5% de “Petromidia Rafinare, S.A.”, una empresa petrolera propietaria de una de las refinerías más grandes en Rumania. Además TRG era propietario indirecto de un 27,41% de Petromidia a través de cuatro subsidiarias rumanas en las cuales TRG era accionista mayoritario. Desde el 2003 Petromidia es conocida como Rompetrol Rafinare S.A. (RRC) quien en la actualidad refina aproximadamente 30% de los productos requeridos en Rumania.⁴²⁰

En este complejo tenor se originó la controversia cuando en mayo del 2004 la Oficina Nacional Anticorrupción rumana (la PNA) inició una investigación relativa a la privatización de Petromidia, la cual inició poco después de que fuera adquirida por la demandante. En septiembre del 2004 el caso fue transferido por el PNA a la Oficina de la Fiscalía General (*the General Prosecutor’s Office*, GPO), la cual es competente, entre otras cosas, para investigar presuntos crímenes económicos. Así, en enero del 2005 la GPO abrió una investigación a Rompetrol Rafinare S.A., como parte de esta investigación el señor Patriciu fue detenido por corto tiempo y la investigación sigue activa.⁴²¹

Así, la esencia de la reclamación era determinar si la reclamación presentada ante el CIADI era derivada de una controversia internacional entre un inversor neerlandés y Rumania en el marco del APPRI Rumania-Países Bajos. Según Rumania se trata de una controversia nacional, no internacional, debido a que el

⁴¹⁸ *Ibidem*, párr. 40.

⁴¹⁹ *Ibidem*, párr. 42-43.

⁴²⁰ *Ibidem*, párr. 45, 47.

⁴²¹ *Ibidem*, párr. 48.

señor Patriciu es un nacional y residente rumano, por tanto, la fuente efectiva de todos los fondos que fueron destinados a la compra de la Refinería son rumanos y no internacionales, en consecuencia, según Rumania, el CIADI carece de jurisdicción y el tribunal arbitral de competencia *ratione personae* para conocer del caso.⁴²²

En el caso Rompetrol vs. Rumania es muy claro que el tribunal arbitral determinó a todas luces la nacionalidad holandesa de Rompetrol, basada en una aplicación estricta de lo dispuesto por el artículo 1 (b) del APPRI Rumania-Holanda el cual establece lo siguiente:

“(b) el término ‘inversores’ deberá comprender con respecto a cualquier Parte Contratante:

- i. personas físicas que tengan la ciudadanía o la nacionalidad de tal Parte Contratante de conformidad con sus leyes;
- ii. personas jurídicas constituidas conforme al derecho de esa Parte Contratante;
- iii. personas jurídicas propiedad o controladas, directa o indirectamente, por personas naturales como son definidas en el i, o por personas jurídicas como son definidas en ii arriba”.⁴²³

Para determinar la nacionalidad de Rompetrol el tribunal arbitral aplicó lo dispuesto en el numeral (ii) del artículo 1 (b); ahora bien, sinceramente ante la evidencia clara de que el control efectivo de la empresa, la nacionalidad de los accionistas y el origen del capital evidentemente es rumano, ¿es correcto que el tribunal arbitral cierre los ojos y se limite a mirar el lugar de incorporación de una empresa? Pensamos que casos y decisiones como ésta en realidad están dañando al mecanismo del CIADI y dejan claro que los nacionales de

⁴²² *Ibidem*, párr. 71.

⁴²³ **APPRI Rumania-Holanda**, artículo 1 (b), cfr. orig. “(b) the term ‘investors’ shall comprise with regard to either Contracting Party:

- i. natural persons having the citizenship or the nationality of that Contracting Party in accordance with its laws;
- ii. legal persons constituted under the law of that Contracting Party;
- iii. legal persons owned or controlled, directly or indirectly, by natural persons as defined in i. or by legal persons as defined in ii. above”.

determinados Estados recurren a figuras jurídicas extranjeras para protegerse de su propio Estado; no obstante, esa no es la finalidad con la que el CIADI fue creado. El CIADI no fue creado como escudo de protección supranacional para defender a los nacionales de su propio Estado, no, esa es competencia evidentemente nacional. El CIADI fue creado con la finalidad de dirimir controversias entre inversores extranjeros y Estados anfitriones. En este momento, nos colocamos en la posición defendida por Prosper Weil, quien con toda razón critica lo decidido en el caso Tokelés e invitamos a reflexionar sobre el papel del CIADI; estamos seguros que de existir una instancia de apelación del CIADI estas decisiones serían anuladas.

Sin embargo, y contrario a esta corriente, el tribunal arbitral en el caso *Rompetrol vs. Rumania* rechazó la aplicación de la teoría del control, de la sede efectiva y del origen del capital para determinar la pertenencia o nacionalidad de la demandante y se ciñó a aplicar la interpretación literal del texto del BIT, así añadió:

“El Tribunal en consecuencia encuentra que ni el control corporativo, ni la sede efectiva, ni el origen del capital juegan parte alguna para la determinación de la nacionalidad de conformidad con el APPRI Rumania-Países Bajos, y que la demandante califica como un inversor con derecho a invocar la jurisdicción de este Tribunal en virtud del Artículo 1 (b) (ii) del APPRI”.⁴²⁴

El tribunal arbitral tomó como pilares para determinar su competencia el texto del CIADI y del APPRI, lo cual es correcto y no es la crítica que hacemos al tribunal arbitral, sino su falta de capacidad para mirar detrás de una aplicación literal de lo establecido en el APPRI así lo estableció éste:

“En derecho, la jurisdicción del Tribunal está determinada por los pilares gemelos del Capítulo II del Convenio del CIADI (que, como su

⁴²⁴ *Rompetrol vs. Rumania*, decisión a la jurisdicción, párr. 110, *cfr. orig.*, “the Tribunal accordingly finds that neither corporate control, effective seat, nor origin of capital has any part to play in the ascertainment of nationality under The Netherlands-Romania BIT, and that the Claimant qualifies as an investor entitled to invoke the jurisdiction of this Tribunal by virtue of Article 1 (b) (ii) of the BIT”.

titulo lo indica, establece la jurisdicción del Centro) y el artículo 8 del APPRI Rumania-Países Bajos (que regula la solución de controversias entre una Parte Contratante y un inversor de la otra). Apuntando a su incorporación de conformidad con el derecho de los Países Bajos, la Demandante basa la jurisdicción de este Tribunal en el primer supuesto del artículo 25 (2) (b) del Convenio, que requiere que éste califique como un 'nacional de un Estado Contratante distinto al del Estado parte en la disputa', y en el Artículo 1 (b) (ii) del APPRI".⁴²⁵

Bajo el siguiente tenor el tribunal arbitral calificó a TRG, como inversor extranjero basado en la teoría de la incorporación y rechazó todas las excepciones a la jurisdicción y admisibilidad interpuestas por la demandada, Rumania.⁴²⁶

“Desde el punto de vista del Tribunal, el margen otorgado para definir la nacionalidad para los propósitos del artículo 25 debe estar en su máximo en el contexto de nacionalidad corporativa de conformidad con un APPRI, donde, por definición, esto es las Partes Contratantes del APPRI por sí mismas, teniendo de conformidad con el Derecho Internacional el poder exclusivo para determinar el estatus nacional bajo su propia ley, las que deciden por acuerdo mutuo y recíproco qué personas o entidades serán tratadas como sus 'nacionales' para los propósitos de disfrutar los beneficios que el APPRI tiene intención de conferir. Recurriendo a los conceptos de Derecho Internacional Privado, la Demandada menciona que no hay tal cosa como una 'nacionalidad' de entidades corporativas en el mismo sentido que para las personas físicas. Al tal grado que de ser así, reforzaría el

⁴²⁵ *Ibidem*, párr. 77, *cf. orig.*, “in law, the jurisdiction of the Tribunal is determined by the twin pillars of Chapter II of the ICSID Convention (which, as its heading indicates, establishes the jurisdiction of the Centre) and Article 8 of The Netherlands-Romania BIT (which regulates the settlement of disputes between a Contracting Party and an investor of the other). Pointing to its incorporation under the law of The Netherlands, the Claimant bases this Tribunal’s jurisdiction on the first prong of Article 25 (2) (b) of the Convention, which requires that it qualify as a ‘national of a Contracting State other than the State party to the dispute’, and on Article 1 (b) (ii) of the BIT”.

⁴²⁶ *Ibidem*, párr. 116.

punto: no únicamente cada Parte Contratante tiene la autoridad exclusiva para determinar el status de las entidades jurídicas de conformidad con su propia ley, sino que las Partes Contratantes conjuntamente tienen la autoridad exclusiva para determinar los criterios por los cuales las personas jurídicas con un estatus definido de conformidad con el derecho de cada una de las Partes pueda disfrutar de las protecciones de su APPRI”.⁴²⁷

En consecuencia, rescatamos la importancia de esclarecer, por un lado, bajo qué supuestos, inversores son nacionales de un Estado Contratante diferente al Estado anfitrión, y por otro, en qué casos una persona jurídica es considerada una entidad de Estado, del Estado anfitrión, para cumplir con el requisito *ratione personae* derivado del artículo 25 del Convenio del CIADI,⁴²⁸ esta tarea es fundamental para fortalecer el mecanismo de solución de controversias del CIADI.

cc) Requisito material - inversión (*ratione materiae*)

Otro de los requisitos necesarios para activar el mecanismo del CIADI es cumplir con el requisito *ratione materiae*. Es decir, que debe tratarse de una inversión comprendida por el artículo 25 del Convenio de Washington. A pesar de que el Convenio no contiene una definición de “inversión” dicho concepto es central para éste.

⁴²⁷ *Ibidem*, párr. 81, *cf. orig.*, “in the Tribunal’s view, the latitude granted to define nationality for purposes of Article 25 must be at its greatest in the context of corporate nationality under a BIT, where, by definition, it is the Contracting Parties to the BIT themselves, having under international law the sole power to determine national status under their own law, who decide by mutual and reciprocal agreement which persons or entities will be treated as their ‘nationals’ for the purposes of enjoying the benefits the BIT is intended to confer. Drawing on concepts of private international law, the Respondent says that there is no such thing as a ‘nationality’ of corporate entities in the same sense as for physical persons. To the extent that that were so, it would reinforce the point: not only does each Contracting Party have the sole authority to determine the status of juridical entities under its own law, but the Contracting Parties jointly have the sole authority to determine the criteria by which juridical persons with a defined status under each other’s law may enjoy the protections of their BIT”.

⁴²⁸ Véase **Rodríguez Jiménez, Sonia**, *El Sistema Arbitral del CIADI*, *op. cit.*, pags. 227-376; **Wisner, Robert/Gallus, Nick**: Nationality Requirements in Investor-State Arbitration, *JWIT*, Vol. 5, Nr. 6, December 2004, pag. 927 y ss.

Existen determinados rasgos que caracterizan a las llamadas inversiones extranjeras directas (IED). Ellas envuelven desde el aspecto económico (a) transferencia de fondos, (b) un proyecto a largo plazo, (c) el propósito de un ingreso regular, (d) la participación de una persona transfiriendo los fondos y que dicha persona, por lo menos, participe en la dirección del proyecto, y, (e) un riesgo de negocios. Para que se trate de una inversión extranjera le añadiremos el ingrediente de inversor extranjero. Así este término difiere de las inversiones de portafolio, las cuales no pretenden realizar negocios a largo plazo en un lugar determinado sino únicamente transacciones de carácter especulativo y meras transacciones económicas.⁴²⁹ Las transacciones de naturaleza puramente comercial también quedan fuera de la definición de inversión en el sentido del artículo 25 del Convenio de Washington, tal como sucedió en el caso *Global Trading vs. Ucrania*,⁴³⁰ donde el tribunal arbitral apuntó:

“The Tribunal finds that the foregoing considerations, in and of themselves, are sufficient for it to conclude that the sale and purchase contracts entered into by the Claimants are pure commercial transactions that cannot on any interpretation be considered to constitute ‘investments’ within the meaning of Article 25 of the ICSID Convention”.⁴³¹

Las razones por las que se carece del concepto de “inversión” en el Convenio son múltiples y plausibles.⁴³² Es de extrema complejidad la creación de una definición que abarque todas las inversiones posibles. Aunque se hubiera llegado a un acuerdo respecto a una definición ideal de lo que significa “inversión”, ésta seguramente estaría obsoleta en la actualidad. Así, se optó por delegar a las

⁴²⁹ **Dolzer**, Rudolf/**Schreuer**, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pag. 63.

⁴³⁰ **Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. vs. Ukraine**, ICSID Case No. ARB/09/11, laudo, 1 diciembre 2010. También citado como caso **Global Trading vs. Ucrania**, laudo.

⁴³¹ *Ibidem*, párr. 57.

⁴³² **Schreuer**, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, *op. cit.*, artículo 25, párrs. 80-88.

Partes la determinación del concepto de inversión. Las inversiones en sí y las figuras jurídicas a través de las cuales se materializan son muy dinámicas. Otro punto importante es que un Estado es capaz de modificar una figura jurídica determinada, de modo tal que podría diferir de la definición del tipo de inversión y con ello burlar sus obligaciones internacionales. Este tipo de razonamientos nos llevan a concluir que efectivamente una definición del término inversión representaría en la realidad una limitante práctica para activar el mecanismo del CIADI. Si por el contrario, se intentara realizar una lista exhaustiva de lo que podría ser una inversión seguramente se olvidaría algún supuesto, eso sin contar la creación de nuevas figuras jurídicas las cuales quedarían fuera de la lista.

Así, preferimos ubicarnos en una definición amplia de “inversión”, donde las partes tienen completa libertad para decidir lo que se considera una inversión.⁴³³ El parámetro real de lo que será considerado o no inversión estará contenido en los APPRI, los Contratos de Estado Internacionales, en los Tratados de Libre Comercio o cualquier tipo de Acuerdo Internacional de Inversión que sea pactado por las Partes e incluso en leyes nacionales.

Así, por ejemplo, el artículo 1139 del TLCAN define qué se entiende por inversión y qué se excluye de este concepto.⁴³⁴ En el caso del TLCAN se incluye

⁴³³ **Shihata**, “Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA”, 1 *ICSID Rev-FILJ* 1, 1986, pag. 5; véase también ICSID, Decision on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, AS (Czech Republic) vs. The Slovak Republic*, XXIVa YBCA 44 (1999) 61.

⁴³⁴ **TLCAN**, artículo 1139, “**inversión** significa;

- (a) una empresa;
- (b) acciones de una empresa;
- (c) instrumentos de deuda de una empresa:
 - (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
 - (ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años, pero no incluye una obligación de una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
- (d) un préstamo a una empresa,
 - (i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o
 - (ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
- (e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;

además las definiciones de “inversión de un inversionista de una Parte”⁴³⁵ e “inversionista de una Parte”.⁴³⁶

En el Tratado sobre la Carta de la Energía el concepto de inversión está definido en su artículo 1 (6)⁴³⁷ el cual es muy precavido al no limitar su definición

-
- (f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme al incisos (c) o (d);
 - (g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y
 - (h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a:
 - (i) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o
 - (ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa;

pero inversión no significa:

- (i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:
 - (i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte; o
 - (ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso (d); o
 - (j) cualquier otra reclamación pecuniaria;
- que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos (a) a (h)”.

⁴³⁵ **TLCAN**, artículo 1139, **inversión de un inversionista de una Parte** significa la inversión propiedad o bajo control directo o indirecto de un inversionista de dicha Parte.

⁴³⁶ **TLCAN**, artículo 1139, **inversionista de una Parte** significa una Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión.

⁴³⁷ **ECT**, artículo 1 (6) "Investment means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes:

- (a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges;
- (b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise;
- (c) claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment;
- (d) Intellectual Property;
- (e) Returns;
- (f) any right conferred by law or contract or by virtue of any licenses and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector.

A change in the form in which assets are invested does not affect their character as investments and the term "Investment" includes all investments, whether existing at or made after the later of the date of entry into force of this Treaty for the Contracting Party of the Investor making the investment and that for the Contracting Party in the Area of which the investment is made (hereinafter referred to as the "Effective Date") provided that the Treaty shall only apply to matters affecting such investments after the Effective Date.

de inversión sino dejarla abierta para que cualquier figura jurídica con la que se pretenda modificar el concepto de inversión pueda tener cabida para la aplicación de dicho tratado en el sector energético.

El concepto de inversión contenido en un AI, en Contratos de Estado Internacionales, y en ofertas unilaterales de inversión, tales como leyes nacionales que consideren al CIADI como foro para dirimir controversias, se considera de forma implícita como inversión en el sentido del artículo 25 del Convenio de Washington. Estos documentos contemplan el arbitraje del CIADI como opción para dirimir todo tipo de controversias relacionadas con las inversiones cubiertas por el instrumento legal relevante. Como consecuencia de una definición amplia de "inversión" contenida, por ejemplo, en el NAFTA o en el Tratado sobre la Carta de la Energía, éstas son indirectamente relevantes para determinar qué constituye una inversión para los propósitos del artículo 25 (1) del Convenio de Washington. Al tomar en cuenta el número tan elevado de APPRI existentes, que son más de 2,800, podríamos afirmar que existen variaciones en el concepto de inversión según el caso concreto de APPRI en cuestión. En este sentido, no existen únicamente inversiones directas, que son las que de manera directa ostenta un inversor extranjero, sino que existen además inversiones indirectas.⁴³⁸

Para ejemplificar claramente nuestra idea nos remitimos a lo expuesto por el tribunal arbitral en el caso Siemens vs. Argentina el cual decidió que "a los efectos del Artículo 25(1), una controversia puede surgir directamente de una inversión realizada directa o indirectamente por un inversor. *Si el inversor califica como tal dependerá de la definición de inversor recogida en el tratado o de los términos del contrato de inversión. El requerimiento directo en el Convenio está relacionado*

"Investment" refers to any investment associated with an Economic Activity in the Energy Sector and to investments or classes of investments designated by a Contracting Party in its Area as "Charter efficiency projects" and so notified to the Secretariat".

⁴³⁸ Véase **Gas Natural SDG, S.A. vs. República Argentina**, ICSID Case No. ARB/03/10, decisión a la jurisdicción, 17. Junio 2005. También citado como caso **Gas Natural vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción, párrs. 50-52; **CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina**, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, 17 Julio 2003. También citado como caso **CMS vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción, párr. 68; **Azurix Corp. vs. República Argentina**, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, 8 Diciembre 2003. También citado como caso **Azurix vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción, párrs.65-66.

con la diferencia y no con la cuestión de si el inversor es directo o indirecto [énfasis añadido]”.⁴³⁹

El concepto de inversión puede ser amplio o estricto y cabe destacar los conceptos de inversión directa e indirecta.

En el caso *Cemex vs. Venezuela*⁴⁴⁰ el Gobierno venezolano intentó refutar que las inversiones de las demandantes estuvieran comprendidas por las previstas en el artículo 1 del APPRI Venezuela-Países Bajos. Este caso trata los conceptos de inversión directa e indirecta. El artículo 1 del APPRI en cuestión prevé:

“A los fines del presente Convenio:

- a. El término ‘inversiones’ comprenderá todos los tipos de activos y, de manera más particular pero no exclusiva:
 - i) bienes muebles e inmuebles, así como cualesquiera otros derechos *in rem* sobre todo tipo de activo;
 - ii) derechos derivados de acciones, bonos y demás formas de interés en empresas y sociedades conjuntas;
 - iii) títulos dinero, a otros activos o cualesquiera prestaciones con valor económico;
 - iv) derechos en los campos de propiedad intelectual, procesos técnicos, valor extrínseco (*goodwill*) y conocimientos técnicos (*know-how*);
 - v) derechos otorgados bajo el derecho público, incluyendo derechos para la prospección, exploración, extracción y explotación de recursos naturales”.⁴⁴¹

El tribunal encontró que en la definición de inversión no había ninguna referencia expresa a inversiones indirectas, sino que se trataba de una definición muy amplia que “abarca todos los tipos de activos” y enumeraba categorías

⁴³⁹ ***Siemens vs. República Argentina***, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 03. August 2004. También citado como caso ***Siemens vs. Argentina***, decisión a la jurisdicción, párr. 150.

⁴⁴⁰ ***CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. vs. Bolivarian Republic of Venezuela***, ICSID Case No. ARB/08/15, decisión a la jurisdicción, 30 diciembre 2010. También citado como ***CEMEX vs. Venezuela***, decisión a la jurisdicción, párrs. 146-158.

⁴⁴¹ *Ibidem*, párr. 150.

específicas de inversiones como ejemplos.⁴⁴² Las inversiones definidas en el artículo 1 del APPRI Venezuela- Países Bajos podrían ser directas o indirectas. El tribunal define una inversión indirecta como aquella hecha por un inversor indirecto. Añade que como el APPRI en cuestión abarca inversiones indirectas, los inversores indirectos están facultados para formular reclamaciones por presuntas violaciones al Tratado respecto a las inversiones de las que son propietarios indirectos.⁴⁴³ El tribunal aclara además que cuando en el APPRI se mencionan las inversiones de nacionales de la otra Parte, ello significa que esas inversiones deben pertenecer a dichos nacionales a fin de estar comprendidas en el Tratado en cuestión. Sin embargo, ello no requiere que dichos nacionales deban tener propiedad directa de esas inversiones. De manera análoga, cuando en el APPRI se menciona a las inversiones hechas en el territorio de una de las Partes, todo lo que se exige es que el lugar en que se realice dicha inversión se encuentre justo en el territorio de la Parte contratante, sin suponer que esas inversiones deban ser o no hechas directamente en dicho territorio.⁴⁴⁴ Para Cemex dicho razonamiento fue favorable. En efecto, el término de inversiones e inversores indirectos es frecuentemente incluido en diversos tratados internacionales. En el caso en estudio el tribunal arbitral concluyó que las demandantes tenían *jus standi* y rechazó la excepción a la jurisdicción presentada por Venezuela.⁴⁴⁵

En el caso *Siemens vs. Argentina*⁴⁴⁶ el Tribunal del CIADI observó que:

“no hay ninguna referencia explícita a inversiones directas o indirectas como tales en el Tratado [APPRI Argentina-Alemania]. La definición de ‘inversión’ es muy general. Una inversión es cualquier clase de bien considerado así en virtud de la ley de la Parte Contratante donde la inversión haya sido hecha. Las categorías específicas de inversión incluidas en la definición son incluidas como

⁴⁴² *Ibidem*, párr. 151.

⁴⁴³ *Ibidem*, párr. 156.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, párr. 157.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, párr. 158.

⁴⁴⁶ ***Siemens vs. República Argentina***, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 03. August 2004. También citado como caso ***Siemens vs. Argentina***, decisión a la jurisdicción.

ejemplos y no con el propósito de excluir aquéllas no mencionadas. Los redactores tuvieron la precaución de utilizar las palabras ‘no exclusiva’ antes de referirse a las categorías de inversiones ‘particularmente’ incluidas. Una de las categorías consiste en ‘acciones, derechos de participación en sociedades y otro tipo de participaciones en sociedades’. El sentido claro de esta disposición es que las acciones pertenecientes a un accionista alemán están protegidas por el Tratado. El Tratado no dispone que no haya sociedades interpuestas entre la inversión y quien sea el propietario en última instancia de la sociedad. Por tanto, una lectura literal del Tratado no apoya la alegación de que la definición de inversión excluya inversiones indirectas”.⁴⁴⁷

Como vemos, no será tarea fácil determinar qué es una inversión en el sentido del AIJ relevante al caso; sin embargo, si éste considera al CIADI como foro para dirimir controversia en materia de inversión, la definición de inversión del tratado relevante será determinante para calificarla como tal en el sentido del artículo 25 del Convenio de Washington.⁴⁴⁸

Otro medio que actualmente han utilizado los tribunales arbitrales de CIADI para determinar si se trata o no de una inversión es el conocido *test Salini*,⁴⁴⁹ originalmente utilizado en el caso *Fedax vs. Venezuela*.⁴⁵⁰ Se trata de un *test* en el que se deben cumplir ciertos requisitos para que una inversión sea reconocida como tal, en el sentido del artículo 25 del Convenio de Washington y se realiza de manera accesoria a la definición relevante del APPRI en cuestión. En dicho *test* se toman en cuenta:

- i duración de la inversión (*duration*);

⁴⁴⁷ *Ibidem*, párr. 137.

⁴⁴⁸ Véase **Rodríguez Jiménez, Sonia**, *El Sistema Arbitral del CIADI*, op. cit., pags. 448-495.

⁴⁴⁹ **Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. Kingdom of Morocco**, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 julio 2001. También citado como caso **Salini vs. Marruecos**, decisión a la jurisdicción, párrs. 52, 58.

⁴⁵⁰ **Fedax N.V. vs Venezuela**, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Jurisdiction, 11. July 1997. También citado como caso **Fedax vs. Venezuela**, decisión a la jurisdicción, párrs. 27-29, 32-34, 35-38, 42, 45.

- ii frecuencia de las ganancias y rendimientos (*regularity of profit and return*);
- iii asunción de riesgo (*assumption of risk*);
- iv compromiso sustancial (*substantial commitment*); y
- v relevancia para el desarrollo del Estado anfitrión (*significance for the host State's development*).

El *test* Salini ha tenido relevancia, por ejemplo, en el caso *Biwater vs. Tanzania*⁴⁵¹ en el que se recurrió a éste para determinar si existía o no una inversión en el sentido del artículo 25 del Convenio de Washington;⁴⁵² también fue utilizado dicho *test* en el caso *Malaysian Historical vs. Malasia*⁴⁵³ en el que el Comité *ad hoc* anuló la decisión a la jurisdicción emitida por el tribunal arbitral en la que declinaba su jurisdicción para conocer del caso.⁴⁵⁴ En el caso *Inmaris vs. Ucrania*⁴⁵⁵ el tribunal arbitral también utilizó el *test* Salini para determinar si se trataba de una inversión. Al respecto, el tribunal señaló:

“El *test* Salini podría ser útil en el caso de que un tribunal estuviera preocupado de que la definición de inversión de un APPRI o contrato fuera tan amplia que pudiera parecer capturar una transacción que normalmente no fuera caracterizada como una inversión de conformidad con cualquier definición razonable. Esos elementos podrían ser útiles para identificar aberraciones como éstas”.⁴⁵⁶

⁴⁵¹ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited vs. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, award, 24 julio, 2008. También citado como caso *Biwater vs. Tanzania*, laudo.

⁴⁵² *Ibidem*, párrs. 310, 312-318.

⁴⁵³ *Malaysian Historical Salvors SDN BHD vs. Malaysia*, ICSID Case no. ARB/05/10, award on jurisdiction, 10 mayo 2007. También citado como caso *Malaysian Historical vs. Malasia*, decisión a la jurisdicción; *Malaysian Historical Salvors SDN BHD vs. Malaysia*, ICSID Case no. ARB/05/10, decision on the application for annulment, 16 abril 2009. También citado como caso *Malaysian Historical vs. Malasia*, decisión sobre solicitud de anulación.

⁴⁵⁴ *Malaysian Historical vs. Malasia*, decisión a la jurisdicción, párr. 151; *Malaysian Historical vs. Malasia*, decisión sobre solicitud de anulación, párrs. 79, 80-83.

⁴⁵⁵ *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and others vs. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/8, decision on jurisdiction, 8 marzo 2010. También citado como caso *Inmaris vs. Ucrania*, decisión a la jurisdicción.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, párr. 131, *cf. orig.* “The *Salini* test may be useful in the event that a tribunal were concerned that a BIT or contract definition of investment was so broad that it might appear to

Respecto a la validez de la inversión ha sido confirmado por diversos tribunales arbitrales que será determinado conforme al derecho doméstico sí una inversión ha sido realizada de manera válida. Al respecto, el tribunal arbitral en el caso *Railroad vs. Guatemala* recordó que:

“apoyado en una larga línea casuística, que ‘confiere conforme al derecho doméstico’ no es una característica de la inversión para calificar como tal, pero sí una condición de su validez conforme al derecho doméstico”.⁴⁵⁷

Otro tema del cual dejamos nota es el correspondiente a las pre-inversiones, entendidas éstas como las medidas que se toman previas a la realización de una inversión, tales como estudios de mercado, entre otras, y que han sido motivo de algunas controversias.⁴⁵⁸ Un tópico más controvertido es el referente a supuestas inversiones que se realizan en negocios ilegales. Buen ejemplo de esto es el caso *Anderson vs. Costa Rica*, en el que el inversor pretendió que Costa Rica lo indemnizara por dinero que había invertido en una compañía de inversión ilegal.⁴⁵⁹

b. El procedimiento arbitral del CIADI en breve

El procedimiento de arbitraje del CIADI es similar en muchos aspectos al de otros tipos de arbitraje institucional. Está regulado por el Convenio de Washington y las Reglas de Arbitraje del CIADI en vigor al tiempo que las partes consintieron

capture a transaction that would not normally be characterized as an investment under any reasonable definition. These elements could be useful in identifying such aberrations”. Véase también los párrs. 132-134.

⁴⁵⁷ ***Railroad Development Corporation vs. Republic of Guatemala***, ICSID Case No. ARB/07/23, second decision on objection to jurisdiction, 18 mayo 2010. También citado como caso ***Railroad vs. Guatemala***, segunda decisión a la jurisdicción, párr. 140, *cfr. orig.* “(...) supported by a long line of case law, that ‘conferred pursuant to domestic law’ is not a characteristic of the investment to qualify as such but a condition of its validity under domestic law”; *Salini vs. Marruecos*, decisión a la jurisdicción, párr. 46, el tribunal apuntó “to the validity of the investment and not to its definition. More specifically, it seeks to prevent the Bilateral Treaty from protecting investments that should not be protected, particularly because they would be illegal.”

⁴⁵⁸ Dejamos nota de este tema. El lector podrá profundizar al respecto en **Chatterjee, C.**, “When Pre-Investment or Development Costs May or May Not Be Regarded as Part of “Investment” under Article 25(1) of the ICSID Convention—The *Mihaly Case*”, *JWIT*, vol. 4 nr. 5, 2003, pag. 909 y ss.

⁴⁵⁹ ***Alasdair Ross Anderson and others vs. Republic of Costa Rica***, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, award, 19 mayo 2010. También citado como caso ***Anderson vs. Costa Rica***, párrs. 58, 59.

al arbitraje del Centro.⁴⁶⁰ Ningún derecho nacional es aplicable para el procedimiento. Si las disposiciones procesales contenidas en el Convenio y las reglas de arbitraje no proveyeran solución para determinado problema procesal, el tribunal arbitral posee la facultad de decidir sobre éste, del modo que considere más apropiado.⁴⁶¹

Las disposiciones relevantes del Convenio de Washington contienen un número de normas especiales las cuales se refieren a la composición del tribunal,⁴⁶² los procedimientos, las facultades del tribunal en general⁴⁶³ y la competencia para garantizar medidas provisionales,⁴⁶⁴ así como reglas para determinar el derecho sustantivo aplicable.⁴⁶⁵

aa) Composición del tribunal

Las partes tienen la libertad de nombrar el número de árbitros que deseen. En ausencia de acuerdo al respecto un tribunal de tres miembros resolverá el caso. Cada parte nombrará a un árbitro y el tercero, que presidirá el tribunal, será nombrado de común acuerdo. A falta de acuerdo en común, éste será nombrado por el CIADI. Cualquiera de las partes podrá dirigir una solicitud por escrito al Presidente del Consejo Administrativo, a través del Secretario General, para nombrar al árbitro o árbitros faltantes y para designar a uno de ellos como Presidente del Tribunal.⁴⁶⁶

⁴⁶⁰ **Convenio de Washington**, artículo 44, primera oración.

⁴⁶¹ **Convenio de Washington**, artículo 44, última oración; **Broches**, "Convention on the Settlement of Investment Disputes", *XVIII YBCA* 627 (1993) 676, párr. 136; **Schreuer**, "Commentary on the ICSID Convention", *12 ICSID Rev-FIJL* 365 (1997), pag. 404.

⁴⁶² **Convenio de Washington**, artículos 37-40.

⁴⁶³ Por ejemplo el artículo 41 del **Convenio de Washington** que establece la aplicación del principio *Kompetenz-Kompetenz*, según el cual el tribunal arbitral es competente para resolver sobre su competencia. Además véase otras facultades contenidas en los artículos 41-47 del Convenio.

⁴⁶⁴ **Convenio de Washington**, artículo 47.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, artículo 42.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, artículo 37 (2) (b) en conexión con las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje), Regla No. 3 y 4.

Las partes no están obligadas a designar árbitros de la lista administrada por el CIADI, pero éstos deben cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 39 del Convenio, acorde con el cual, la mayoría de los árbitros deben tener una nacionalidad distinta a la de las partes involucradas en el conflicto. El efecto de esta disposición se pierde si las partes, de común acuerdo, deciden nombrar a todos los miembros del tribunal, en tal caso, los árbitros sí podrán poseer la nacionalidad de las partes.⁴⁶⁷

Si los árbitros no han sido designados dentro de los noventa días después de que haya sido enviada la notificación de arbitraje, o dentro de cualquier periodo acordado por las partes, el CIADI nombrará a los restantes, que no deberán ser nacionales de una de las partes. Para minimizar los procedimientos de nulidad, el CIADI recomienda que el tribunal solicite a las partes confirmar que el tribunal ha sido constituido apropiadamente.⁴⁶⁸

El artículo 14 del Convenio de Washington prevé que los árbitros deben ser personas con alta calidad moral, y tener calificaciones profesionales especiales e inspirar plena confianza en su “imparcialidad de juicio”. La noción de “imparcialidad de juicio” encierra tanto independencia de la parte que lo designó como imparcialidad en su calidad de árbitro.⁴⁶⁹ Las partes en el conflicto son libres para intentar refutar el nombramiento de árbitros, cuando consideren que existe conflicto de intereses de éstos respecto al proceso arbitral en curso que se traduzca en la imparcialidad del árbitro.⁴⁷⁰ Cualquiera de las partes puede recusar al árbitro que no cuente con las cualidades exigidas por el artículo 14 (1) del

⁴⁶⁷ **Parra**, “Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments”, 12 *ICSID Rev-FILJ* 287 (1997) 308.

⁴⁶⁸ **Broches**, “Convention on the Settlement of Investment Disputes”, XVIII YBCA 627 (1993) 663, párr. 101.

⁴⁶⁹ **Broches**, *ibid*, 638, párr. 101. En algunos casos puede existir conflictos como el de presunta falta de neutralidad de los árbitros nombrados en un tribunal arbitral. Para mayor detalle al respecto véase **Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. Argentine Republic**, ICSID Case No. ARB/07/26, Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Profesor Campbell McLachlan, 12 agosto 2010. También citado como caso **Urbaser vs. Argentina**, recusación de árbitro.

⁴⁷⁰ **Convenio de Washington**, artículo 14 en conexión con el artículo 57.

Convenio de Washington de conformidad con el artículo 57 del mismo instrumento.⁴⁷¹ En el caso *Urbaser vs. Argentina* la demandada intentó refutar el nombramiento de uno de los miembros del tribunal arbitral por haber publicado su opinión respecto a temas calificados como “claves” por la República Argentina para su defensa en el caso en cuestión. Se trata de Campbell McLachlan quien externó su opinión respecto a dos temas claves para el caso en una obra académica; el primero, sobre la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a derechos adjetivos, el segundo tema, fue el “estado de necesidad”. Según la demandada, la opinión externada por McLachlan ponía en entredicho su imparcialidad para decidir en el procedimiento en cuestión.⁴⁷²

Los dos árbitros restantes que componían el tribunal decidieron rechazar la propuesta de recusación de Campbell McLachlan como árbitro presentada por las demandantes.⁴⁷³ Así lo decidieron:

“A la luz de los elementos contenidos en las declaraciones del Prof. McLachlan sobre el *rol* de las cláusulas NMF en cuestiones de solución de controversias previstas en un TBI y sobre la base de la confianza que los Dos Miembros tienen en la capacidad del Prof. McLachlan para analizar la cuestión desde una perspectiva más amplia, así como considerando la totalidad de los hechos, las circunstancias y los argumentos planteados por las Partes en el presente procedimiento; los Dos Miembros concluyen que las opiniones académicas del Prof. McLachlan no cumplen con el umbral de apariencia de que no está preparado para escuchar y considerar las posiciones de las Partes con plena independencia e imparcialidad”.⁴⁷⁴

“Esta conclusión implica necesariamente que las declaraciones del Prof. McLachlan en las que se basa la Propuesta de Recusación no

⁴⁷¹ *Urbaser vs. Argentina*, recusación de árbitro, párrs. 34, 36, 43.

⁴⁷² *Ibidem*, párrs. 44-59.

⁴⁷³ *Ibidem*, VI. Conclusión (1).

⁴⁷⁴ *Ibidem*, párr. 58.

indican una carencia ‘manifiesta’ de independencia o imparcialidad, como lo exige el Artículo 57 del Convenio del CIADI”.⁴⁷⁵

También en el caso *Suez/AWG vs. Argentina*,⁴⁷⁶ se intentó recusar a la árbitra Gabrielle Kaufmann-Kohler por presunta falta de independencia o imparcialidad. Sin embargo, dicha solicitud presentada por Argentina fue refutada por los dos miembros restantes del tribunal arbitral.⁴⁷⁷

Finalmente, en caso de requerirse un cambio de árbitro, éste lo puede realizar el resto del tribunal arbitral, o en su defecto, el Centro.⁴⁷⁸

bb) Procedimientos frente al tribunal arbitral

Los procedimientos se inician con la solicitud de arbitraje que debe contener información concerniente al asunto objeto de la diferencia, la identidad de las partes y su consentimiento al arbitraje. La solicitud debe ser presentada ante el Secretario General del CIADI. Como filtro al acceso al CIADI el Secretario General puede rehusarse a registrar la solicitud si, basado en la información proporcionada, la disputa, de forma manifiesta, está fuera de la jurisdicción del Centro (*screaming power*).⁴⁷⁹

Las Reglas de Arbitraje del CIADI prevén dos fases distintas del procedimiento: Procedimiento escrito seguido de procedimiento oral. Después de la constitución del tribunal arbitral, el presidente de éste o el tribunal unitario, debe llamar a una audiencia preliminar para acordar la forma del procedimiento.⁴⁸⁰ Las objeciones a

⁴⁷⁵ *Ibidem*, párr. 59.

⁴⁷⁶ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/19, decisión sobre la propuesta de recusación de un miembro del tribunal de arbitraje, 22 octubre 2007. También citado como caso *Suez/AWG vs. Argentina*, recusación de árbitro.

⁴⁷⁷ *Suez/AWG vs. Argentina*, recusación de árbitro, párr. 43.

⁴⁷⁸ *Convenio de Washington*, Artículo 58.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, artículo 36 (3). Para conocer en detalle sobre los abusos por parte del Secretario General, al momento del registro de una solicitud de arbitraje, que pudieran llegar a darse véase: *Rodríguez Jiménez, Sonia, El Sistema Arbitral del CIADI, op. cit.*, pag. 7 y ss.

⁴⁸⁰ Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (**Reglas de Arbitraje del CIADI**), Regla No. 29, 31, 32.

la jurisdicción del tribunal deben ser presentadas lo antes posible y a más tardar antes de que cierre el procedimiento.⁴⁸¹ Las objeciones a la jurisdicción son generalmente atendidas en un procedimiento especial,⁴⁸² mientras tanto el procedimiento sobre el fondo del asunto será suspendido.⁴⁸³

De conformidad con la Regla 21(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, una de las partes del conflicto podrá solicitar una audiencia preliminar para considerar el objeto de la diferencia con el fin de lograr un avenimiento.

cc) Facultades y funciones del tribunal

El Tribunal resolverá sobre su propia competencia⁴⁸⁴ (principio *Kompetenz-Kompetenz*). El registro de una solicitud de arbitraje ante el Secretario General no influirá en la decisión del tribunal arbitral, es decir, aún si el Secretario General sostuviera que *prima facie* existe un acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral puede concluir lo contrario en otra etapa del procedimiento.⁴⁸⁵ El Tribunal a su discreción puede decidir sobre su jurisdicción como cuestión preliminar o incluirla en la decisión de fondo.⁴⁸⁶ Siguiendo el principio de economía procesal no tiene sentido iniciar un procedimiento costoso, desde el punto de vista económico y temporal, si no se ha determinado de manera definitiva la jurisdicción del tribunal. Si se

⁴⁸¹ *Ibidem*, Regla No. 41(1).

⁴⁸² *Ibidem*, Regla No. 41(3).

⁴⁸³ *Ibidem*, Regla No. 41(4).

⁴⁸⁴ **Convenio de Washington**, artículo 41; **Barceló III**, John J., "Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective", *Vand. J. Transnat'l L.*, 36, 2003, 1115-1136.

⁴⁸⁵ **Reglas de Arbitraje del CIADI**, artículo 41 en conexión con el artículo 41(1) del Convenio de Washington; **Schreuer**, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2001, article 41, pags. 520-548.

⁴⁸⁶ **Reglas de Arbitraje del CIADI**, artículo 41(3). Tal y como sucedió en el caso **Global Trading vs. Ucrania**, cuyo tribunal arbitral decidió en el laudo que no existía controversia en el sentido del artículo 25 y declinó su competencia en el sentido del artículo 41(5) de las **Reglas de Arbitraje del CIADI**, *op. cit. Global Trading vs. Ucrania*, laudo, párrs. 57, 58; **Schreuer**, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2001, article 41, pags. 523-531;

interpusiera una excepción a la jurisdicción automáticamente se suspenderá el procedimiento para que el tribunal arbitral pueda conocer sobre el fondo del asunto.⁴⁸⁷ Es por ello que la mayoría de los tribunales se ocupan de las objeciones a la jurisdicción en una decisión preliminar. Aún así, habrá casos en los que las cuestiones relativas a la jurisdicción no podrán separarse de las del fondo del asunto.⁴⁸⁸

De cualquier forma, una decisión preliminar a la jurisdicción no constituirá un laudo en el sentido del artículo 48, 49, 50, ó 51 del Convenio de Washington y de la Regla de Arbitraje 50 ó 52 del CIADI, las cuales pueden ser objeto de una acción de anulación por separado en el sentido del artículo 52 del Convenio. En *SPP vs. Egipto* el Secretario General en su actuación rechazó la solicitud de anulación interpuesta por Egipto contra la decisión a favor de la jurisdicción del tribunal. El Secretario General se refirió al procedimiento de anulación contra el laudo final para tratar las objeciones a la jurisdicción y exhortó a Egipto para que lo realizara en ese momento. Sin duda, la falta de posibilidad de un remedio inmediato contra la decisión preliminar a favor de la jurisdicción acelerará la emisión de un laudo sobre las cuestiones de fondo del asunto; sin embargo, cabe preguntarnos, si es justo y económico – en tiempo y dinero – que únicamente se pueda anular la decisión sobre la jurisdicción una vez dictado el laudo final. En realidad no debería ser necesario tener que esperar hasta que termine un largo y tedioso proceso para que fuera revisada dicha cuestión esencial.⁴⁸⁹

dd) Derecho aplicable

El derecho aplicable a la sustancia del caso puede ser elegido por las partes. Dicha elección no debe ser expresa o de una forma específica si el tribunal encuentra una evidencia clara del acuerdo de las partes al respecto. El Convenio prevé que en cuestiones de aplicación de derecho sustantivo en primera instancia

⁴⁸⁷ **Reglas de Arbitraje del CIADI**, artículo 41 (3).

⁴⁸⁸ *Global Trading vs. Ucrania*, laudo, párr. 57, 58.

⁴⁸⁹ **Hirsch**, *The Arbitration Mechanism of ICSID*, pag. 46; **Schreuer**, "Commentary on the ICSID Convention", 12 ICSID Rev-FILJ, 1997, pag. 380.

estará a lo acordado por las partes, a falta de acuerdo se aplicará lo dispuesto por la legislación nacional del Estado anfitrión, siempre y cuando dichas disposiciones no trasgredan las normas estándar de derecho internacional. También serán aplicables al caso las normas de Derecho Internacional y de Derecho Internacional Privado.⁴⁹⁰

El Convenio establece además una obligación al Tribunal arbitral para que éste no deje de resolver pretensión alguna so pretexto de oscuridad o silencio de la ley nacional del Estado anfitrión.⁴⁹¹ En dicho caso, el tribunal deberá rescatar los principios de derecho internacional aplicables al caso.

ee) Laudos del CIADI

El laudo dictado por cualquier Tribunal del CIADI deberá resolver sobre todas las cuestiones por mayoría de votos de sus miembros y constar por escrito, incluyendo la firma de los miembros del tribunal que hayan resuelto a su favor artículo 48 (1) y (2) del Convenio. Además es obligatorio que contenga declaración y motivación sobre todas y cada una de las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal.⁴⁹²

Para los casos en que algún miembro del tribunal no haya estado de acuerdo con lo resuelto por la mayoría de los miembros del Tribunal, podrá emitir una opinión disidente en un voto contrario. En todo caso, los miembros del Tribunal podrán formular un voto particular, estén o no de acuerdo con la mayoría.⁴⁹³

El laudo se tendrá por dictado en la fecha en la que el Secretario General remita, que deberá ser inmediatamente, a cada parte una copia certificada del

⁴⁹⁰ **Convenio del Washington**, artículo 42 (1) en conexión con las **Reglas de Arbitraje del CIADI**, artículo 31 (3). Una amplia gama de situaciones controvertidas relacionadas con el derecho aplicable puede encontrarse en **Douglas, Zachary**, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009. pags. 40-133.

⁴⁹¹ **Convenio de Washington**, artículo 42 (2).

⁴⁹² *Ibidem*, artículo 48 (3).

⁴⁹³ *Ibidem*, artículo 48 (4).

laudo.⁴⁹⁴ El Estado y el inversor están obligados a cumplir con lo fallado en el laudo del Tribunal arbitral y las obligaciones jurídicas derivadas de éste.⁴⁹⁵ En caso de no hacerlo se generan dos consecuencias jurídicas: La primera, es el renacimiento de la protección diplomática, suspendido bajo el amparo del artículo 27 del Convenio del CIADI; la segunda, el Estado que incumpla, podrá ser demandado, según lo dispuesto por el artículo 64 del Convenio del CIADI, ante la Corte Internacional de Justicia.⁴⁹⁶

c. Recursos contra un laudo emitido por un tribunal arbitral bajo el CIADI

La autonomía del sistema del CIADI queda consagrada en el artículo 53 del Convenio de Washington al añadir que el laudo arbitral, como anotado en el punto anterior, no puede ser revisado por ningún tribunal local, dicho rasgo marca una diferencia fundamental con el Mecanismo Complementario del CIADI, en cuyo caso los laudos arbitrales sí pueden ser revisados por tribunales locales. Todo Estado Contratante deberá reconocer su carácter obligatorio y contra éste únicamente se admiten los recursos contemplados en el Convenio, a saber: el de rectificación o requerimiento de decisión complementaria (artículo 49 (2) del Convenio), aclaración (artículo 50 del Convenio), revisión (artículo 51 del Convenio) y anulación (artículo 52 del Convenio) del laudo.⁴⁹⁷

aa) Rectificación, aclaración y revisión

Rectificación, aclaración y revisión no son recursos en sentido estricto pues ellos no requieren que sea enviado a otro cuerpo de toma de decisiones para que modifique el laudo, sino que se intentará que sea el mismo tribunal arbitral el que realice las rectificaciones, aclaraciones o revisiones de éste. La rectificación se

⁴⁹⁴ *Ibidem*, artículo 49 (1).

⁴⁹⁵ *Ibidem*, artículo 53 (1).

⁴⁹⁶ **González de Cossío**, Francisco, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2004, pag. 489.

⁴⁹⁷ **Schreuer**, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2001, págs. 828-1075.

llevará a cabo por el tribunal arbitral original.⁴⁹⁸ Las otras dos solicitudes, la aclaración y la revisión, preferentemente deben ser tratadas por el tribunal original, el cual está en la mejor posición para decidir al respecto, pues es el que mejor conoce el caso. Si por cualquier razón el tribunal no estuviese disponible en el momento de interponer cualquiera de estos recursos se puede constituir un tribunal nuevo para tal finalidad. En ambos casos, la ejecución del laudo puede suspenderse mientras la decisión esté pendiente a petición de parte.⁴⁹⁹

La rectificación del laudo sobre errores materiales, aritméticos o similares y la decisión sobre cualquier punto que haya omitido resolver el tribunal, podrá solicitarse dentro de los cuarenta y cinco días después de la fecha en que se dicte el laudo, que será aquella fecha en que éste sea remitido a cada parte en copia certificada.⁵⁰⁰

La solicitud de rectificación debe ser dirigida al Secretario General y debe contener de forma detallada el error que debe ser rectificado o la cuestión que quedó omitida.⁵⁰¹ Así, la rectificación no modificará el fondo del laudo. Sin embargo, el tribunal arbitral debe dar vista a la contraparte al respecto, antes de que sea dictada la resolución a la rectificación del laudo.⁵⁰² Dicha decisión formará parte íntegra de éste, con el efecto de modificar la fecha en que se dictó el laudo por la fecha en que sea rendida la rectificación o complementación.⁵⁰³

La revisión de un laudo arbitral únicamente es posible si es descubierto un hecho por cualquiera de las partes, de tal importancia que hubiera podido influir decisivamente en el sentido del laudo, y que al tiempo de dictarse el mismo hubiere sido desconocido por el tribunal y la parte que solicite la revisión, siempre

⁴⁹⁸ **Convenio de Washington**, artículo 49 (2) en conexión con el artículo 49 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

⁴⁹⁹ **Convenio de Washington**, artículo 50 (2).

⁵⁰⁰ *Ibidem*, artículo 49 (2).

⁵⁰¹ **Reglas de Arbitraje del CIADI**, artículo 49 (1) (c).

⁵⁰² En la apelación contra el laudo AMCO II (no publicado), el Comité *ad hoc* anuló la rectificación al laudo porque el tribunal no le dio vista a la contraparte y con ello negó su oportunidad de ser escuchado al respecto.

⁵⁰³ **Convenio de Washington**, artículo 49 (2).

y cuando su desconocimiento no sea a causa de la negligencia de la parte que lo inste.⁵⁰⁴ La revisión deberá interponerse por escrito al Secretario General dentro de los noventa días siguientes al día en que el hecho fue descubierto (artículo 51 (2) del Convenio) y, en su caso, dentro de los tres años siguientes a la fecha en que se dictó el laudo.⁵⁰⁵ La revisión deberá, en la medida de lo posible, someterse al mismo tribunal arbitral que conoció del caso y de no ser posible, se constituirá un nuevo tribunal arbitral para conocerlo.⁵⁰⁶ Es posible suspender provisionalmente la ejecución del laudo si el tribunal considera que es necesario, hasta que sea resuelta la revisión.⁵⁰⁷

bb) Recurso de anulación

El recurso de anulación previsto por el artículo 52 del Convenio de Washington establece limitativamente las causales por las que el recurso pueda ser interpuesto, dicho precepto establece:

“artículo 52

(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:

- (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
- (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
- (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
- (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o
- (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde”.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, artículo 51 (1).

⁵⁰⁵ **Reglas de Arbitraje del CIADI**, artículo 50 (3) (a).

⁵⁰⁶ **Convenio de Washington**, artículo 51 (3).

⁵⁰⁷ *Ibidem*, artículo 51(4).

A diferencia de otros regímenes de procedimientos arbitrales en donde la revisión de un laudo la lleva a cabo una corte nacional, regularmente, del lugar donde se llevó a cabo el arbitraje, el procedimiento de anulación del CIADI será resuelto por un cuerpo denominado Comité *ad hoc*, el cual se integrará de tres miembros, que serán tres árbitros seleccionados de las Listas por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI.⁵⁰⁸ Para su selección se tendrá la limitante de que ningún miembro del Comité podrá haber pertenecido al tribunal arbitral ni ostentar la nacionalidad de cualquiera de ellos. Tampoco podrá ser nacional de cualquiera de las partes en conflicto, ni haber sido seleccionado para integrar las listas por cualquiera de los Estados relacionados con el conflicto, ni haber actuado como conciliador de la disputa en cuestión.⁵⁰⁹ El Comité quedará oficialmente constituido en la fecha en que el Secretario General notifique a las partes que sus miembros han aceptado el encargo.⁵¹⁰

La solicitud de anulación debe ser presentada dentro de los ciento veinte días siguientes a la fecha en la que se dictó el laudo.⁵¹¹ Si la causa de la acción fuera la corrupción de algún árbitro miembro del tribunal, el término se computará a partir de descubrimiento del hecho,⁵¹² con una limitante temporal de tres años a partir de la fecha en que se dictó el laudo.⁵¹³ El laudo puede ser anulado parcial o totalmente por el Comité *ad hoc*, salvo que la causa sea corrupción en cuyo caso se realizará una anulación total del laudo.⁵¹⁴ Las normas referentes a las facultades del tribunal, al laudo y a la ejecución del laudo, se aplicarán *mutatis*

⁵⁰⁸ *Ibidem*, artículo 52(3). Las reglas específicas sobre como serán integradas las listas y las personas que pueden ser parte de ellas, así como las cualidades y requisitos que éstos deben cumplir y el periodo de permanencia en las listas están previstos en los artículos 12 al 16 del Convenio del CIADI.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, artículo 52 (3).

⁵¹⁰ **Reglas de Arbitraje del CIADI**, Regla No. 52(2).

⁵¹¹ **Convenio de Washington**, artículo 52 (2).

⁵¹² *Ibidem*, artículo 52 (2) en conexión con el inciso (1) (c).

⁵¹³ *Idem*.

⁵¹⁴ **Vives Chillida**, Julio, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, 1998, pag. 201.

mutandi, es decir, de forma análoga al procedimiento tramitado ante el Comité *ad hoc*.⁵¹⁵

La suspensión de la ejecución del laudo podrá solicitarse a petición de parte. La suspensión puede requerirse en la solicitud de anulación o posteriormente. En caso de que se haga junto con la solicitud, el Secretario General notificará a las partes la suspensión provisional junto con el acto de registro, el cual será revisado para su confirmación o levantamiento por el Comité *ad hoc*, previa vista otorgada a la contraparte. Toda suspensión de la ejecución del laudo terminará automáticamente en la fecha en que sea dictada la decisión final.⁵¹⁶ La suspensión puede levantarse en todo momento por el Comité, a petición de parte, siempre y cuando se haya dado vista a la contraparte para que ésta tenga oportunidad para que se hagan presentes sus observaciones. La excepción a la regla se presenta cuando el Comité anule parcialmente el laudo, en cuyo caso, únicamente se suspenderá la parte que no fue anulada del laudo, esto con la finalidad de darle oportunidad a las partes para que soliciten la suspensión de la ejecución ante el nuevo tribunal arbitral que se llegue a formar para conocer del caso, de conformidad con el artículo 52(6) del Convenio y la Regla de Arbitraje número 55(3).

A septiembre del 2011 en treinta y ocho disputas se han interpuesto recursos de anulación. Treinta y un recursos han sido decididos, suspendidos o fueron discontinuados antes de la decisión⁵¹⁷ y siete están pendientes.⁵¹⁸ Los casos más

⁵¹⁵ **Convenio de Washington**, artículo 52(4).

⁵¹⁶ *Ibidem*, artículo 52(5).

⁵¹⁷ Actualizado a septiembre 2011, a saber: ***Amco Asia Corporation and others vs. Republic of Indonesia***, ICSID Case No. ARB/81/1. Primer procedimiento de anulación. *Ad hoc* Committee Decision on the Application for Annulment of May 16, 1986, 25 *ILM* 1439 (1986). Segundo procedimiento de anulación, Decision rejecting the parties' applications for annulment of the Award and annulling the Decision on Supplemental Decisions and Rectification issued on December 17, 1992; ***Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others vs. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais***, ICSID Case No. ARB/81/2, *Ad hoc* Committee Decision on Annulment of May 3, 1985, 114 *Journal du droit international* 163 (1987) (excerpts); English translations of French original in 1 *ICSID Rev.—FILJ* 89 (1986); 11 *Y.B. Com. Arb.* 162 (1986) (excerpts); 2 *ICSID Rep.*95 (1994); 114 *I.L.R.* 243 (1999). Segundo procedimiento de anulación, Decision rejecting the parties' applications for annulment signed by the *ad hoc* Committee on May 17, 1990; ***Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. Arab Republic of Egypt***, ICSID Case No. ARB/84/3, Settlement agreed by the parties and proceeding discontinued at their request

(Order taking note of the discontinuance issued by the Committee on March 9, 1993 pursuant to Arbitration Rule 43(1)); **Maritime International Nominees Establishment vs. Republic of Guinea**, ICSID Case No. ARB/84/4, *Ad hoc* Committee Decision of December 22, 1989, 5 *ICSID Rev.—FILJ* 95 (1990); 5 *Int'l Arb. Rep.*, No. 2, at Sec. E (Feb. 1990); 16 *Y.B. Com. Arb.* 40 (1991) (excerpts); 4 *ICSID Rep.* 79 (1997); French translation of English original in 118 *Journal du droit international* 166 (1991) (excerpts); **Wena Hotels Limited vs. Arab Republic of Egypt**, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Application for Annulment of February 5, 2002, 41 *ILM* 933 (2002); 6 *ICSID Rep.* 129 (2004); French translation of English original in 130 *Journal du droit international* 167 (2003); **Philippe Gruslin vs. Malaysia**, ICSID Case No. ARB/99/3, Proceeding discontinued for lack of payment of advances pursuant to Administrative and Financial Regulation 14 (3) (d). (Order for the discontinuance of the proceeding issued by the *ad hoc* Committee on April 2, 2002); **Patrick Mitchell vs. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/99/7**, Decision on the Application for the Annulment of the Award issued on November 1, 2006; **Consortium R.F.C.C. vs. Kingdom of Morocco**, ICSID Case No. ARB/00/6), Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment of Consortium R.F.C.C. rendered on January 18, 2006; **MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7**, *Ad hoc* Committee's Decision on the Respondent's Request for a Continued Stay of Execution of June 1, 2005, 20 *ICSID Rev.—FILJ* 615 (2005); **CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8**, *decisión sobre anulación, 25 de septiembre 2007. También citado como: caso CMS vs. Argentina, decisión sobre anulación.*; **Repsol YPF Ecuador S.A. vs. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)**, ICSID Case No. ARB/01/10, Decision on the Application for Annulment issued on January 8, 2007; **Hussein Nuaman Soufraki vs. United Arab Emirates**, ICSID Case No. ARB/02/7, Decision on the Application for the Annulment of the Award issued on June 5, 2007; attached to the decision is a dissenting opinion by one of the committee members. Decision on the rectification of the *ad hoc* Committee's decision of June 5, 2007 issued on August 13, 2007; **CDC Group plc vs. Republic of Seychelles**, ICSID Case No. ARB/02/14, Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment of the Republic of the Seychelles issued on June 29, 2005; **Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. vs. Republic of Peru**, ICSID Case No. ARB/03/4, Decision on the Application for the Annulment of the Award issued on September 5, 2007; attached to the Decision is a Dissenting Opinion by one of the Committee members; **Joy Mining Machinery Limited vs. Arab Republic of Egypt**, ICSID Case No. ARB/03/11, settlement agreed by the parties and proceeding discontinued at their request (Order taking note of the discontinuance issued by the Tribunal on December 16, 2005 pursuant to Arbitration Rule 43(1)); **Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. vs. Argentine Republic**, ICSID Case No. ARB/97/3, procedimiento de anulación al segundo laudo, decisión sobre anulación, 10 de agosto 2010, el Comité *ad hoc* decide rechazar la Solicitud de Anulación del Segundo Laudo emitido por el Segundo Tribunal el 20 de agosto de 2007, presentada por Argentina; **Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. vs. Argentine Republic**, ICSID Case No. ARB/01/3, decisión a la solicitud de anulación, 30 de Julio 2010; **Azurix Corp. vs. Argentine Republic**, ICSID Case No. ARB/01/12, decisión a la solicitud de anulación, 1 de septiembre del 2009, el Comité *ad hoc* rechazó la solicitud de anulación; **LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. vs. Argentine Republic**, ICSID Case No. ARB/02/1, registro de inicio del procedimiento de anulación del laudo el 19 de septiembre del 2008, suspensión de procedimiento por acuerdo de las partes el 23 de noviembre del 2010; **Siemens A.G. vs. Argentine Republic**, ICSID Case No. ARB/02/8, registro de inicio del procedimiento de anulación del laudo el 16 julio 2007, procedimiento suspendido de conformidad con la regla de arbitraje del CIADI no. 43(1) el 28 de septiembre del 2009; **Sempra Energy International vs. Argentine Republic**, ICSID Case No. ARB/02/16, decisión a la solicitud de anulación, 29 de junio 2010, se anuló el laudo del 28 de septiembre 2007; **Ahmonseto, Inc. and others vs. Arab Republic of Egypt**, ICSID Case No. ARB/02/15, registro de inicio del procedimiento de anulación del laudo el 2 de noviembre del 2007, el 13 de octubre del 2010 el Comité *ad hoc* dicta procedimiento descontinuado por falta de pago solicitados; **M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc. vs. Republic of Ecuador**, ICSID Case No. ARB/03/6, decisión a la solicitud de anulación, 19 de octubre 2009, solicitud de anulación rechazada; **Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide vs. Republic of the Philippines**,

famosos en los que se ha interpuesto el recurso de anulación son Klöckner vs. Camerún,⁵¹⁹ Amco vs. Indonesia⁵²⁰ y Vivendi vs. Argentina.⁵²¹ Sin embargo, a partir del año 2006 es conveniente repasar la tendencia de las resoluciones. Para ello encuadraremos los casos en cinco grupos. (1) El primero de ellos lo integran los casos en los que se suspendió o discontinuó el procedimiento por falta de

ICSID Case No. ARB/03/25, decisión a la solicitud de anulación, 23 de diciembre 2010, decisión no pública; **Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais vs. Gabonese Republic**, ICSID Case No. ARB/04/5, decisión a la solicitud de anulación, 11 de mayo 2010, decisión no pública; **Sociedad Anónima Eduardo Vieira vs. República de Chile**, Caso CIADI No. ARB/04/7, decisión sobre la solicitud de anulación, 10 diciembre 2010; **Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD vs. Malaysia**, ICSID Case No. ARB/05/10, decisión sobre la solicitud de anulación, 16 de abril 2009; **Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. vs. Republic of Kazakhstan**, ICSID Case No. ARB/05/16, decision no pública; **Helnan International Hotels A/S vs. Arab Republic of Egypt**, ICSID Case No. ARB/05/19, decisión sobre la solicitud de anulación, 14 de junio 2010; **LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. vs. República de Argentina**, ICSID Case No. ARB/02/1, laudo 25 de julio 2007, registro de inicio de procedimiento de anulación 19 de septiembre 2008; **Continental Casualty Company vs. República Argentina**, ICSID Case No. ARB/03/9, laudo 5 de septiembre 2008, decisión sobre la solicitud de anulación, 6 de septiembre del 2011, el tribunal rechazó la solicitud.

⁵¹⁸ Actualizado a enero 2011, a saber: **Togo Electricité and GDF-Suez Energie Services vs. República de Togo**, ICSID Case No. ARB/06/7, laudo 10 de agosto 2010, registro de inicio del procedimiento de anulación el 4 de noviembre 2010; **ATA Construction, Industrial and Trading Company vs. Hashemite Kingdom of Jordan**, ICSID Case No. ARB/08/2, laudo 18 de mayo 2010, registro de inicio del procedimiento de anulación 27 de septiembre 2010; **Ron Fuchs vs. Georgia**, ICSID Case No. ARB/07/15, laudo 3 marzo 2010, registro de inicio del procedimiento de anulación 16 de julio 2010; **Ioannis Kardassopoulos vs. Georgia**, ICSID Case No. ARB/05/18, laudo 3 de marzo 2010, registro de inicio del procedimiento de anulación 16 de julio 2010; **RSM Production Corporation vs. Grenada**, ICSID Case No. ARB/05/14, laudo 13 de marzo 2009, registro de inicio de procedimiento de anulación 10 de julio 2009; **Victor Pey Casado and President Allende Foundation vs. Republic of Chile**, ICSID Case No. ARB/98/2, laudo 8 de mayo 2008, registro de inicio de procedimiento de anulación 6 de julio 2009; **Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. vs. República de Perú**, ICSID Case No. ARB/03/28, laudo 18 agosto 2008, registro de inicio de procedimiento de anulación 24 de siembre 2008.

⁵¹⁹ **Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others vs. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais**, ICSID Case No. ARB/81/2, primera decisión sobre anulación del 3 de mayo de 1985; segunda decisión sobre anulación 17 de mayo 1990, ICSID Reports, vol. 1, 1993, pag. 509 y ss.

⁵²⁰ **Amco Asia Corporation and others vs. Republic of Indonesia**, ICSID Case No. ARB/81/1, primera decisión de anulación 16 de mayo de 1986; segunda decisión sobre anulación 17 de diciembre de 1992, ICSID Reports, vol. 2, 1994, pp. 95 y ss. Para conocer al detalle los casos Klöckner y Amco se recomienda consultar **Vives Chillida**, Julio, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, pag. 202-211.

⁵²¹ **Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal vs. Argentine Republic** ICSID Case No. ARB/97/3, **Vivendi vs. Argentina**, decisión de anulación 3 de julio de 2002, ICSID Reports, vol. 5, 2002, pag. 296 y ss.; segundo laudo 20 de agosto de 2007. En el caso se anuló parcialmente el laudo; **Suarez Anzorena**, Carlos Ignacio, "Vivendi v. Argentina: on the Admissibility of Request for Partial Annulment and the Ground of a Manifest Excess of Powers", *Annulment of ICSID Awards*, IAI International Arbitration Series No. 1, Washington, D.C., 2004.

pago de las partes, por lo general, de los gastos procesales del Centro así como de los honorarios de los miembros del Comité *ad hoc*. En este grupo está el caso *Ahmonseto, Inc. and others vs. Egipto*.⁵²² (2) Un segundo grupo lo integran los casos que se suspendieron por acuerdo de las partes, en este grupo están los casos *Joy Mining Machinery Limited vs. Egipto*,⁵²³ *Siemens A.G. vs. Argentina*⁵²⁴ y *LG&E Energy Corp. et al. vs. Argentina*.⁵²⁵ (3) Un tercer grupo lo integran los casos en los que se negó la anulación parcial o total del laudo recurrido, tales fueron los casos *Repsol vs. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*,⁵²⁶ *Soufraki vs. Emiratos Árabes Unidos*,⁵²⁷ *Vivendi vs. Argentina*,⁵²⁸ *Azurix vs. Argentina*,⁵²⁹ *M.C.I. Power Group et al. vs. Ecuador*,⁵³⁰

⁵²² ***Ahmonseto, Inc. and others vs. Arab Republic of Egypt***, ICSID Case No. ARB/02/15, registro de inicio del procedimiento de anulación del laudo el 2 de noviembre del 2007, el 13 de octubre del 2010 el Comité *ad hoc* dicta procedimiento descontinuado por falta de pago de costos del Centro solicitados.

⁵²³ ***Joy Mining Machinery Limited vs. Arab Republic of Egypt***, ICSID Case No. ARB/03/11, arreglo alcanzado por las partes y procedimiento descontinuado (Order taking note of the discontinuance issued by the Tribunal on December 16, 2005 pursuant to Arbitration Rule 43 (1)).

⁵²⁴ ***Siemens A.G. vs. Argentine Republic***, ICSID Case No. ARB/02/8, registro de inicio del procedimiento de anulación del laudo el 16 julio 2007, procedimiento suspendido de conformidad con la regla de arbitraje del CIADI no. 43 (1) el 28 de septiembre del 2009.

⁵²⁵ ***LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. vs. República de Argentina***, ICSID Case No. ARB/02/1, laudo 25 de julio 2007, registro de inicio de procedimiento de anulación 19 de septiembre 2008. Procedimiento suspendido por acuerdo de las partes el 23 de noviembre del 2010.

⁵²⁶ ***Repsol YPF Ecuador S.A. vs. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)***, ICSID Case No. ARB/01/10, Decision on the Application for Annulment issued on January 8, 2007; Solicitud de anulación rechazada.

⁵²⁷ ***Hussein Nuaman Soufraki vs. United Arab Emirates***, ICSID Case No. ARB/02/7; Decision on the Application for the Annulment of the Award issued on June 5, 2007. Decision on the rectification of the *ad hoc* Committee's decision of June 5, 2007 issued on August 13, 2007; Solicitud de anulación rechazada.

⁵²⁸ ***Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. vs. Argentine Republic***, ICSID Case No. ARB/97/3, procedimiento de anulación al segundo laudo, decisión sobre la solicitud de anulación, 10 de agosto 2010, el Comité *ad hoc* decidió rechazar la Solicitud de Anulación del Segundo Laudo emitido por el Segundo Tribunal el 20 de agosto de 2007, presentada por Argentina. En el Caso *Vivendi vs. Argentina*, se dictó un primer laudo con fecha 21 de noviembre del 2000, el cual fue parcialmente anulado con la decisión de fecha 3 de julio del 2002. Un nuevo laudo fue dictado el 20 de agosto de 2007.

⁵²⁹ ***Azurix Corp. vs. Argentine Republic***, ICSID Case No. ARB/01/12, decisión a la solicitud de anulación, 1 de septiembre del 2009, el Comité *ad hoc* rechazó la solicitud de anulación y condenó al Gobierno argentino al pago de los gastos relacionados con el Centro, incluidos los honorarios de los miembros del Comité.

Eduardo Vieira vs. Chile,⁵³¹ Rumeli Telekom *et al.* vs. Kazajstán⁵³² y Continental Casualty Company vs. Argentina.⁵³³ (4) En un cuarto grupo integraremos los laudos no públicos, los cuales se perderán en las estadísticas del Centro al no dar a conocer su contenido. En este grupo se encuentran Consortium R.F.C.C. vs. Marruecos,⁵³⁴ Fraport AG Frankfurt Airport vs. Filipinas⁵³⁵ y Chemin de Fer Transgabonais vs. República Gabonesa.⁵³⁶ (5) Así, el rubro más interesante lo integran aquellos casos en los que se decidió la anulación parcial o total del laudo recurrido o en su caso la suspensión de los efectos de éste. Se trata de los casos Patrick Mitchell vs. Congo,⁵³⁷ CMS vs. Argentina,⁵³⁸ Empresas Lucchetti *et al.* vs. Perú,⁵³⁹ Enron *et al.* vs. Argentina,⁵⁴⁰ Sempra Energy International vs.

⁵³⁰ ***M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc. vs. Republic of Ecuador***, ICSID Case No. ARB/03/6, decisión sobre la solicitud de anulación, 19 de octubre 2009, solicitud de anulación rechazada.

⁵³¹ ***Sociedad Anónima Eduardo Vieira vs. República de Chile***, Caso CIADI No. ARB/04/7, decisión sobre la solicitud de anulación, 10 diciembre 2010, se rechazó en su totalidad la solicitud de anulación interpuesta por Vieira, pues éste no logró probar ninguna falta grave de procedimiento de conformidad con el artículo 52 del Convenio de Washington y se condenó a éste al pago de las costas de los miembros del Comité y los gastos administrativos del CIADI.

⁵³² ***Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. vs. Republic of Kazakhstan***, ICSID Case No. ARB/05/16, decisión sobre la solicitud de anulación, 25 marzo 2010, decisión no pública.

⁵³³ ***Continental Casualty Company vs. República Argentina***, ICSID Case No. ARB/03/9, laudo 5 de septiembre 2008, decisión sobre solicitud de anulación, 6 de septiembre del 2011.

⁵³⁴ ***Consortium R.F.C.C. vs. Kingdom of Morocco***, ICSID Case No. ARB/00/6, Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment of Consortium R.F.C.C. rendered on January 18, 2006, decisión no pública.

⁵³⁵ ***Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide vs. Republic of the Philippines***, ICSID Case No. ARB/03/25, decisión sobre la solicitud de anulación, 23 de diciembre 2010, decisión no pública.

⁵³⁶ ***Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais vs. Gabonese Republic***, ICSID Case No. ARB/04/5, decisión sobre la solicitud de anulación, 11 de mayo 2010, decisión no pública.

⁵³⁷ ***Patrick Mitchell vs. Democratic Republic of the Congo***, ICSID Case No. ARB/99/7, laudo 9 de febrero 2004, Decision on the Application for the Annulment of the Award issued on November 1, 2006.

⁵³⁸ ***CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina***, ICSID Case No. ARB/01/8, decisión sobre anulación, 25 de septiembre 2007. También citado como: caso ***CMS vs. Argentina***, decisión sobre anulación.

⁵³⁹ ***Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. vs. Republic of Peru***, ICSID Case No. ARB/03/4, Decision on the Application for the Annulment of the Award issued on September 5, 2007; attached to the Decision is a Dissenting Opinion by one of the Committee members, Decision on the Rectification of the Decision on Annulment of the *Ad Hoc* Committee (November 30, 2007).

⁵⁴⁰ ***Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. vs. Argentine Republic***, ICSID Case No.

Argentina,⁵⁴¹ *Malaysian Historical et al. vs. Malasia*,⁵⁴² y *Helnan International vs. Egipto*.⁵⁴³

d. Reconocimiento y ejecución de los Laudos de un tribunal arbitral del CIADI

Nuevamente queremos hacer hincapié en las bondades del procedimiento arbitral del CIADI en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados por tribunales arbitrales formados bajo el amparo del Centro. En este sentido cabe resaltar la autonomía del laudo CIADI, esto es, de conformidad con el artículo 53 del Convenio, el laudo es obligatorio y no puede ser objeto de apelación ni cualquier otro recurso excepto por los contemplados en el Convenio y que son los previstos por los artículos 50, 51 y 52 y la rectificación del laudo prevista en el artículo 49(2), los cuales hemos analizado en el punto anterior. Recordamos que la consecuencia de lo anteriormente citado, en el marco del Convenio de Washington, es la imposibilidad de cualquier tribunal local de conocer del laudo para su apelación, ya sea para su revisión o anulación. Por lo tanto, un laudo arbitral dictado por un tribunal del CIADI es *res judicata*, siempre y cuando no exista recurso alguno en su contra de los contemplados por el Convenio.⁵⁴⁴ Los Estados contratantes del CIADI se obligan a reconocer el carácter obligatorio del laudo y lo reconocerán como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado y en caso de que éste tenga una organización federal, se podrán utilizar los tribunales federales para ejecutar dicho laudo

ARB/01/3, decisión sobre la solicitud de anulación, 30 de Julio 2010.

⁵⁴¹ ***Sempra Energy International vs. Argentine Republic***, ICSID Case No. ARB/02/16, decisión sobre la solicitud de anulación, 29 de junio 2010, se anuló el laudo del 28 de septiembre 2007.

⁵⁴² ***Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD vs. Malaysia***, ICSID Case No. ARB/05/10, decisión sobre la solicitud de anulación, 16 de abril 2009, se dictó la anulación de la decisión a la jurisdicción del 17 de mayo de 2007.

⁵⁴³ ***Helnan International Hotels A/S vs. Arab Republic of Egypt***, ICSID Case No. ARB/05/19, decisión sobre la solicitud de anulación, 14 de junio 2010, el comité anuló parcialmente el laudo arbitral del 3 de julio del 2008.

⁵⁴⁴ **Orlu Nmehielle, Vicent O.**, "Enforcing Arbitration Awards under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention)", *Annual survey of international & comparative law*, tomo 7, 1, 2001, pags. 29-31.

(artículo 54 (1) del Convenio). Las normas aplicables a la ejecución de la sentencia serán aquellas vigentes dentro del territorio del Estado contratante en el cual se deba ejecutar el laudo (artículo 54(3) del Convenio). Para ello, la parte que inste a su reconocimiento deberá presentar una copia certificada por el Secretario General del laudo en cuestión ante los tribunales competentes o cualquier otra autoridad competente en la cuestión, que haya sido notificada al Secretario General por el Estado Contratante.

El punto más fuerte y regla no escrita del porqué los laudos del CIADI son tan efectivos hasta el momento, es, a nuestro parecer, una respuesta política. No hay que olvidar que el CIADI es un miembro del Grupo del Banco Mundial y que éste tiene todo su apoyo. Seguramente a los Estados no les gustará recibir medidas represivas en la adjudicación de créditos del Banco Mundial si éstos se niegan a ejecutar un laudo del Centro o de su Mecanismo Complementario. Así que podemos decir que el Centro tiene el apoyo de su “hermano mayor” para hacer presión política e intimidar a los Estados incumplidos. La coacción no escrita en este sentido, es un muy buen punto a favor del Sistema del CIADI, además de que los Estados tratan de cuidar su imagen y prestigio internacional.

2. El procedimiento arbitral bajo el Mecanismo Complementario del CIADI (ICSID Additional Facility)

El Mecanismo Complementario y su Reglamento (Reglamento del Mecanismo Complementario, en adelante) fueron creados en 1978 para proveer un mecanismo de solución de conflictos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI.⁵⁴⁵ De conformidad con el artículo 2 (a) del Reglamento del Mecanismo Complementario, la jurisdicción requiere que una de las partes, ya sea el Estado o el inversor, sea un Estado Contratante del Convenio del CIADI o sea nacional de uno de ellos. El

⁵⁴⁵ Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. En adelante **Reglamento del Mecanismo Complementario**.

tipo de diferencia debe ser de naturaleza jurídica y puede⁵⁴⁶ o no⁵⁴⁷ derivarse directamente de una inversión. En caso de que la controversia no se origine de una inversión, ésta deberá tratarse de una transacción que vaya más allá de una simple relación comercial ordinaria.⁵⁴⁸

El Reglamento del Mecanismo Complementario incluye un Reglamento principal que regula el Mecanismo Complementario y tres Anexos: el Reglamento de Comprobación de Hechos (Anexo A), el Reglamento de Conciliación (Anexo B) y el Reglamento de Arbitraje (Anexo C). El 29 de septiembre de 2002, el Consejo Administrativo aprobó las enmiendas al Reglamento del Mecanismo Complementario. Las enmiendas entraron en vigor el 1 de enero de 2003. Objeto de estudio del presente punto será, además del Reglamento del Mecanismo Complementario, el Reglamento de Arbitraje.

El Reglamento del Mecanismo Complementario establece que ninguna de las disposiciones del Convenio del CIADI será aplicable a los procedimientos y laudos contemplados por el Mecanismo.⁵⁴⁹ El Mecanismo se compone de una serie de reglas basadas en las Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI, de disposiciones de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI y del Reglamento de la Cámara Internacional de Comercio.

El Mecanismo se asemeja más a otros tipos de arbitraje institucional que al del Convenio del CIADI, en el sentido de que los laudos pronunciados bajo las Reglas del Mecanismo Complementario son sujetos de revisión y en su caso anulación, por lo tanto, es posible modificar su sentido por los tribunales nacionales del lugar donde se llevó a cabo el arbitraje.⁵⁵⁰ No son aplicables el mecanismo de revisión y anulación del Convenio del CIADI. Además, los laudos emitidos no tendrán el

⁵⁴⁶ *Ibidem*, artículo 2(a).

⁵⁴⁷ *Ibidem*, artículo 2(b).

⁵⁴⁸ *Ibidem*, artículo 2(b) en conexión con artículo 4(3).

⁵⁴⁹ *Ibidem*, artículo 3.

⁵⁵⁰ Como ejemplo tenemos la anulación parcial de la sentencia fallada por la Suprema Corte de British Columbia, 2001 BCSC 664, de un laudo pronunciado en un procedimiento basado en el NAFTA. **Estados Unidos Mexicanos vs. Metalclad Corporation**, 40 ILM 36 (2001).

carácter de sentencia firme, como sí es el caso de los laudos emitidos según el Convenio de Washington (artículo 54 (1) del Convenio del CIADI). En este sentido, su reconocimiento y ejecución se realizan con base en la Convención de Nueva York,⁵⁵¹ por ello, y para asegurar el reconocimiento y cumplimiento de los laudos, el procedimiento de arbitraje únicamente puede llevarse a cabo en un Estado Miembro de dicha Convención.⁵⁵²

Por ejemplo, en el caso *Metalclad*,⁵⁵³ controversia que versó entre Metalclad Corporation, empresa norteamericana y México. Metalclad presentó una demanda contra México alegando que no obstante que contaba con una autorización del Gobierno Federal mexicano respecto de la instalación de un confinamiento de residuos peligrosos en “La Pedrera”, situado en el Estado de San Luis Potosí, el Gobierno del Estado y el municipio de Guadalcázar le impidieron instalar dicho confinamiento, por lo que la empresa instauró una demanda contra México y solicitó una indemnización que ascendía a la cantidad de 120 millones de dólares alegando violaciones a los principios de trato nacional, trato de la nación más favorecida, conforme al derecho internacional, violación a la prohibición de imponer requisitos de desempeño y actos equivalentes a la expropiación. El tribunal aceptó el alegato de Metalclad respecto a que éste había confiado en las afirmaciones de las autoridades federales para construir sin necesidad de contar con un permiso municipal, y que, en cualquier caso, el permiso municipal constituía una mera formalidad. El tribunal afirmó que los actos de la entidad eran equivalentes a la expropiación, así que condenó a México a pagar indemnización a Metalclad. México impugnó el laudo en un procedimiento de nulidad ante los tribunales de British Columbia, Vancouver, Canadá. Dicho recurso es de carácter extraordinario el cual puede ser sustentado debido a la presencia de exceso de competencia o irregularidades graves en la actuación de

⁵⁵¹ Convención de las Naciones Unidas para el reconocimiento y ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros del 10 de junio de 1958. En adelante citada como **Convención de Nueva York**.

⁵⁵² *Idem*.

⁵⁵³ ***Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos***, CIADI, CASO No. ARB(AF)/97/1, laudo, 30 agosto 2000. También citado como caso ***Metalclad; United Mexican States vs. Metalclad Corporation***, laudo.

un tribunal arbitral. La norma de revisión que utilizan los tribunales ordinarios suele ser más elevada con el fin de respetar el acuerdo de las partes para arbitrar, así como el carácter predecible de la resolución de disputas en el sistema comercial internacional. No obstante, la Suprema Corte de la Columbia Británica anuló parcialmente el fallo del caso Metalclad.⁵⁵⁴ La Corte convino con México que el tribunal arbitral había interpretado y aplicado las normas de transparencia municipal y que el procedimiento para solicitarlo constituirían una infracción a la obligación de brindar un trato acorde con el Derecho Internacional (artículo 1105 TLCAN), cuando el tribunal debió haber aplicado únicamente las disposiciones contenidas en el Capítulo XI. Después de dicho proceder el tribunal arbitral había utilizado dicha conclusión como parte de su argumento para resolver que México había llevado a cabo actos equivalentes a una expropiación en contra de Metalclad, sin haberle otorgado indemnización alguna de conformidad con el artículo 1110 del TLCAN. México no logró impugnar exitosamente lo fallado por el tribunal respecto de violaciones a los artículos 1105 y 1110 del TLCAN.⁵⁵⁵ Sin embargo, el decreto ecológico fue reconocido como medida equivalente a la expropiación y la Corte fijó la fecha de su promulgación para calcular los daños.⁵⁵⁶ Así, la Corte ordenó recalcular la indemnización a pagar, de la cual excluyó gastos argumentados por Metalclad.⁵⁵⁷

La importancia práctica del Mecanismo Complementario se ha incrementado con las disputas dirimidas a raíz del TLCAN⁵⁵⁸ y del Tratado sobre la Carta de la

⁵⁵⁴ **United Mexican States vs. Metalclad Corporation**, Supreme Court of British Columbia, 2001 BCSC 664, 2 mayo 2001, párr. 134.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, párr. 133.

⁵⁵⁶ *Idem*.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, párr. 113.

⁵⁵⁸ Casos contra México finalizados, al amparo del Mecanismo Complementario: **Metalclad Corporation vs. United Mexican States**, Case No. ARB(AF)/97/1; **Robert Azinian and others vs. United Mexican States**, Case No. ARB(AF)/97/2; **Waste Management, Inc. vs. United Mexican States**, Case No. ARB(AF)/98/2; **Marvin Roy Feldman Karpa vs. United Mexican States**, Case No. ARB(AF)/99/1; **Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. United Mexican States**, Case No. ARB(AF)/00/2; **Waste Management, Inc. vs. United Mexican States** (número 2), Case No. ARB(AF)/00/3; **Fireman's Fund Insurance Company vs. United Mexican States**, Case No. ARB(AF)/02/1); **Gemplus, S.A., SLP, S.A. and Gemplus Industrial, S.A. de C.V. vs. United**

Energía.⁵⁵⁹ Otros tratados multilaterales que contemplan al Mecanismo Complementario como foro de solución de controversias en materia de inversión son los protocolos sobre el tratamiento de las inversiones originadas dentro y fuera del área del MERCOSUR de 1994 y el Tratado de Libre Comercio entre Colombia, México y Venezuela, también conocido como el TLC G-3.⁵⁶⁰ Sin embargo, Venezuela denunció el tratado y no es miembro desde noviembre del 2006.⁵⁶¹

Debido a la relevancia derivada del número de casos y su complejidad dirimidos al amparo del Mecanismo Complementario, sus laudos arbitrales también serán objeto de análisis de la presente investigación.

Mexican States, Case No. ARB(AF)/04/3; **Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. vs. United Mexican States**, Case No. ARB(AF)/04/5; **Bayview Irrigation District and others vs. United Mexican States**, Case No. ARB(AF)/05/1; **Talsud, S.A. vs. United Mexican States**, Case No. ARB(AF)/04/4. Casos pendientes contra México: **Corn Products International, Inc. vs. United Mexican States**, Case No. ARB(AF)/04/1; **Cargill, Incorporated vs. United Mexican States**, Case No. ARB(AF)/05/2; **Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. vs. United Mexican States**, Case No. ARB(AF)/09/2. Casos finalizados contra Estados Unidos de América (USA): **The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen vs. United States of America**, Case No. ARB(AF)/98/3; **Mondev International Ltd. vs. United States of America**, Case No. ARB(AF)/99/2; **ADF Group Inc. vs. United States of America**, Case No. ARB(AF)/00/1. El Mecanismo Complementario es frecuentemente usado al amparo del TLCAN, pues México no es Estado Contratante del CIADI y Canadá no lo era sino hasta el 15 de noviembre del 2006, fecha en que Canadá firmó el Convenio, pero no ha depositado el instrumento de ratificación y por lo tanto no ha entrado en vigor, marzo 2011.

⁵⁵⁹ Por ejemplo, **Cementownia "Nowa Huta" S.A. vs. Republic of Turkey**, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, laudo, 17 septiembre 2009. También citado como caso **Cementownia vs. Turquía**, laudo; **Europe Cement Investment and Trade S.A. vs. Republic of Turkey**, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, award, 13 agosto 2009. También citado como caso Europe **Cement vs. Turquía**, laudo.

⁵⁶⁰ Firmado en Cartagena de Indias, Colombia el 13 de junio de 1994, en vigor el 1 de enero de 1995; **Álvarez Ávila**, Gabriela, "Las características del Arbitraje del CIADI", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. II, 2002, pag. 205(210).

⁵⁶¹ El 22 de mayo del 2006 Venezuela denunció el TLC G-3 y ésta denuncia surtió efecto 180 días después de comunicada. A partir del 20 de Noviembre de 2006, Venezuela no hace parte del TLC-G3.

III. CONSULTAS, PERIODOS DE ESPERA, RENUNCIAS Y OTROS PROCEDIMIENTOS PREVIOS O PREPARATORIOS

La finalidad de las consultas y otros procedimientos previos o preparatorios, así como el famoso periodo de espera (*waiting o cooling off period*) están previstos en algunos tratados multilaterales y bilaterales con el fin de otorgar la oportunidad a las partes de resolver sus diferencias de manera amistosa previo inicio del procedimiento arbitral.

- Periodo de espera (*waiting o cooling off period*)

El periodo de espera no es de menor importancia, pues de *facto*, en caso de no respetarse, niega a la contraparte, que en general será el Estado anfitrión, la posibilidad de tomar alguna medida para arreglar la controversia antes de que sea sometida al arbitraje. En el caso *Murphy Corporation vs. Ecuador*⁵⁶² se discutió acaloradamente sobre la importancia del periodo de espera. La controversia se desarrolló en el marco del APPRI Ecuador-USA, el precepto relevante respecto al periodo de espera es el artículo VI (3) (a) del APPRI Ecuador-USA el cual expresa textualmente:

“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 [énfasis añadido]”.

En el caso que nos ocupa el tribunal concluyó que el plazo de seis meses fijado en el artículo VI (3) del APPRI Ecuador-USA es de acatamiento obligatorio. Además éste considera que los reclamos de Repsol (otra codemandante) y de Murphy International son distintos y que, por tanto, los intentos realizados por

⁵⁶² *Murphy Exploration and Production Company International vs. Republic of Ecuador*, (ICSID Case No. ARB/08/4), decisión sobre jurisdicción, 15 diciembre 2010. También citado como caso *Murphy Exploration vs. Ecuador*, decisión a la jurisdicción.

Repsol “no satisfacen la obligación que tenía Murphy Internacional de cumplir con esa exigencia” antes de presentar su reclamo frente al CIADI.⁵⁶³

Una vez asentado lo anterior el tribunal arbitral centró su análisis en dos cuestiones. La primera, es la utilidad o inutilidad de las negociaciones; la segunda, la naturaleza del plazo de seis meses.

Respecto a la utilidad o inutilidad de las negociaciones, en el entendido de las comprendidas dentro del periodo de enfriamiento de seis meses, la demandante arguye que cumplió con la exigencia del artículo VI del APPRI de procurar resolver la diferencia que tenía con Ecuador mediante consultas y negociaciones, y que aún en el caso de que no lo hubiera hecho, “... estaría excusado de hacerlo ya que las negociaciones con Ecuador resultaban inútiles”, apoyó su dicho en el texto de Schreuer.⁵⁶⁴ Por su parte el tribunal arbitral anotó que la obligación de negociar es una “obligación de medio, no de resultado”.⁵⁶⁵ El tribunal recordó que nadie está obligado a llegar a un acuerdo, pero sí a intentarlo. La conducta de Murphy International de decidir, *a priori* y unilateralmente, no intentar resolver sus diferencias con Ecuador mediante la negociación, constituye un incumplimiento grave al Artículo VI Ecuador-USA.⁵⁶⁶ Por tanto, el tribunal rechazó el argumento de la demandante sobre la inutilidad de las negociaciones exigidas por el artículo VI del APPRI en cuestión.⁵⁶⁷

En cuanto a la naturaleza del periodo de espera o enfriamiento se discutió si éste es de naturaleza jurisdiccional o procesal. La demandante afirma que los requisitos jurisdiccionales son normas de una categoría tal que su incumplimiento conduce a la incompetencia del tribunal que conoce la disputa. En cambio, los “requisitos procesales” pueden incumplirse sin que ese hecho tenga consecuencia alguna. El tribunal no compartió ese criterio. Tampoco compartió las

⁵⁶³ *Ibidem*, párr. 132.

⁵⁶⁴ **Murphy Exploration vs. Ecuador**, decisión a la jurisdicción, párr. 134; Schreuer, Christoph H. “Travelling the BIT Route—Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *JWIT*, vol. 5, Nr. 2, April 2004.

⁵⁶⁵ **Murphy Exploration vs. Ecuador**, decisión a la jurisdicción, párr. 135.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, párr. 135.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, párr. 139.

consecuencias que Murphy International pretendía derivar de la diferencia entre “requisitos procesales” y “requisitos jurisdiccionales”. Según la demandante, los “requisitos procesales” son de una categoría inferior a los “jurisdiccionales” y, por tanto, su inobservancia no tiene consecuencias jurídicas. Sin embargo, el tribunal no entró al análisis profundo de las diferencias y consecuencias entre los requisitos procesales y los requisitos jurisdiccionales, sino únicamente se centró en intentar interpretar la norma contenida en el artículo VI del APPRI Ecuador-USA.⁵⁶⁸

Queremos rescatar las citas que realiza el tribunal arbitral respecto al caso *SGS vs. Pakistán*⁵⁶⁹ el cual señaló que “... los tribunales generalmente tendieron a tratar los periodos de consulta como etapas de naturaleza no obligatoria y procesal y no como obligatorias y jurisdiccionales”.⁵⁷⁰ El tribunal arbitral en el caso *SGS vs. Pakistán* precisó:

“Tribunals have generally tended to treat consultation periods as directory and procedural rather than as mandatory and jurisdictional in nature.⁵⁷¹ Compliance with such a requirement is, accordingly, not seen as amounting to a condition precedent for the vesting of jurisdiction. (...) The investor’s consent was given (...) and the Respondent has not (...) tried to enter into consultations in respect of the BIT claims. Indeed, considering what the Supreme Court of Pakistan has said about the BIT, it would have been surprising had

⁵⁶⁸ *Ibidem*, párrs. 142-150.

⁵⁶⁹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán*, ICSID Case No. ARB/01/13, decision on jurisdiction, 6. August 2003. También citado como caso *SGS vs. Pakistán*, decisión a la jurisdicción.

⁵⁷⁰ *Murphy Exploration vs. Ecuador*, decisión a la jurisdicción, párr. 148; *SGS vs. Pakistán*, decisión a la jurisdicción, párr. 184.

⁵⁷¹ *Ethyl Corporation vs. Canada*, UNCITRAL (NAFTA), decision on jurisdiction, 24 junio 1998, párr. 85. El tribunal arbitral en el caso Ethil señaló: “it is important to distinguish between jurisdictional provisions, i.e., the limits set to the authority of this Tribunal to act at all on the merits of the dispute, and procedural rules that must be satisfied by Claimant, but the failure to satisfy which results not in an absence of jurisdiction *ab initio*, but rather in a possible delay of proceedings, followed ultimately, should such non-compliance persist, by dismissal of the claim.”, párr. 58. Al respecto el tribunal concluyó: “in the specific circumstances of this case the Tribunal decides that neither article 1119 nor article 1120 should be interpreted to deprive this tribunal of jurisdiction”, párr. 85.

the Respondent manifested an inclination to comply with Article 9's consultation provisions. It should also be noted that in the prolonged period of time from termination of the PSI Agreement by Pakistan to the submission of SGS's written consent under the BIT, there was little indication of any inclination on the part of either party to enter into negotiations or consultations in respect of the unfolding dispute. Finally, it does not appear consistent with the need for orderly and cost-effective procedure to halt this arbitration at this juncture and require the Claimant first to consult with the Respondent before re-submitting the Claimant's BIT claims to this Tribunal".⁵⁷²

Cabe mencionar que en el caso SGS vs. Pakistán el escenario fue distinto al de Murphy Exploration pues en el primer caso se volvió a someter la controversia presentada ante las cortes pakistaníes al CIADI. Interesante sería cuestionar si el hecho de haber sometido una controversia ante una instancia nacional contaría como parte del periodo de espera antes de someter una controversia al CIADI.

A criterio del tribunal arbitral en el caso Murphy Exploration vs. Ecuador la exigencia de las partes a procurar resolver su controversia mediante consultas y negociaciones, durante un periodo de seis meses, no es una "regla procesal" o una etapa "de naturaleza no obligatoria y procesal" que el interesado puede satisfacer o no. Por el contrario, se trata de un requisito obligatorio de la parte demandante antes de presentar una pretensión frente al CIADI.⁵⁷³ Así, le dio una carga jurisdiccional al periodo de espera de seis meses. Para fundamentar su dicho recordó lo decidido por el tribunal arbitral en el caso Burlington vs. Ecuador,⁵⁷⁴ el cual sostuvo:

"al imponer a los inversores una obligación de expresar sus desacuerdos al menos con una antelación de seis meses a la

⁵⁷² **SGS vs. Pakistán**, decisión a la jurisdicción, párr. 184.

⁵⁷³ **Murphy Exploration vs. Ecuador**, decisión a la jurisdicción, párr. 149.

⁵⁷⁴ **Burlington Resources, Inc. vs. Republic of Ecuador**, ICSID Case No. ARB/08/5, decisión a la jurisdicción, 2 junio 2010. También citado como caso **Burlington vs. Ecuador**, decisión a la jurisdicción.

sumisión a arbitraje de una controversia relativa a una inversión, el Tratado efectivamente le acuerda a los Estados receptores el derecho a ser informados de la controversia al menos seis meses antes de que sea sometida a arbitraje. El propósito de este derecho es conceder al Estado receptor la *oportunidad* de solucionar la controversia antes de que el inversor someta la controversia a arbitraje. En este caso, la demandante privó al Estado receptor de esta oportunidad. Ello es suficiente para negar la jurisdicción”.⁵⁷⁵

Así, el tribunal arbitral concluye “que con el fin de ‘promover una mayor cooperación económica’ y estimular ‘el flujo de capital privado y el desarrollo económico’, como se enuncia en el preámbulo del TBI, así como para crear una relación armoniosa entre los inversionistas y los Estados, los Gobiernos que suscribieron ese Tratado y los que firmaron otros similares consagraron la exigencia de un plazo de seis meses de negociaciones. El propósito de esa exigencia es que durante ese ‘periodo de enfriamiento’ las partes traten de resolver sus diferencias amigablemente, sin acudir a un proceso arbitral o judicial, el cual generalmente dificulta las relaciones comerciales futuras. No se trata pues de una intrascendente exigencia procesal sino de una pieza clave del engranaje consagrado en el TBI y en muchos otros tratados similares, que tiene el propósito de que las partes traten de resolver armoniosamente las disputas que pudieran presentarse con motivo de la inversión hecha por una persona o sociedad de una Parte Contratante en el territorio del otro Estado”.⁵⁷⁶

Consideramos que el tribunal arbitral llegó al resultado correcto, que fue rechazar el argumento de la Demandante – la cual argüía que el periodo de espera de seis meses exigido por el artículo VI(3)(a) del APPRI en cuestión no constituía un requisito jurisdiccional⁵⁷⁷ – y concluyó que Murphy International incumplió las exigencias del artículo VI del APPRI en cuestión, de tal modo que

⁵⁷⁵ **Burlington vs. Ecuador**, decisión a la jurisdicción, párr. 315; **Murphy Exploration vs. Ecuador**, decisión a la jurisdicción, párr. 150.

⁵⁷⁶ **Murphy Exploration vs. Ecuador**, decisión a la jurisdicción, párr. 151.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, párr. 156.

dicha omisión constituía un grave incumplimiento y que debido a ese incumplimiento, el tribunal carecía de competencia para conocer del proceso.⁵⁷⁸

El tribunal acogió por mayoría la excepción a la jurisdicción del CIADI interpuesta por Ecuador, fundada en la inobservancia de la demandante de respetar el plazo de seis meses de consultas y negociaciones que establece el artículo VI del APPRI Ecuador-USA.⁵⁷⁹ Sin embargo, sentimos falta de fundamentación de la decisión. Extrañamos la diferencia clara entre requisitos procesales y jurisdiccionales. Debido a tal ausencia consideramos que todo el razonamiento subsecuente carece de una lógica razonable. A pesar de que el tribunal arbitral se esfuerza por destacar la importancia del periodo de espera no fundamenta de manera clara el porqué de su dicho. Por otra parte, mezcla razonamientos de otras materias que carecen de cualquier lógica como, por ejemplo, la aseveración del tribunal arbitral de que “el propósito de esa exigencia es que durante ese ‘periodo de enfriamiento’, las partes traten de resolver sus diferencias amigablemente, sin acudir a un proceso arbitral o judicial, el cual generalmente dificulta las relaciones comerciales futuras”.⁵⁸⁰ Al respecto, no entendemos bien que tiene que ver la existencia de la controversia analizada con las relaciones comerciales futuras entre las Partes.

En su opinión disidente a la decisión del tribunal arbitral en el caso que nos ocupa, Horacio Grigera Naón no estuvo de acuerdo con la mayoría del tribunal arbitral que afirmó que Murphy International no había respetado el periodo de espera de seis meses y realizó un recuento detallado de los eventos relativos al nacimiento de la controversia, sin embargo, tampoco profundizó en el estudio relativo a la naturaleza y efectos del periodo de espera. En su opinión disidente concluyó “rechazar la objeción jurisdiccional del Ecuador basada en el no agotamiento del periodo de negociaciones previsto en el Artículo 6 del TBI, con costas de la Demandada”.⁵⁸¹

⁵⁷⁸ *Ibidem*, párr. 157.

⁵⁷⁹ *Idem*.

⁵⁸⁰ *Ibidem*, párr. 151.

⁵⁸¹ ***Murphy Exploration and Production Company International vs. Republic of Ecuador***,

Otro ejemplo es lo previsto en el TLCAN en su artículo 1118 que establece que las partes deberán solucionar sus diferencias por medio de consulta o negociación. En caso de que las negociaciones o consultas no tuvieran éxito, el inversor remitirá al Estado contendiente una “carta intención” de someter su diferencia al arbitraje. Esta carta debe presentarse al Estado contendiente por lo menos 90 días antes de que se pretenda presentar la reclamación ante uno de los foros arbitrales previstos en el Capítulo XI del TLCAN, a saber, conforme al Convenio del CIADI, según el Mecanismo Complementario del CIADI, o conforme a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.⁵⁸² En todo caso, deberán haber transcurrido por lo menos seis meses desde la fecha en que se originó el motivo de la reclamación, y el momento en que se presente formalmente la diferencia.⁵⁸³

El Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT) también establece en su artículo 26(1) que un Estado contratante y un inversor de otra Parte Contratante deben intentar resolver sus diferencias amigablemente. Si esto no es posible dentro de un periodo de tres meses (*waiting period*), a partir de la fecha en la que cualquiera de las partes solicitó la solución amigable de la controversia, el inversor puede optar por someter su controversia ante (a) las Cortes o tribunales administrativos del Estado Contratante parte en la disputa; (b) de conformidad con cualquier procedimiento previamente acordado de solución de controversias; o ante el CIADI (artículo 26(4)(a)(i) ECT); ante el CIADI de conformidad con su Mecanismo Complementario (artículo 26(4)(a)(ii) ECT); conforme a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (artículo 26(4)(a)(i) ECT) o al procedimiento arbitral de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

- Renuncia (*fork in the road*)

Otra cláusula prevista en un sinnúmero de APPRIs y All es la llamada cláusula de bifurcación o “*fork in the road*”, ésta por lo general conlleva una renuncia a

(ICSID Case No. ARB/08/4), opinión disidente a la decisión sobre jurisdicción, Horacio A. Grigera Naón, 19 noviembre 2010. También citado como caso *Murphy Exploration vs. Ecuador*, opinión disidente, párr. 33.

⁵⁸² **TLCAN**, Capítulo XI, artículo 1120(1).

⁵⁸³ *Idem*.

iniciar o continuar con otro procedimiento judicial o alterno antes de iniciar un procedimiento frente al CIADI u otras instancias internacionales.

Por su parte, el artículo 1121 (1) (b) del TLCAN prevé la renuncia para continuar o iniciar cualquier procedimiento administrativo o judicial conforme al derecho de una de las partes u otros procedimientos frente a otros foros; dicha renuncia no es otra cosa que una cláusula de bifurcación, la cual es tan importante, que puede resultar en una falta de jurisdicción del tribunal arbitral para conocer de un caso concreto. Así sucedió en el caso *Waste Management vs. México*⁵⁸⁴ en el cual en tribunal arbitral falló a favor de México. Así lo decidió:

“A la vista de cuanto antecede, de los documentos y de las alegaciones formuladas por las Partes, este Tribunal de Arbitraje, resuelve que carece de jurisdicción para enjuiciar el fondo de la controversia planteada, debido al incumplimiento de la parte demandante de uno de los requisitos considerados esenciales para proceder al sometimiento de una reclamación a arbitraje establecido en el artículo 11212 (b) del TLCAN, cual es, la renuncia a iniciar o continuar ante otros foros procedimientos de resolución de disputas respecto a las medidas tomadas por el Demandado presuntamente violatorias del TLCAN, todo ello de acuerdo con las disposiciones del citado texto legal y del Mecanismo Complementario del CIADI. (...) El presente laudo arbitral ha sido adoptado por mayoría del Tribunal de Arbitraje”.⁵⁸⁵

A su vez, existe la opinión disidente del árbitro Keith Highet,⁵⁸⁶ quien intentó desestimar lo decidido por la mayoría del tribunal arbitral, destacamos los siguientes razonamientos:

⁵⁸⁴ ***Waste Management vs. Estados Unidos Mexicanos***, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2. También citado como caso ***Waste Managment vs. México***.

⁵⁸⁵ ***Waste Management vs. Estados Unidos Mexicanos***, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2) laudo, 2 junio 2000. También citado como caso ***Waste Management vs. México***, laudo, § 32.

⁵⁸⁶ ***Waste Management vs. Estados Unidos Mexicanos***, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2) opinión disidente de Keith Highet, 8. mayo 2000. También citado como caso ***Waste Managment vs. México***, opinión disidente.

“La mayoría del Tribunal considera que el comportamiento sustantivo del Demandante al mantener y apelar las acciones mexicanas es determinante de su falta de jurisdicción en esta materia, pues se considera que descalifica o torna nula cualquier renuncia formal presentada al comienzo del arbitraje dentro del ámbito del TLCAN. La esencia del Laudo se sustenta en este razonamiento y en esta conclusión.⁵⁸⁷ Sin embargo, si la existencia de litigios mexicanos en este caso no fue incompatible con los términos de la renuncia conforme al Artículo 1121, tampoco pudo ser incompatible el comportamiento del Demandante al mantener o apelar esos litigios”.⁵⁸⁸

“Si la renuncia de conformidad con el Artículo 1121 hubiera tenido por objeto abarcar todas y cualesquiera actividades legales concurrentes, es evidente que el comportamiento del Demandante en México sería incongruente y viciaría la renuncia [presentada al incoarse los procedimientos de arbitraje al amparo del TLCAN por incumplimiento de la condición previa estipulada en el Artículo 1121.1 (b)]. Así sería aunque la renuncia hubiera sido formalmente suficiente al momento de su presentación. Empero, si la renuncia de conformidad con el Artículo 1121 sólo hubiera tenido por objeto referirse a ciertos tipos de actividad legal concurrente, el comportamiento del Demandante en México sólo sería incongruente con la renuncia si ese comportamiento guardara relación precisamente con esa actividad. Las causas de acción son diferentes: reclamaciones comerciales locales ante los tribunales mexicanos y reclamaciones relacionadas con un tratado internacional ante este Tribunal”.⁵⁸⁹

⁵⁸⁷ *Waste Management vs. Mexico*, laudo, §§ 24-29, pp. 16-22.

⁵⁸⁸ *Waste Management vs. México*, opinión disidente, párr. 27.

⁵⁸⁹ *Ibidem*, párr. 28.

“El elemento clave del razonamiento de la mayoría en este caso es la premisa de que el requisito formal y jurisdiccional de la renuncia conforme al Artículo 1121 no sólo depende del cumplimiento de los prerequisites del Artículo 1121, párrafo 3,⁵⁹⁰ por parte de un demandante, sino también del comportamiento del demandante después de la redacción, entrega e inclusión requeridos por dicho párrafo.⁵⁹¹ Por ende, la mayoría ha entendido que el texto del Artículo 1121 incluye el requisito adicional de que se desista efectivamente de los litigios incluidos en la renuncia, que no se inicien nuevos litigios y que no se presenten apelaciones”.⁵⁹²

⁵⁹⁰ “El consentimiento y la renuncia requeridos por este Artículo se manifestarán por escrito, se entregarán a la Parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje”.

⁵⁹¹ **Waste Management vs. Mexico**, Laudo, § 24, p. 16. El tribunal arbitral añadió al respecto “este Tribunal deberá comprobar que Waste Management ha presentado la renuncia de acuerdo con las formalidades previstas en el TLCAN y que ha respetado los términos de la misma a través del acto material de desistir o no iniciar procedimientos paralelos ante otros tribunales”. (Laudo, § 20, p. 15.) Se razona en el Laudo que:

“Se hace necesaria pues una valoración del comportamiento del sujeto que renuncia así como de la responsabilidad que deberá asumir si se produce una divergencia entre lo manifestado y el comportamiento efectivamente realizado ya que él y sólo él responde de la eficacia de tal declaración en virtud del llamado principio de la autorresponsabilidad”. (Laudo, §24, p. 16).

La mayoría continúa y determina que:

“A tenor de lo hasta ahora expuesto, es claro que la renuncia exigida en virtud del Artículo 1121 del TLCAN requiere una manifestación de voluntad por parte de quien la emite en cuanto a la renuncia a iniciar o continuar cualesquiera procedimientos ante otros foros respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a que se refiere el TLCAN”. (*Ibidem*)

A lo que sigue esta conclusión:

“Asimismo, esta dejación de derechos debió hacerse efectiva a partir de la fecha de presentación de la renuncia, esto es, el 29 de septiembre de 1998. La referida declaración de voluntad también exige un determinado comportamiento de la declarante, Waste Management, exteriorizador del compromiso adquirido en virtud de la citada renuncia”. (*Ibidem*)

⁵⁹² **Waste Management vs. México**, opinión disidente, párr. 32.

CAPÍTULO 3

LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA (CNMF O MFNC) EN EL DERECHO DE LAS INVERSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El principio del trato de la nación más favorecida (TNMF) o un principio similar que obligue a los Estados a otorgar un tratamiento no menos favorable a terceros Estados respecto a otros, no existe como tal en el Derecho Internacional consuetudinario.⁵⁹³ En principio, cualquier Estado es libre para otorgar o no un trato no menos favorable a otro Estado respecto al otorgado a terceros Estados; es decir, tanto a beneficiarlos o no. En este sentido, el trato de la nación más favorecida es un principio de no discriminación,⁵⁹⁴ que se otorga a través de la firma de tratados internacionales celebrados entre Estados soberanos. En palabras de la Corte Internacional de Justicia el propósito de las cláusulas de la nación más favorecida (CNMF o MFNC por sus siglas en inglés) es “establecer y mantener en todo momento igualdad fundamental sin discriminación entre todos los otros países involucrados”.⁵⁹⁵ Así, a *grosso modo*, el fin originario de la CNMF contenida en tratados internacionales es asegurar que las partes involucradas se traten de la misma manera y otorguen un trato tan favorable como el que éstas otorgan a terceras partes, de modo tal que exista un beneficio de las partes involucradas del trato más ventajoso otorgado a un tercero.

⁵⁹³ **Gazzini**, Tarcisio, “The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment”, *JWIT*, vol. 8, Nr. 5, octubre 2007, pag. 691-716; **Gazzini**, Tarcisio, “General Principles of Law in the Field of Foreign Investment”, *JWIT*, vol. 10, Nr. 1, febrero 2009, pags. 103-119; **Hillier**, Timothy, *Principles of Public International Law*, 2da. Ed., London-Sydney, 1999.

⁵⁹⁴ **González de Cossío**, Francisco, *Arbitraje de Inversión*, *op. cit.*, pag. 172.

⁵⁹⁵ Traducción del autor para su cotejo con el original “to establish and maintain at all times fundamental equality without discrimination among all of the countries concerned.”, **Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France vs. United States of America)**, ICJ, Judgment. 27.08.1952, pag. 176 (192).

II. ORIGEN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El origen de la CNMF es de carácter comercial y se remonta a los contratos comerciales celebrados en la Edad Media.⁵⁹⁶ El uso y alcance de la CNMF ha variado a través del tiempo dependiendo de la ideología que prevalezca en la economía y relaciones políticas internacionales en un momento determinado. Su primera aparición por escrito aparentemente fue en el Tratado celebrado entre Enrique V de Inglaterra y Johan Herzog de Burgund, celebrado el 17 de agosto de 1417 en Amiens.⁵⁹⁷ Resultado de dicho tratado fue que se garantizaba que los barcos ingleses anclaran sin peligro en los puertos flamencos (hoy Holanda) “de la misma forma en que lo hacían los franceses, los holandeses y los escoceses”.⁵⁹⁸

Diferentes tratados comerciales han incluido este tipo de cláusulas desde ese entonces.⁵⁹⁹ El propósito de estos tratados fue establecer los términos del comercio entre las diferentes naciones en una condición similar para permitir una competencia igualitaria. En este contexto, la función de la CNMF evolucionó bajo la influencia mercantilista a lo largo de los siglos XVII y XVIII. Durante este periodo la CNMF fue incluida en tratados comerciales destinados a salvaguardar un tratamiento preferencial acordado en tratados bilaterales.⁶⁰⁰ Este tipo de cláusulas se presentaron frecuentemente en los tratados de amistad, comercio y navegación (*friendship, commerce and navigation treaties* o FCN por sus siglas en inglés), entre

⁵⁹⁶ **Schill**, Stephan W., “Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses”, *Berkeley Journal of International Law (BJIL)*, vol. 27, nr. 2, septiembre 2009, pag. 496(509); **Chukwumerije**, Okezie, “Interpreting Most-Favored-Nation Clauses in Investment Treaty Arbitrations”, *JWIT*, vol. 8, nr. 5, octubre 2007, 597(608); **United Nations. International Law Commission**, “First Report on the Most-Favored Nation-Clause”, *YBILC*, vol. II, 1969, pag. 157 y ss.

⁵⁹⁷ **Kramer**, Stefan, “Die Meistbegünstigung”, *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, 1989, pag. 473(478).

⁵⁹⁸ *Idem*.

⁵⁹⁹ Para obtener una visión detallada sobre el desarrollo histórico del principio de la nación más favorecida véase: **United Nations. International Law Commission**, “First Report on the Most-Favored Nation-Clause”, *YBILC*, vol. II, 1969, pag. 160.

⁶⁰⁰ **Schill**, Stephan W., “Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses”, *op. cit.*, pag. 509.

los que se encuentra el tratado entre Suecia y la Gran Bretaña datado en 1654.⁶⁰¹ Después de la Segunda Guerra Mundial la inclusión del principio de la nación más favorecida jugó un *rol* importante para el restablecimiento del orden económico mundial.⁶⁰²

En 1947 el principio del trato de la nación más favorecida fue anclado como “principio fundamental” en el Artículo I (1) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).⁶⁰³ El principio del TNMF también fue retomado por la fallida Carta de la Habana en 1948,⁶⁰⁴ la cual nunca entró en vigor debido, entre otras razones, a la oposición de los Estados Unidos con el argumento de que su formulación era demasiado vaga. Pero el posicionamiento más importante de este principio fue en el sistema de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1947)⁶⁰⁵

⁶⁰¹ **Treaty of Peace and Commerce between Great Britain and Sweden**, 11. April 1654, BSP 1/691. El cual establece “The people, subjects and inhabitants of both confederates shall have, and enjoy in each other’s kingdoms, countries, lands, and dominions, as large and ample privileges, relations, liberties and immunities, as any other foreigner at present doth and hereafter shall enjoy.”; véase también **United Nations. International Law Commission**, “*Most-Favored-Nation Clause. Report of the Working Group*”, A/CN.4/L.719, Ginebra, 20. Julio 2007, párr. 3.

⁶⁰² **Kurtz**, Jürgen, “The MFN Standard and Foreign Investment. An Uneasy Fit?”, *JWIT*, vol. 5, Nr. 6, 2004, pag. 865.

⁶⁰³ *General Agreement on Tariffs and Trade, GATT*, 30. octubre 1947. Dicho precepto establece: artículo 1(1). Trato general de la nación más favorecida “(...) cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado”; **González de Cossío**, Francisco, *Arbitraje de Inversión, op. cit.*, pag. 222.

⁶⁰⁴ **United Nations Conference on Trade and Employment**, held at Havana, Cuba from november 21, 1947, to march 24, 1948. Final Act and Related Documents, en lo sucesivo **Carta de la Habana**, http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/prewto_legal_e.htm, mayo 2010. El artículo 16, nr. 1, la **Carta de la Habana** contenía una cláusula general de trato de la nación más favorecida, a saber, “With respect to customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation or imposed on the international transfer of payments for imports or exports, and with respect to the method of levying such duties and charges, and with respect to all rules and formalities in connection with importation and exportation, and with respect to all matters (...), any advantage, favour, privilege or immunity granted by any Member to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for all other Member countries”.

⁶⁰⁵ Véase artículo 1, nr. 1 del GATT 1947. “*Trato general de la nación más favorecida*. 1. Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a

retomado por el GATT 1994), el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS),⁶⁰⁶ y en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPS por sus siglas en inglés).⁶⁰⁷ Como consecuencia de su creciente importancia no se ha dudado en nombrar a este principio, junto con el Trato Nacional, como uno de los “pilares” del orden económico mundial.⁶⁰⁸ En Derecho Comercial Internacional (DCI) la CNMF garantiza cualquier beneficio a las partes si éstas no lo habían previsto en el tratado base con el fin de liberalizar sus relaciones en el mismo sentido que el acordado con terceras partes.⁶⁰⁹ En DCI cuando existe una CNMF en el momento en que una de las partes involucradas otorga cierto beneficio a una tercera parte, este beneficio se transfiere de manera automática a la parte involucrada en desventaja a través del uso de la CNMF. La cláusula operará en principio en todas las materias contenidas dentro del ámbito de aplicación del tratado en cuestión, si éste contiene una CNMF. En el caso concreto, el ámbito de aplicación se determinará a través de la formulación de la cláusula y el beneficio específico dependerá del derecho garantizado al tercer Estado. En el Derecho de la Inversión Extranjera el TNMF no opera de forma automática como en el DCI. La discrepancia con la aplicación de la CNMF en el ámbito de las inversiones ha sido tal que la Comisión de Derecho Internacional ha vuelto a sentarse a la mesa para estudiar el desarrollo en este ámbito y reconocer que las resoluciones en inversión

las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado”.

⁶⁰⁶ Véase **GATS**, artículos II (1) y XVI (2).

⁶⁰⁷ Véase **TRIPS** artículo 4 (1).

⁶⁰⁸ Véase **Dolzer**, Rudolf, *Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht*, Springer Verlag, Heidelberg *et al.*, 1985, pag. 472, párrafo 20; **Dolzer**, Rudolf/**Schreuer**, Christoph, *Principles of International Investment Law*, *op. cit.*, pag. 186.

⁶⁰⁹ **Dolzer**, Rudolf/**Schreuer**, Christoph, *Principles of International Investment Law*, *op. cit.*, pag. 186.

extranjera con que se cuenta hoy, no fueron tomadas en cuenta para sus trabajos realizados a finales de los años setenta que resultaron en el Proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida (*Draft Articles on Most-Favored-Nation Clauses*)⁶¹⁰ y, por lo tanto, es necesario su estudio y actualización.⁶¹¹ Sin embargo, los trabajos realizados por la CDI son de gran relevancia pues, por un lado, encierran lo que hasta ese entonces había decidido la CPJI y la CIJ respecto a la CNMF y por otro lado, desde su aparición, se han vuelto referencia obligada para un sinnúmero de decisiones respecto a la aplicación de la CNMF por tribunales internacionales, como lo estudiaremos más adelante.⁶¹²

III. EL TRATO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA (TNMF) EN EL DERECHO DE LAS INVERSIONES

En el ámbito de la protección de las inversiones el principio del TNMF ha sido retomado desde el primer APPRI celebrado entre Alemania y Pakistán en 1959⁶¹³

⁶¹⁰ **United Nations. International Law Commission**, “Final Draft Articles on Most Favored Nation Clauses”, *YBILC*, vol. 2, parte 2, 30th session, 1978.

⁶¹¹ **United Nations. International Law Commission**, *Most-Favored-Nation Clause*, A/CN.4/L.719, Ginebra, 20. Julio 2007, pag. 9, párr. 19; **Dolzer**, Rudolf, “Meistbegünstigungsklauseln in Investitionsschutzverträgen”, *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag*, Jürgen Bröhmer (coord.), Carl Heymanns Verlag, Colonia, Alemania, 2005, págs. 47-54; **OECD**, “Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law”, *Working Papers on International Investment*, no. 2004/2, septiembre 2004.

⁶¹² **Renta 4 S.V.S.A et al. vs. Russian Federation**, SCC No. 24/2007 (Spain/Russia BIT), Award on Preliminary Objections, 20 March 2009. También citado como caso **Renta 4 vs. Rusia**, SCC, decisión a la jurisdicción; **Wintershall vs. República Argentina**, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, 8 diciembre 2008. También citado como caso **Wintershall vs. Argentina**, laudo, párrs. 167 y 188; **Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. Pakistán**, ICSID Case No. ARB/03/29, decision on jurisdiction, 14 noviembre 2005. También citado como caso **Bayindir vs. Pakistán**, decisión a la jurisdicción; **Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España**, ICSID Case No. ARB/97/7, decisión sobre jurisdicción, 25. Enero 2000. También citado como caso **Maffezini vs. España**; decisión a la jurisdicción. Citar decisiones donde han sido citados los trabajos de la CDI respecto a la CNMF. Véase capítulo 3 (II) (A).

⁶¹³ **APPRI Alemania-Pakistán**. Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen, firmado el 25 de noviembre de 1959, en vigor el 28 de abril de 1962, 457 UNTS 23; 1961 BGBl II 739. Artículo 7 primera oración, “If the legislation of either Party or international obligations existing at present or established hereafter between the Parties in addition to the present Treaty, result in a position entitling investments by

y se ha mantenido presente de manera constante en los más de 2800 APPRI's existentes en el mundo. El TNMF surge como un principio general de Derecho Internacional de las Inversiones en el sentido de ser incluido en prácticamente todos los Tratado Internacionales de Inversión.⁶¹⁴ Además, se trata de un estándar de protección relativo, esto es, el nivel de protección de éste al inversor o a su inversión se define en función del trato que reciben otros inversores o inversiones. Como estándar relativo la CNMF dependerá de la conducta de un Estado en particular para determinar su ámbito de aplicación y alcance.⁶¹⁵ A pesar de la constante presencia de la CNMF en los APPRI's no podemos hablar de un modelo único de cláusula⁶¹⁶ sino que podemos encontrar una gran variedad de ellas, unas más amplias que otras. No obstante esta disparidad podemos resaltar que la falta de homogeneidad en la redacción de las CNMF no afecta la eficacia total de ellas.⁶¹⁷ Así, a menos que las partes contratantes de un AI en concreto hagan clara la intención de querer darle a la CNMF un sentido particular, es ampliamente aceptado que ligeras diferencias en la redacción de las cláusulas no alteran su

nationals or companies of the other Party to **treatment more favourable than is provided for by the present Treaty**, such position shall not be affected by the present Treaty [énfasis añadido]".

⁶¹⁴ **Schill**, Stephan W., "Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses, *op. cit.*, pag. 503; *cf.* **Schwarzenberger**, Georg, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, pag. 241 quien asevera que "the difference between the most favoured-nation standard and any particular most-favored-nation-clause corresponds to that between principles and rules of international law". Accordingly issues surrounding MFN clauses are generally regarded as issues of general international law, in particular the law of the treaties"; **Dolzer**, Rudolf/**Schreuer**, Christoph, *Principles of International Investment Law*, *op. cit.*, pag. 186; **United Nations, International Law Commission**, "Final Draft Articles on Most Favored Nation Clauses", *YBILC*, vol. 2, parte 2, 30th session, 1978, pages. 59-61.

⁶¹⁵ **Dolzer**, Rudolf/**Schreuer**, Christoph, *Principles of International Investment Law*, *op. cit.*, pag. 186.

⁶¹⁶ **González de Cossío**, Francisco, *Arbitraje de Inversión*, *op. cit.*, pag. 172.

⁶¹⁷ **Schill**, Stephan W., "Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses, *op. cit.*, pag. 503; **Faya Rodríguez**, Alejandro, "The Most-favored-Nation Clause in International Investment Agreements", *Journal of International Arbitration*, no. 25 (1), Kluwer Law International, Países Bajos, 2008, pag. 92; **UNCTAD**, *Most Favored Nation Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1999, pag. 6.

función original.⁶¹⁸ Pero, cuál es su función original. Para responder a esta pregunta nos podemos remitir a lo estudiado y concluido por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas la cual señaló que la CNMF es una disposición en un tratado según la cual un Estado acuerda conferir a otra parte contratante un trato no menos favorable que aquel conferido a otra parte o tercer Estado.⁶¹⁹ Por tanto, podríamos asumir que la función original y fin último de la CNMF es conferir un trato no menos favorable al beneficiario de la CNMF respecto a terceros, en otras palabras, promover el principio de no discriminación entre Estados.⁶²⁰

Como lo mencionamos en el punto anterior en el ámbito de las inversiones extranjeras el TNMF no opera de la misma manera mecánica generalmente aceptada en el derecho comercial internacional.⁶²¹ La razón es que no hablamos de un solo tratado base, con una redacción única, como sí es el caso del sistema de la OMC, sino que la CNMF contenida en los AII es diferente en cada uno de ellos, que a su vez regulan cierta cantidad de áreas sustantivas y adjetivas específicas, las cuales son similares, pero no iguales entre AII. Dicho de otro modo, la CNMF no opera de manera automática en el derecho de las inversiones extranjeras debido a que hablamos de acuerdos bilaterales diferentes que contienen CNMF distintas y como lo afirma González de Cossío, “cualquier discusión sobre su alcance comienza y termina con el texto relevante *in casu*”.⁶²²

⁶¹⁸ **Schill**, Stephan W., “Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses”, *op. cit.*, pag. 503; **Méndez Silva, Ricardo**, “Los principios del Derecho de los Tratados”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie Año III, no. 7*, Sección de Artículos, UNAM, México, 1970, pag. 108.

⁶¹⁹ **United Nations. International Law Commission**, Most-Favoured-Nation Clause, A/CN.4/L.719, Ginebra, 20. julio 2007, pag. 3, párr. 3.

⁶²⁰ **United Nations. International Law Commission**, “The Most-Favoured-Nation Clause (with commentaries)”, *YBILC*, vol. II, part two, 1978, pag. 11.

⁶²¹ **Dolzer, Rudolf/Schreuer, Christoph**, *Principles of International Investment Law*, *op. cit.*, pag. 186.

⁶²² **González de Cossío**, Francisco, *Arbitraje de Inversión*, *op. cit.*, pag. 175.

La CNMF se ha aplicado de manera tradicional a derechos sustantivos.⁶²³ Pero qué sucede con los beneficios del trato respecto a derechos adjetivos. Dicho de otro modo, ¿sería posible que el derecho que otorga la CNMF al beneficiario abarque tanto derechos sustantivos como derechos adjetivos? En concreto, ¿podrían atraerse disposiciones relativas a la solución de diferencias? Un número representativo de laudos arbitrales encabezados a partir del caso *Maffezini vs. España*⁶²⁴ ha abierto un nuevo paradigma de protección no utilizado con anterioridad. Se trata sobre si la protección y beneficios del uso de la CNMF contenida en un tratado base puede ser utilizada para obtener beneficios materiales contenidos en un tercer tratado por un inversor beneficiario de la CNMF. Es una discusión aún abierta que marca la pauta de una nueva interpretación de la CNMF, y por supuesto, existen posiciones encontradas respecto a dicha aplicación.⁶²⁵ Por ello, centraremos el estudio del presente

⁶²³ Véase por ejemplo *Rumelii Telekom A.S. vs. Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, award, 29 Julio 2008; *Parkerings-Compagniet AS vs. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, award, 11 septiembre 2007; *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. vs. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, award, 31 julio 2007; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. Pakistán* (ICSID Case No. ARB/03/29), decision on jurisdiction, 14 noviembre 2005. También citado como caso *Bayindir vs. Pakistán*, decisión a la jurisdicción; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. Pakistán*, ICSID Case No. ARB/03/29, laudo, 27 agosto 2009. También citado como caso *Bayindir vs. Pakistán*, laudo; *CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, laudo, 12 mayo 2005. También citado como caso *CMS vs. Argentina*, laudo; *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, award, 25. Mayo 2004. También citado como *MTD vs. Chile*, párr. 100-104; *MTD vs. Chile*, decision on annulment, 21. marzo 2007; *Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI caso no. ARB(AF)/00/2, laudo, 29 mayo de 2003. También citado como caso *Tecmed vs. México*, laudo; *ADF Group Inc. vs. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9. January, 2003. También citado como caso *ADF vs. USA*, párr. 194; *Pope & Talbot vs. Canadá*, UNCITRAL (NAFTA), Award on the Merits of Phase 2. 10. Abril 2001. También citado como *Pope & Talbot vs. Canadá*, párrs. 108-109, 110-111, 117; *Pope & Talbot vs. Canadá*, Award in Respect of Damages, 31. mayo 2001, párr. 12, 66; *Asian Agricultural Products Limited vs. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, 27. Junio 1990. También citado como caso *AAPL vs. Sri Lanka*, párr. 54; *Société Générale vs. The Dominican Republic*, LCAI Case No. UN 7927, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction. Para un acercamiento al análisis sobre la aplicación de la CNMF a derechos sustantivos véase UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2010, pags. 58-66.

⁶²⁴ *Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decisión sobre jurisdicción, 25. Enero 2000. También citado como caso *Maffezini vs. España*, decisión a la jurisdicción.

⁶²⁵ *Herrera Ramírez*, Viviana, “Efectos sorpresivos de la cláusula de la nación más favorecida (CNMF) en materia de inversiones extranjeras. (Estudio de la jurisprudencia del Centro

Capítulo en responder nuestra pregunta principal: ¿Puede extenderse la protección de la cláusula de la nación más favorecida contenida en un AI a disposiciones relativas a la solución de controversias?

A. La Comisión de Derecho Internacional y la CNMF

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas⁶²⁶ se reunió a finales de los años sesenta para realizar trabajos preparatorios respecto del significado y alcance de la CNMF y entre otras cosas, analizar las sentencias hasta entonces existentes respecto de la CNMF e intentar codificarlas y así, presentar un proyecto a la Asamblea General de las Naciones Unidas para celebrar un acuerdo multilateral al respecto.

Resultado de estos trabajos fue el “Proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida” (Proyecto sobre las CNMF, en adelante), de 1978.⁶²⁷ Este Proyecto abstrajo los criterios utilizados por la CIJ de los casos más relevantes en materia de interpretación de la cláusula de la nación más favorecida existentes hasta entonces, los procesó y codificó; a saber, de los casos *Anglo Iranian*,⁶²⁸ *Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*,⁶²⁹ y el caso *Ambatielos*,⁶³⁰ entre otros.⁶³¹ No obstante que la Asamblea

Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones – CIADI”, *Revista Civilizar*, vol. 9, num. 16, enero-junio, 2009, Universidad Sergio Arboleda, Colombia, pags. 41-56, <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/1002/100212247004.pdf>, junio 2010; Hsu, Locknie, “MFN and Dispute Settlement”, *JWIT*, vol. 7, no. 1, febrero 2006, pags. 25-37.

⁶²⁶ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (*Internacional Law Commission, ILC*). La Comisión de Derecho Internacional fue establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1947 para promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. Está compuesta por 34 miembros que son elegidos por la Asamblea General para cubrir un período de cinco años. Estos miembros sesionan anualmente durante doce semanas. La mayor parte del trabajo de la Comisión involucra la preparación de proyectos en los temas de derecho internacional. Véase <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>, abril 2012.

⁶²⁷ **United Nations. International Law Commission**, “Final Draft Articles on Most Favoured Nation Clauses”, *YBILC*, vol. 2, parte 2, 30th session, 1978.

⁶²⁸ **Anglo-Iranian Oil Company** (UK vs. Iran), Judgment, 1952, CIJ 109 (22 de julio). También citado como caso **Anglo-Iranian Oil Company**.

⁶²⁹ **Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco** (France vs. United States of America), ICJ, Judgment. 27.08.1952, pag. 176.

General de las Naciones Unidas no impulsó el Proyecto de manera sustancial para convertirlo en un acuerdo multilateral, dicho Proyecto es utilizado en la práctica en la negociación de diversos tratados que incluyen dicho tratamiento, en ese contexto, se ha reconocido la relevancia de éste y, por lo tanto, debe incluirse como referencia obligada en el análisis profundo de la CNMF y así lo haremos en el transcurso de la presente investigación.

Pues bien, la intención de la CDI fue estudiar a la cláusula de la nación más favorecida y al Tratamiento de la nación más favorecida como una “Institución Legal” y no como una materia común y corriente dentro del derecho de los tratados.⁶³² Los artículos contenidos en el trabajo preparatorio permanecen como indicadores de práctica internacional y la *opinio juris* para la comprensión e interpretación de la CNMF en tratados internacionales. El Proyecto comprende la utilización del tratamiento contenido en la CNMF desde los más diversos ángulos, en este sentido, no se limita al derecho de las inversiones, aunque por supuesto lo incluye.

Los artículos que comprenden el Proyecto consagran qué puede ser considerado como “significado ordinario” (*ordinary meaning*) de la CNMF en el sentido del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁶³³ El Proyecto sobre las CNMF cuenta con 30 artículos referentes a la CNMF que encierran prácticamente todos los aspectos relativos a éstas, incluidos

⁶³⁰ **Caso Ambatielos** (Grecia vs. Reino Unido), Arbitration Commission, 06.03.1956, ILR vol. 23 (1956), pag. 306 y ss. También citado como caso **Ambatielos**.

⁶³¹ La CDI también analizó fallos emitidos por tribunales nacionales cuya información a detalle puede consultarse en **United Nations. International Law Commission**, “Decisions of national courts relating to the most-favoured-nation clause”, *YBILC*, vol. II, A/CN.4/269, 1973, pag. 117-153.

⁶³² **United Nations. International Law Commission**, “*Most-Favored-Nation Clause. Report of the Working Group*”, A/CN.4/L.719, Ginebra, 20. Julio 2007, pag. 6, párr. 12, 15. A pesar de lo anterior, para algunos Estados el Proyecto es visto como simples directrices, debido por un lado, a la falta de tratamiento adecuado del sistema de preferencias respecto de los países en desarrollo y además se alejó del debate sobre la construcción de un nuevo orden económico mundial. Debido a lo anterior, el Proyecto se quedó en el camino y no fue retomado por la Asamblea General de las Naciones Unidas para adoptar el Proyecto como convención internacional.

⁶³³ **Schill**, Stephan W., “Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses”, *op. cit.*, pag. 518.

temas como excepciones,⁶³⁴ terminación o suspensiones de los derechos.⁶³⁵ De especial relevancia para el presente serán los preceptos relativos a interpretación general de las CNMF.⁶³⁶

B. Definición y operación

A pesar de no existir una cláusula de la nación más favorecida estándar la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas define una cláusula de la nación más favorecida como “una disposición convencional por la cual un Estado contrae una obligación frente a otro Estado para otorgar trato de la nación más favorecida en una esfera de relaciones acordada”.⁶³⁷ El trato de la nación más favorecida (TNMF) es un estándar relativo de protección cuyos efectos dependerán, por así decirlo, de los avances jurídicos – que se trata justamente de condiciones más favorables – fuera del régimen del tratado base y contenidos en un tercer tratado, por ello, las CNMF contenidas en los tratados son denominadas como “*drafting by reference*”.⁶³⁸

⁶³⁴ Artículo 23 “*The MFNC in relation to treatment under a generalized system of preferences*”, artículo 24 “*The MFNC in relation to arrangements between developing States*”, artículo 25 “*The MFNC in relation to treatment extended to facilitate frontier traffic*”, artículo 26 “*The MFNC in relation to rights and facilities extended to a landlocked third State*”, artículo 27 “*Cases of State succession, State responsibility and outbreak of hostilities*”, artículo 29 “*provisions otherwise agreed*”, artículo 30 “*New rules of International law in favour of developing countries*”, **United Nations. International Law Commission**, “*Final Draft Articles on Most Favoured Nation Clauses*”, *YBILC*, vol. II, parte 2, 30th session, 1978.

⁶³⁵ *Ibidem*, artículo 21 “*Termination or suspension of rights under a most-favoured-nation clause*”.

⁶³⁶ *Ibidem*, artículos 1, 4, 5, 8, 9, 10, 20, 28.

⁶³⁷ *Cfr. orig.*, “*Article 4. Most-favoured-nation-clause. A most-favoured-nation clause is a treaty provision whereby a State undertakes an obligation towards another State to accord most-favoured-nation treatment in an agreed sphere of relations*”; **United Nations. International Law Commission**, “*Final Draft Articles on Most Favoured Nation Clauses*”, *YBILC*, vol. II, parte 2, 30th session, 1978, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1_3_1978.pdf, abril 2012.

⁶³⁸ **Schwarzenberger**, Georg, *International Law as Applied by International Court and Tribunals*, Londres, 1945, pag. 243; **Tsatsos**, Aristidis, *Die Rechtsprechung der ICSID-Schiedsgerichte: Zwischen Homogenität und Heterogenität (Die Debatte über die Schaffung einer ICSID-Berufungsinstanz)*, juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Alemania, 2008, pag. 91.

El TNMF es un tratamiento acordado por el Estado garante al Estado beneficiario, dirigido a personas o cosas en una relación determinada con ese Estado, trato que será no menos favorable que el extendido por el Estado garante a un tercer Estado o a personas o cosas en la misma relación con ese tercer Estado.⁶³⁹

1. Operación de la cláusula

Para comprender lo anterior la operación de la CNMF en derecho internacional presupone una relación de por lo menos tres Estados. El Estado “A” (Estado garante), entrará en una obligación *vis-à-vis* con el Estado “B” (Estado beneficiario) para extender derechos y beneficios garantizados en un contexto específico a un tercer Estado, al que llamaremos “C” (Estado referencia). La consecuencia de la CNMF en el tratado entre “A” y “B” es que el Estado “B” puede invocar y basarse en todos los beneficios que el Estado “A” ha garantizado *vis-à-vis* al Estado “C” siempre y cuando el beneficio garantizado esté dentro del ámbito de aplicación de la CNMF celebrada entre “A” y “B”. En este contexto, el tratado celebrado entre “A” y “B” será llamado el “tratado base” porque éste contiene la base para incorporar condiciones más favorables garantizadas en un tratado firmado con un tercer Estado, al que llamaremos “tratado referencia”,⁶⁴⁰ a las relaciones convencionales celebradas entre “A” y “B”. El tratado firmado con un tercer Estado “C”, es decir, el tratado referencia, no modifica la relación entre “A” y “B” respecto del tratado celebrado entre ambas partes. Tampoco gobierna la relación entre ellas respecto al tratado base como derecho internacional aplicable. Así, el contenido del tratado celebrado con un tercer Estado “C” se torna vigente gracias a la CNMF contenida en el tratado base entre “A” y “B”. La CNMF por lo tanto, no rompe el efecto *inter partes* de los tratados internacionales.⁶⁴¹

⁶³⁹ Artículo 5 del “Final Draft Articles on Most Favoured Nation Clauses”, *YBILC*, vol. 2, parte 2, 30th session, 1978, pag. 3.

⁶⁴⁰ Véase **González de Cossío**, Francisco, *Arbitraje de Inversión*, *op. cit.*, pag. 172.

⁶⁴¹ **Schill**, Stephan W., “Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses”, *op. cit.*, pags. 506-508.

a. Redacción por referencia (*drafting by reference*)

En este sentido, el tratado celebrado con un tercer Estado, es decir, el tratado referencia, es incorporado “redacción por referencia” (*drafting by reference*) e *ipso iure* en la relación entre los Estados parte del tratado base, entre “A” y “B”, sin ningún otro acto adicional de transformación. Por esta razón, las CNMF también han sido caracterizadas como “*drafting by reference*”. A través de la CNMF se efectúa una adaptación automática al tratado base sin necesidad de que las Partes contratantes tengan que volver a la mesa de negociaciones con el fin de incorporar beneficios garantizados a terceros Estados. La CNMF impide de este modo al Estado garante establecer relaciones bilaterales con otros Estados que sean más preferentes con un tercer Estado y poner al Estado beneficiario en una relativa desventaja.⁶⁴²

b. Origen del beneficio limitado a una cláusula en vigor – *ratione temporis*

Es necesario dejar claro que el beneficio del TNMF que se pretenda incorporar al tratado base se origina únicamente de una CNMF en vigor existente entre el Estado garante y el Estado beneficiario, es decir, entre “A” y “B”. Así, tendremos la limitante temporal de la cláusula que también fue recogida por la CDI en el Proyecto prevista en su artículo 8 (1) como sigue: “el derecho del Estado beneficiario al trato de la nación más favorecida surge únicamente de la cláusula de la nación más favorecida..., en vigor entre el Estado garante y el Estado beneficiario”.⁶⁴³

Un ejemplo de la aplicación temporal de dicha norma se presentó en el caso Tecmed vs. España.⁶⁴⁴ Esta controversia se suscitó con base en el APPRI México-

⁶⁴² Véase **Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco** (France vs. United States of America), ICJ, Judgment. 27.08.1952, pag. 190-192, 204-205.

⁶⁴³ *Cfr. orig.*, artículo 8 (1) “the right of the beneficiary State to most-favoured-nation treatment arises only from the most-favoured-nation clause..., *in force* between the granting State and the beneficiary State”, “Final Draft Articles on Most Favoured Nation Clauses”, *YBILC*, vol. 2, parte 2, 30th session, 1978, pag. 3.

⁶⁴⁴ **Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos**, CIADI caso no. ARB(AF)/00/2, laudo, 29 mayo de 2003. También citado como **Tecmed vs. México**, laudo.

España el cual contenía una cláusula de la nación más favorecida en su artículo 8 (1). El caso involucró un confinamiento de residuos tóxicos ubicado en la ciudad de Hermosillo, Sonora, propiedad de Cytrar, S.A. de C.V., una subsidiaria de la empresa española Tecmed. En 1996 y 1997, el Instituto Nacional de Ecología (INE) otorgó a Cytrar autorizaciones para operar. Sin embargo, en noviembre de 1998 denegó la renovación de la autorización y ordenó el cierre definitivo del confinamiento. La empresa española demandó el pago de una indemnización de más de 75 millones de dólares. Tecmed ganó el caso, no obstante, el monto que recibió por concepto de indemnización de México fue de solo 7.5 millones de dólares. En su análisis, el tribunal arbitral tuvo que resolver la solicitud de la demandante relativa a la aplicación del APPRI México-España en vigor el 18 de diciembre de 1996 a sucesos supuestamente violatorios acaecidos antes de la entrada en vigor del APPRI en cuestión. Además la demandante solicitó la aplicación de condiciones más favorables contenidas en el APPRI México-Austria (tratado referencia) en vigor al 29 de junio de 1998, el cual sí cubre controversias suscitadas antes de la entrada en vigor de éste, a través de la CNMF contenida en el APPRI México-España, en otras palabras, solicitó su aplicación retroactiva a través de la CNMF. El tribunal rechazó la aplicación retroactiva del APPRI México-Austria y rechazó entrar al estudio del concepto de “irretroactividad”, al recalcar que el ámbito de aplicación de una norma, en este caso del APPRI México-Austria, no puede modificarse ni operar a través de la CNMF, al respecto apuntó:

“No desconoce el Tribunal Arbitral que la Demandante, amparándose en la decisión en el caso Emilio Agustín Maffezini y El Reino de España, invoca ... el principio de la cláusula de la nación más favorecida consagrado en el artículo 8(1) del Acuerdo para lograr su aplicación retroactiva en vista del trato más favorable en relación con esa cuestión que le estaría deparado a un inversor austríaco bajo el imperio del Tratado bilateral de protección a las inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y Austria del 29 de junio de 1998. *El Tribunal Arbitral no entrará a analizar las disposiciones de este Tratado a la luz de dicho principio, pues estima que cuestiones*

*vinculadas a la aplicación en el tiempo del Acuerdo, que en realidad conciernen más al ámbito temporal de aplicación de sus disposiciones sustantivas que a cuestiones de índole procesal o jurisdiccional, por su trascendencia e importancia, integran el núcleo de cuestiones que deben presumirse como especialmente negociadas entre las Partes Contratantes y determinantes de su aceptación del Acuerdo, ya que atañen directamente, tanto la identificación del régimen sustantivo de protección aplicable al inversor extranjero y muy particularmente del contexto jurídico general – nacional o internacional - dentro del cual tal régimen opera, cuanto al acceso del inversor extranjero a las disposiciones sustantivas que forman tal régimen; y no pueden, por ende, verse desvirtuadas en su aplicación a través del principio de la cláusula de la nación más favorecida [énfasis añadido]”.*⁶⁴⁵

- c. El origen del beneficio nace de un acuerdo entre el Estado garante y el Estado beneficiario

Existe además la limitante *inter partes* de la CNMF, es decir, que el beneficio del trato de la nación más favorecida se dará entre el Estado garante y el Estado beneficiario, es decir, entre “A” y “B”, en otras palabras, el origen del TNMF resulta de la CNMF celebrada entre “A” y “B”, no de la cláusula celebrada entre “B” y “C”. Si se pensara que el Tratado referencia – celebrado entre “B” y “C” – fuese el originario de los derechos del Estado beneficiario, se estaría en lo incorrecto y contravendría lo establecido en el artículo 36 (1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados relativo al efecto de los tratados a Estados no partes de un tratado en particular, que es *res inter alios acta*.

⁶⁴⁵ No obstante lo anterior, el Tribunal aceptó contemplar hechos que acontecieron antes de la entrada en vigor del APPRI en cuestión vistos como un conjunto de hechos que sucedieron y se consumaron con el acto equivalente a la expropiación resultante. Véase caso **Tecmed vs. México**, laudo, párr. 68.

Al respecto la CIJ en el caso *Anglo-Iranian Oil Company*⁶⁴⁶ sentó el precedente para dicha regla como sigue:

“The treaty containing the most-favoured-nation clause is the basic treaty (...). It is this treaty which establishes the juridical link between the United Kingdom [Estado beneficiario] and a third-party treaty and confers upon that State the rights enjoyed by the third party. A third-party treaty, independent of and isolated from the basic treaty, cannot produce any legal effect as between the United Kingdom [Estado beneficiario] and Iran [Estado garante]: it is *res inter alios acta*”.⁶⁴⁷

Lo dicho por la Corte intentaremos explicarlo como sigue: El tratado que contiene la cláusula de la nación más favorecida es el tratado base. Es este tratado el que establece el vínculo jurídico entre el Estado beneficiario “B” y un tratado referencia y otorga a ese Estado “B” los derechos de que goza la tercera parte “C”, a través de la CNMF contenida en el tratado base.⁶⁴⁸ Un tratado referencia, independiente y aislado del tratado base no puede producir ningún efecto legal entre las partes contratantes del tratado base, es decir, entre “A” y “B”, esto es: *res Inter alios acta*. Dicho de otro modo, la relación entre “A” y “B” a través del tratado base, solo puede ser modificada por el tratado referencia celebrado entre “B” y “C”, si efectivamente existe el primero, pero la existencia de dicha relación es el vínculo jurídico relevante, sin él, el tratado referencia no produciría efecto legal alguno sobre “A” y “B”.

2. Extensión de los beneficios

La extensión de los beneficios del tratamiento de la CNMF puede aplicarse a personas o a cosas, siempre y cuando el Estado garante y el Estado beneficiario

⁶⁴⁶ ***Anglo-Iranian Oil Company*** (UK vs. Iran), ICJ, Judgment on preliminary objections, 22. julio 1952, general list no. 16. También citado como caso ***Anglo-Iranian Oil Company***.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, pag. 109.

⁶⁴⁸ *Idem, cfr. orig.*, “the treaty containing the most-favoured-nation clause is the basic treaty... It is this treaty which establishes the juridical link between the United Kingdom [Estado beneficiario] and a third-party treaty and confers upon that State the rights enjoyed by the third party. A third-party treaty, independent of and isolated from the basic treaty, cannot produce any legal effect as between the United Kingdom [Estado beneficiario] and Iran [Estado garante]: it is *res inter alios acta*”.

así lo hayan acordado en una relación determinada, es decir, en el AII concreto. Dicha extensión del tratamiento dependerá directamente de lo pactado entre el Estado garante y el tercer Estado, en otras palabras, el Estado beneficiario únicamente podrá reclamar la atracción de ciertos derechos o beneficios al Estado garante en la medida en la que el segundo los haya extendido a un tercer Estado, a sus personas o cosas en una relación similar a la existente entre el Estado garante y el Estado beneficiario. Encontramos pues, que los beneficios otorgados por la aplicación de la CNMF no son ilimitados.⁶⁴⁹

C. Ámbito de aplicación – el principio *ejusdem generis*

A pesar de que las CNMF contenidas en los AII constituyen obligaciones entre Estados, ellas extienden automáticamente el trato más favorable a los inversores respectivos en el contexto del AII específico. Un inversor protegido por un APPRI determinado que contenga una CNMF puede, por lo tanto, invocar los beneficios garantizados a nacionales de una tercera parte cubiertos por un tercer APPRI celebrado entre el Estado anfitrión y un tercer Estado e incorporar dichos beneficios en la relación entre el Estado garante y el Estado beneficiario.⁶⁵⁰ Sin

⁶⁴⁹ *Idem.*

⁶⁵⁰ **Schill**, Stephan W., “Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses” *op. cit.*, pag. 504; **United Nations. International Law Commission**, “Final Draft Articles on Most Favoured Nation Clauses”, *YBILC*, vol. 2, parte 2, 30th session, 1978, art. 19 nr. 2; a éste respecto Ricardo Méndez Silva afirma: “Hay tratados que producen efecto en relación a terceros, con base en la cláusula de la nación más favorecida pactada en un tratado anterior. (...) Han existido dos posturas frente a esta cláusula: la posición estadounidense y la posición europea. La primera la concibe como condicional, lo que significa que la cláusula solamente se otorga en caso de que la contraparte brinde un beneficio igual, al otorgado al tercer Estado. La posición europea estima a la “cláusula de la nación más favorecida” como incondicional. La consecuencia es que un Estado se obliga a extender los beneficios establecidos en forma pura y simple. No se supedita, como en la posición anterior a ninguna condición. El Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Bruselas de 1936 señaló: “la cláusula de la nación más favorecida tiene carácter incondicional, salvo disposición expresa en contrario.”, **Méndez Silva**, Ricardo, “Los principios del Derecho de los Tratados”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año III, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=7>, no. 7, Sección de Artículos, UNAM, México, 1970, 108. Cabe mencionar que la postura estadounidense sobre la aplicación condicional de la CNMF ha sido superada; Artículo 9 (1). United Nations. International Law Commission, “Final Draft Articles on Most Favoured Nation Clauses”, *YBILC*, vol. 2, parte 2, 30th session, 1978, pag. 3.

embargo, la incorporación de beneficios al tratado base no opera de manera automática, sino que existen ciertas limitantes. Éstas se traducirían en que el tratado firmado con el tercer Estado debería, en principio, regular la misma materia (*subject matter*) que el tratado base, de otro modo, el estándar de tratamiento específico que pretende atraer la CNMF se volcará fuera de la materia contenida en el tratado base, y no será posible que dicho tratamiento sea de conformidad con “circunstancias similares” o “situaciones similares” a éste.⁶⁵¹ Bajo la CNMF el Estado beneficiario puede reclamar solo los derechos que se encuentran dentro de los límites de la misma materia de la cláusula o de su estándar de protección.⁶⁵² Además, dichos derechos se pueden extender a “personas y cosas” cubiertas por el estándar de la cláusula los cuales deben ser de la misma categoría (principio *ejusdem generis*).⁶⁵³ Así, para determinar el ámbito de aplicación de una cláusula de la nación más favorecida debemos, en primera instancia, remitirnos al principio *ejusdem generis*. Dicho principio está embestido de una gran importancia y podríamos calificarlo como el corazón de la cláusula del TNMF, así como el tratado base y el tratado secundario representarían su columna vertebral. Sin este corazón el sentido de interpretación y aplicación de la cláusula no tendría sentido o sería indefinido.

El principio *ejusdem generis* o *eiudem generis* fue retomado en los artículos 9 y 10 del Proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida como lo presentamos a continuación:

“Artículo 9. Alcance de derechos bajo la cláusula de la nación más favorecida

I. Bajo el ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida el Estado beneficiario adquiere, para sí o en beneficio

⁶⁵¹ **Ziegler**, Andreas, “The Nascent International Law on Most Favoured-Nation (MFN) clauses in Bilateral Investment Treaties (BITs), *European Yearbook of International Economic Law 2010*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2010, pags. 89-90.

⁶⁵² **UNCTAD**, *Most-Favoured-Nation Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, *op. cit.*, pag. 24.

⁶⁵³ Artículo 9 (2). **United Nations. International Law Commission**, “Final Draft Articles on Most Favoured Nation Clauses”, *op. cit.*, pag. 3; **Dolzer**, Rudolf/**Schreuer**, Christoph, *Principles of International Investment Law*, *op. cit.*, pag. 74.

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.

2. El Estado beneficiario adquiere los derechos bajo el párrafo 1 únicamente respecto a personas o cosas que hayan sido especificadas en la cláusula o sean implícitas a su materia.

Artículo 10. Adquisición de derechos bajo la cláusula de la nación más favorecida

1. Bajo la cláusula de la nación más favorecida el Estado beneficiario adquiere el derecho al tratamiento de la nación más favorecida solo si el Estado garante extiende tratamiento a un tercer Estado dentro de los límites de la materia de la cláusula.
2. El Estado beneficiario adquiere derechos bajo el párrafo 1 respecto de personas o cosas en una determinada relación con éste, solo si ellos:
 - (a) Pertenecen a la misma categoría de personas o cosas como aquéllas en una determinada relación con un tercer Estado cuyo beneficio del tratamiento extendido a ellos por el Estado garante y;
 - (b) Tienen la misma relación con el Estado beneficiario que las personas o cosas referidas en el subpárrafo (a) tienen con el tercer Estado”.⁶⁵⁴

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) explica la esencia de la operación de la regla *ejusdem generis* del modo siguiente: Supongamos una cláusula de la nación más favorecida en un tratado comercial entre el Estado “A” y el Estado “B” por el que le otorga derecho al Estado “A” a exigir del Estado “B” el tratamiento que “B” otorga a un tercer Estado. Esto no significará que el Estado “A” tenga derecho a exigir del Estado “B” la extradición de un presunto criminal basado en un tercer acuerdo que el Estado “B” haya celebrado con un tercer Estado “C”. La

⁶⁵⁴ *Cfr. orig.* artículos 9 y 10. **United Nations. International Law Commission**, “Final Draft Articles on Most Favoured Nation Clauses”, *op. cit.*, pag. 3-4.

razón radica en la intención de las Partes. En principio la cláusula sólo puede operar en lo relativo a la materia que los dos Estados han tenido en mente cuando ellos la insertaron en el tratado.⁶⁵⁵

El caso *Ambatielos*⁶⁵⁶ sentó la base aplicativa de la CNMF de conformidad con el principio *ejusdem generis*, el cual fue retomado por la CDI en los artículos 9 y 10 del Proyecto anteriormente expuesto, según éste, una CNMF debe extenderse a las materias reguladas en el tratado base. En palabras de la Comisión Arbitral del caso *Ambatielos* en el año 1956 la función del principio *ejusdem generis* debe entenderse como sigue:

“La cláusula de la nación más favorecida únicamente puede atraer cuestiones que pertenezcan a la misma categoría de temas referidos en la propia cláusula”.⁶⁵⁷

En la práctica es muy difícil demostrar esto, pues presupone la igualdad y la comparabilidad de las materias a aplicar.⁶⁵⁸ Por ejemplo, en el caso *Ambatielos*, la Comisión de Arbitraje tuvo que decidir si la cláusula de la nación más favorecida que se refería a “todas las materias relativas al comercio y la navegación (*all matters relating to commerce and navigation*)” podía extenderse a la administración de justicia (*administration of justice*). La Comisión de Arbitraje se remitió al principio *ejusdem generis*,⁶⁵⁹ al interpretarlo afirmó que:

“Es cierto que la ‘administración de justicia’, vista de manera aislada es una materia distinta a ‘comercio y navegación’, pero esto no es necesariamente así cuando es vista en conexión con la protección de

⁶⁵⁵ **United Nations. International Law Commission**, “The Most-Favoured-Nation Clause (with commentaries)”, *op. cit.*, pags. 27.

⁶⁵⁶ Caso **Ambatielos** (Grecia vs. Reino Unido), Arbitration Commission, 06.03.1956, pag. 83-153. También citado como caso **Ambatielos**, Comisión de Arbitraje.

⁶⁵⁷ **Ambatielos**, Comisión de Arbitraje, pag. 319, *cf. orig.* “The most-favored-nation clause can only attract matters belonging to the same category of subject as that to which the clause itself relates”.

⁶⁵⁸ **Dolzer, Rudolf/ Myers, Terry**, “After *Tecmed*: Most-Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements”, *ICSID Review*, Vol. 19, Nr. 1, Spring 2004, pag. 50.

⁶⁵⁹ Caso **Ambatielos**, Comisión de Arbitraje, pag. 106-107.

los derechos de los comerciantes. La protección de los derechos de los comerciantes naturalmente encuentra su ubicación entre las materias relacionadas con los tratados de comercio y navegación.

Por lo tanto, no puede argüirse que la administración de justicia, siempre y cuando esté relacionada con la protección de esos derechos, necesariamente deba ser excluida de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, cuando el segundo incluye 'todas las materias relativas al comercio y navegación'. La cuestión únicamente puede ser determinada de conformidad con la intención de las Partes Contratantes y deducida de una razonable interpretación del Tratado".⁶⁶⁰

La interpretación de lo fallado en el caso *Ambatielos* ha tenido gran influencia en decisiones recientes relativas a la interpretación del principio *ejusdem generis*. La interpretación de este principio es, sin duda, pieza clave para determinar el ámbito de aplicación de la CNMF y así poder determinar si ésta puede abarcar el marco jurisdiccional, de tal modo que puedan someterse determinadas pretensiones al arbitraje internacional del CIADI. Más adelante se analizará el caso *Ambatielos* y la interpretación que se ha dado a éste y, por tanto, al principio *ejusdem generis* por diferentes tribunales arbitrales internacionales.⁶⁶¹

D. Trato o tratamiento más favorable

⁶⁶⁰ *Ibidem*, pag. 107.

⁶⁶¹ Los casos más relevantes al respecto son sin duda alguna: ***Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España***, ICSID Case No. ARB/97/7 (2000), Decision on Jurisdiction, 25. Enero 2000. También citado como: caso ***Maffezini vs. España***; ***Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria***, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8. February 2005. También citado como: caso ***Plama vs. Bulgaria***, decisión a la jurisdicción; ***Siemens A.G. vs. República Argentina***, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6. February 2007. También citado como caso ***Siemens vs. Argentina***, laudo; ***Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. Reino de Jordania***, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 29. November 2004, También citado como caso ***Salini vs. Jordania***, decisión a la jurisdicción; ***Wintershall vs. República Argentina***, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, 8 diciembre 2008. También citado como caso ***Wintershall vs. Argentina***, laudo, párrs. 167 y 188.

Para poder exigir la aplicación del TNMF será necesario determinar si el tratamiento o trato que pretende atraerse es razonable y objetivamente comparable. No puede aplicarse la CNMF ni el TNMF de forma indiscriminada sino, por el contrario, el TNMF debe ser similar al trato otorgado en el tratado base. El TNMF exige pues que el Estado anfitrión no discrimine *de jure* o *de facto* a un inversor o a sus inversiones basado en su nacionalidad.⁶⁶²

En la mayoría de los AI se habla de un “trato” o “tratamiento” más favorable, ahora bien, a qué se refiere realmente este término y ¿cómo puede determinarse si un trato o tratamiento es, en efecto, más favorable en el tratado referencia que el otorgado en el tratado base?

Realmente no ha sido nada fácil para las demandantes comprobar ante un tribunal arbitral que un trato sea más favorable que otro. De manera ejemplar tenemos los casos *Pope and Talbot vs. Canadá*,⁶⁶³ *Parkening vs. Lituania*,⁶⁶⁴ *Bayindir vs. Pakistán*⁶⁶⁵ y *Wintershall vs. Argentina*.⁶⁶⁶

En el caso *Pope & Talbot vs. Canadá* el tribunal arbitral sostuvo:

“al evaluar la implicación del contexto jurídico, el tribunal cree que, como primer paso, el trato otorgado a una inversión propiedad de un inversor protegido [...] debería ser comparado con aquél otorgado a una inversión doméstica en el mismo sector económico o de negocios”.⁶⁶⁷

⁶⁶² UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*, *op. cit.*, pag. 26.

⁶⁶³ *Pope & Talbot vs. Canadá*, UNCITRAL (NAFTA), Award on the Merits of Phase 2. 10. abril 2001. También citado como *Pope & Talbot vs. Canadá*, laudo fase 2. Dodge, William, “Award in *Pope & Talbot, Inc. v. Government of Canada*”, *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 23, 1999-2000, pag. 431-446.

⁶⁶⁴ *Parkerings-Compagniet AS vs. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 septiembre 2007. también citado como caso *Parkenings vs. Lituania*, laudo.

⁶⁶⁵ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. Pakistán*, ICSID Case No. ARB/03/29, laudo, 27 agosto 2009. También citado como caso *Bayindir vs. Pakistán*, laudo.

⁶⁶⁶ *Wintershall vs. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, 8 diciembre 2008. También citado como caso *Wintershall vs. Argentina*, laudo.

⁶⁶⁷ *Pope & Talbot vs. Canadá*, laudo fase 2, párr. 78, *cf. orig.* “In evaluating the implication of the legal context, the Tribunal believes that, as a first step, the treatment accorded a foreign owned investment protected [...] should be compared with that accorded domestic investment in the same business or economic sector”.

“Una vez establecido que un inversor extranjero y uno doméstico están en el mismo sector económico o de negocios, ‘la diferencia del tratamiento será presuntamente violada a menos que ellos tengan un nexo razonable con políticas gubernamentales racionales que (1) no distinguan, en si o *de facto*, entre compañías propiedad extranjera o doméstica, y (2) de otro modo no socaven demasiado la liberalización de inversiones del TLCAN [...] una formulación enfocada en las circunstancias similares [...] requerirá dirigir cualquier diferencia en el tratamiento, exigiendo que ésta será justificada al mostrar que ésta resiste una relación razonable con disposiciones racionales no motivadas por preferencias a inversiones domésticas sobre inversiones de propiedad extranjera”.⁶⁶⁸

En el caso *Parkening vs. Lituania*⁶⁶⁹ el tribunal sostuvo que la comparación era necesaria con un inversor en “circunstancias similares”. En el supuesto de que inversores extranjeros compitan por el mismo proyecto de adquisición pública el tribunal debe comparar no sólo a los dos inversores en el mismo sector económico sino también sus características en la propia propuesta del proyecto.⁶⁷⁰ Así lo determinó el tribunal arbitral:

“la discriminación debe determinarse al observar las circunstancias de los casos individuales. La discriminación envuelve tanto cuestiones de derecho, tales como la legislación que proporciona diferentes tratamientos en función de la ciudadanía, o cuestiones de *facto* donde un Estado trata excesivamente distinto a inversores que están en situaciones similares. Si la discriminación es inaceptable en opinión del tribunal no depende de requisitos subjetivos tales como

⁶⁶⁸ *Ibidem*, párrs. 78, 79, *cf. orig.* “Once it is established that a foreign and domestic investor are in the same business or economic sector, “difference in treatment will presumptively violate [the principle] unless they have a reasonable nexus to rational government policies that (1) do not distinguish, on their face or *de facto*, between foreign-owned and domestic companies, and (2) do not otherwise unduly undermine the investment liberalizing of NAFTA. [...] A formulation focusing on the like circumstances [...] will require addressing any difference in treatment, demanding that it be justified by showing that it bears a reasonable relationship to rational policies not motivated by preference of domestic over foreign-owned investment”.

⁶⁶⁹ *Parkenings vs. Lituania*, laudo.

⁶⁷⁰ UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*, *op. cit.*, pag. 63.

mala fe o la intención dolosa del Estado: al menos el artículo IV del tratado no incluye dichos requisitos. De cualquier forma, para violar el derecho Internacional, la discriminación debe ser irrazonable o carente de proporcionalidad, por ejemplo, debe ser fuera de lugar o excesiva para alcanzar de otro modo un objetivo legítimo del Estado. Una justificación objetiva podría justificar tratamientos diferenciados en casos similares. Sería necesario, en cada caso, evaluar las circunstancias exactas y el contexto”.⁶⁷¹

El tribunal agregó que la condición para que ocurra la violación de una CNMF es la existencia de un tratamiento diferente otorgado a otro inversor extranjero en una situación similar.⁶⁷² Por lo tanto, es necesaria una comparación entre inversores en “circunstancias similares”. El tribunal sostuvo que con la finalidad de determinar si el inversor “A” estuvo en circunstancias similares con “B”, y por tanto el estándar de la NMF fue violado, deben cumplirse las tres condiciones siguientes:

- (1) “B” debe ser un inversor extranjero;
- (2) “B” y “A” deben encontrarse en el mismo sector económico o de negocios;
- (3) Ambos inversores deben ser tratados de manera distinta.

La diferencia del tratamiento será una medida tomada por el Estado, de tal suerte que ninguna disposición o propósito detrás de dicha medida aplicable a las inversiones justifique un tratamiento distinto. *A contrario sensu*, un tratamiento

⁶⁷¹ ***Parkenings vs. Lituania***, laudo, párr. 368, *cfr. orig.* “discrimination is to be ascertained by looking at the circumstances of the individual cases. Discrimination involves either issues of law, such as legislation affording different treatments in function of citizenship, or issues of fact where a State unduly treats differently investors who are in similar circumstances. Whether discrimination is objectionable does not in the opinion of this Tribunal depend on subjective requirements such as the bad faith or the malicious intent of the State: at least, Article IV of the Treaty does not include such requirements. However, to violate international law, discrimination must be unreasonable or lacking proportionality, for instance, it must be inapposite or excessive to achieve an otherwise legitimate objective of the State. An objective justification may justify differentiated treatments of similar cases. It would be necessary, in each case, to evaluate the exact circumstances and the context”.

⁶⁷² ***Antoine Goetz and others vs. Republic of Burundi***, ICSID Case No. ARB 95/3, Award, 10 de febrero de 1999. También citado como caso ***Goetz vs. Burundi***, laudo, párr. 121.

menos favorable es aceptable si un Estado legitima objetivamente el tratamiento diferenciado en relación con la inversión específica.⁶⁷³

Por otra parte, en el caso *Bayindir vs. Pakistán*⁶⁷⁴ el tribunal arbitral reiteró que la similitud y de ahí la comparabilidad entre inversores extranjeros debe examinarse al nivel de los términos contractuales y sus circunstancias específicas; por tanto, un requisito para comparar inversores semejantes constituye un elemento implícito del funcionamiento de una CNMF, el cual no debe ser explícitamente especificado en ella. Así fue el razonamiento del tribunal:

“El tribunal debe, por tanto, revisar si la demandante probó su alegación de violación de la CNMF. Para este propósito, ésta debió comenzar por aceptar la similitud de las situaciones que serán comparadas. [...] dicha similitud debe ser examinada al nivel de los términos contractuales y las circunstancias”.⁶⁷⁵

“El tribunal no está en la posición de proceder con ninguna comparación significativa entre las diferentes situaciones del caso. Para hacerlo sería necesario contar con suficientes datos específicos sobre los términos y las actuaciones de los diferentes contratos relacionados”.⁶⁷⁶

El *test* de comparación opera de manera distinta dependiendo de lo solicitado por los inversores respecto a la CNMF. Cuando los demandantes requieren un mejor tratamiento, ya sea material o efectivo, como lo casos ya mencionados, los tribunales comparan el tratamiento entre dos inversores que se encuentran en circunstancias idénticas. Sin embargo, cuando los inversores demandantes invocan la CNMF con la finalidad de atraer beneficios sustantivos de un tercer tratado, los tribunales no realizan comparación alguna con ningún inversor

⁶⁷³ *Parkenings vs. Lituania*, laudo, párrs. 369, 371.

⁶⁷⁴ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. Pakistán*, ICSID Case No. ARB/03/29, laudo, 27 agosto 2009. También citado como caso *Bayindir vs. Pakistán*, laudo.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, párr. 416, *cf. orig.* “The Tribunal must thus review whether the Claimant has substantiated its allegation of breach of the MFN clause. For this purpose, it must start assessing the similarity of the situations to be compared. As with national treatment, such similarity must be examined at the level of the contractual terms and circumstances”.

⁶⁷⁶ *Ibidem*, párr. 417, *cf. orig.* “The Tribunal is in no position to proceed to any meaningful comparison between the different situations at issue. To do so it would have needed sufficiently specific data on the terms and the performance of the different contracts involved”.

específico, sino que quedan satisfechos con que el inversor califique como tal en virtud del tratado base.⁶⁷⁷ Por otra parte, para el supuesto de que la demandante solicite la aplicación de la CNMF, para atraer mejores beneficios adjetivos al tratado base contenidos en un tratado referencia, los tribunales arbitrales no han razonado a profundidad sobre el término “tratamiento más favorable”.

Un ejemplo claro se presentó en el caso *Wintershall vs. Argentina*⁶⁷⁸ donde el tribunal arbitral sostuvo que “una disposición de un tratado básico menos favorable que la de un tratado con un tercero no puede suponerse ni presumirse, sino que debe probarse”.⁶⁷⁹ En el caso *Wintershall vs. Argentina* la demandante intentó probar en una audiencia, de manera oral, que las disposiciones contenidas en el tratado referencia, a saber el APPRI Argentina-USA, artículo VII, eran más favorables que las contenidas en el tratado base en su artículo 10 (del APPRI Argentina-Alemania). Por su parte Argentina, la demandada, sostuvo que no había sido probado por *Wintershall* que el artículo VII del APPRI Argentina-USA fuera realmente más favorable que el artículo 10 del APPRI Argentina-Alemania, lo anterior suponiendo que la CNMF del artículo 3 del APPRI referencia se aplicara a la disposición sobre solución de controversias contenida en el artículo 10 del APPRI Argentina-Alemania. En tal supuesto, el artículo VII del APPRI Argentina-USA no podría invocarse justificadamente. Argentina insistió en que acudir a un tribunal nacional para obtener medidas provisionales podría considerarse más eficaz que acudir en forma inmediata y directa al CIADI, en especial debido a que las medidas provisionales previstas en el Convenio de Washington no son más que simples recomendaciones. Argentina sostuvo demostrar que los recursos internos hubieran sido eficaces si se hubieran adoptado debidamente conforme al artículo 10(2) del APPRI Argentina-Alemania. Por su parte, *Wintershall* afirmó a *contrario sensu*, acerca de la existencia de diversos obstáculos que dificultan el logro de una reparación ante los tribunales argentinos. En este orden de ideas, en

⁶⁷⁷ Véase *Parkenings vs. Lituania*, laudo, párrs. 368-369, 396; *Bayindir vs. Pakistán*, laudo, 416, 417; UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, pags. 63-66.

⁶⁷⁸ *Wintershall vs. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, 8 diciembre 2008. También citado como caso *Wintershall vs. Argentina*, laudo.

⁶⁷⁹ *Ibidem*, párr. 61.

la audiencia relativa a las excepciones a la jurisdicción, el abogado de Argentina mencionó, y en parte respaldó documentalmente, diversos casos en donde los tribunales argentinos, incluida la Suprema Corte argentina, concedieron no únicamente a la generalidad de los inversores, sino también, en casos específicos, a la filial argentina propiedad de Wintershall pronta reparación mediante decisiones interlocutorias contrarias a las medidas tomadas por el Gobierno argentino, como consecuencia del programa de emergencia financiera dictado por diversos decretos del Gobierno argentino.⁶⁸⁰

Así, el tribunal arbitral sin realizar un análisis profundo del término “trato más favorable” decidió que “el Tribunal sostiene *pro tem* que, en esta etapa preliminar del procedimiento, esta petición adicional de la Demandada es prematura, porque la petición requiere que cada una de las partes pruebe los fundamentos de hecho; la cuestión en realidad corresponde al fondo del caso”.⁶⁸¹

Como vemos, es difícil para los tribunales arbitrales decidir, si en efecto, la disposición que pretende atraerse de un tratado referencia al tratado base es más benéfica que la contenida en el segundo.

Dependiendo de la formulación de la CNMF podemos hablar de una cláusula similar en amplitud de aplicación. Citaremos algunos ejemplos de cláusulas NMF que han sido tema controvertido debido a su formulación.

El primer ejemplo está contenido en el APPRI España-Argentina invocado en el famoso caso *Maffezini vs. España*,⁶⁸² cuyo artículo 4(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]”.

Citamos además el artículo II contenido en el APPRI Argentina-USA, tratado del cual se ha querido obtener beneficios en diversos casos.⁶⁸³ Dicho artículo establece:

⁶⁸⁰ *Ibidem*, párr. 62.

⁶⁸¹ *Ibidem*, párr. 63.

⁶⁸² *Maffezini vs. España*, decisión a la jurisdicción.

“Artículo II

1. Cada Parte **permitirá y tratará las inversiones y sus actividades afines de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares** a las *inversiones o actividades afines* de sus propios nacionales o sociedades, o *a las de los nacionales o sociedades de terceros países*, cualquiera que sea más favorable, sin perjuicio del derecho de cada Parte a hacer o mantener excepciones que correspondan a algunos de los sectores o materias que figuran en el Protocolo anexo al presente Tratado [énfasis añadido]”.

La CNMF contenida en el APPRI Alemania-Argentina en su artículo 3(1) y (2) también fue utilizada en el caso *Siemens vs. Argentina*⁶⁸⁴ y *Wintershall vs. Argentina*,⁶⁸⁵ dicho artículo reza:

“artículo 3

(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 [énfasis añadido]”.

⁶⁸³ Por ejemplo, en los casos *Siemens vs. Argentina*, *Camuzzi vs. Argentina* y el *Wintershall vs. Argentina* se invocó la protección del APPRI Argentina-USA como tratado referencia.

⁶⁸⁴ *Siemens vs. República Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, decisión sobre jurisdicción, 03. Agosto 2004. También citado como caso *Siemens vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción.

⁶⁸⁵ *Wintershall vs. Argentina*, laudo.

Continuamos con la CNMF que se utilizó en el caso *Plama vs. Bulgaria*,⁶⁸⁶ se trata del APPRI Bulgaria-Chipre el cual prevé en su artículo 3(1):

“Artículo 3. (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 [énfasis añadido]”.⁶⁸⁷

Ahora, citaremos la CNMF contenida en el artículo 3 del APPRI Argentina-Reino Unido, la cual fue invocada en el caso *Suez/AWG vs. Argentina*,⁶⁸⁸ la cual reza:

“artículo 3. 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 [énfasis añadido]”.

E. Límites en la aplicación de la CNMF

En los Acuerdos Internacionales de Inversión el sujeto beneficiario es el inversor y la materia es la inversión. Así, los beneficios adquiridos a través de la aplicación de la CNMF y del principio *ejusdem generis* dependerán del ámbito de aplicación

⁶⁸⁶ *Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8. February 2005. También citado como caso *Plama vs. Bulgaria*, decisión a la jurisdicción.

⁶⁸⁷ *APPRI Bulgaria-Chipre*, artículo 3 (1). Cfr. 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”.

⁶⁸⁸ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/19, decisión sobre jurisdicción, 3 de agosto 2006. También citado como: caso *Suez/AWG vs. Argentina*, decisión sobre jurisdicción.

del tratado. El TNMF aplicará al inversor y a sus inversiones dependiendo de su ámbito de aplicación y su formulación específica. De este modo, la CNMF estará limitada al tratamiento de personas y beneficiarios cubiertos por la definición del tratado.⁶⁸⁹ Otras limitantes se encontrarán de manera específica en el contenido mismo del tratado.

1. Límites basados en el ámbito de aplicación del tratado base

Mientras que el principio *ejusdem generis* limita la operación de la CNMF a incorporar un tratamiento más favorable respecto de la materia de la cláusula en sí, el ámbito de aplicación de la CNMF es regularmente restringido de manera indirecta por el ámbito de aplicación del tratado base, es decir, la CNMF sólo podrá ser aplicable a aquellas materias reguladas en el tratado base.⁶⁹⁰ Lo anterior se presentará al considerar su materia (*ratione materiae*), su ámbito temporal de aplicación (*ratione temporis*) y su ámbito personal de aplicación (*ratione personae*). Por lo tanto, las CNMF contenidas en los más de 2800 APPRIs no operarán, por lo general, para otorgar mejor tratamiento en materias como la inmunidad diplomática, aviación o beneficios fiscales o criminales.⁶⁹¹ Al estar fuera del ámbito de aplicación material del tratado base éste tipo de materias quedan excluidas del ámbito de aplicación de la CNMF y, de este modo, complementar la regla *ejusdem generis*.⁶⁹² El ámbito de aplicación del tratado base limitará el

⁶⁸⁹ UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, *op. cit.*, pags. 25-26.

⁶⁹⁰ *Ibidem*, pag. 24.

⁶⁹¹ ***Hochtief Aktiengesellschaft vs. Argentine Republic***, ICSID Case No. ARB/07/31, Decision on Jurisdiction, 24 octubre 2011. También citado como caso ***Hochtief vs. Argentina***, decisión a la jurisdicción, párr. 76.

⁶⁹² ***Maffezini vs. España***, decisión a la jurisdicción, párr. 56. “si un tratado con un tercero contiene disposiciones (...) más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, (...); de otro modo se incurriría en contravención de dicho principio”; párr. 45 “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

ámbito de aplicación de la CNMF, a menos que la cláusula sea excepcionalmente amplia y vaya explícitamente más allá de la materia del tratado. En otras palabras, una CNMF, en principio, no puede extender su ámbito de aplicación más allá del contenido del tratado base. De la misma forma, un inversor no estará posibilitado de extender el significado de “inversor” para los efectos de la CNMF contenida en el tratado base, incluso si en un tercer tratado existe una definición más amplia del concepto de inversor o inversiones protegidas (*ratione personae* o *ratione materiae*). Lo mismo sucede con el ámbito temporal de aplicación del tratado base.

En el caso *Tecmed vs. México*⁶⁹³ el tribunal arbitral se enfrentó con la cuestión de la temporalidad del tratado base. El tribunal declinó la extensión de la aplicación temporal del APPRI México-España basado en la aplicación de la CNMF, contenida en su artículo 8(1), mediante la cual se pretendía invocar la protección contenida en el APPRI México-Austria. De un modo muy coherente el tribunal arbitral rechazó la utilización de la CNMF para extender la temporalidad del APPRI México-Austria al APPRI México-España pues estimó “que las cuestiones vinculadas a la aplicación en el tiempo del Acuerdo, que en realidad conciernen más al ámbito temporal de aplicación de sus disposiciones sustantivas que a cuestiones de índole procesal o jurisdiccional, por su trascendencia e importancia, integran el núcleo de cuestiones que deben presumirse como especialmente negociadas entre las Partes Contratantes y determinantes de su aceptación del Acuerdo, ya que atañen directamente, tanto la identificación del régimen sustantivo de protección aplicable al inversor extranjero y muy particularmente del contexto jurídico general – nacional o internacional - dentro del cual tal régimen opera, cuanto al acceso del inversor extranjero a las disposiciones sustantivas que forman tal régimen; y no pueden, por ende, verse desvirtuadas en

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”.

⁶⁹³ ***Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos***, CIADI caso no. ARB(AF)/00/2, laudo, 29 mayo de 2003. También citado como ***Tecmed vs. México***.

su aplicación a través del principio de la cláusula de la nación más favorecida”.⁶⁹⁴ Debemos recalcar que cuando el tribunal se refiere al “núcleo de cuestiones que deben presumirse como especialmente negociadas entre las Partes Contratantes” se refiere al ámbito de aplicación general del tratado (*ratione personae, materiae, temporis, voluntatis*).⁶⁹⁵

2. Límites explícitos a la aplicación de la CNMF contenidos en el cuerpo de los Acuerdos Internacionales de Inversión

Los límites explícitos a las CNMF son generalmente medios efectivos para acotar la amplitud de los AI y de la CNMF respecto al mismo. Estos límites explícitos pueden, por un lado, ser (a) contenidos en alguna parte del tratado con aplicación a todas las disposiciones del AI y por otro (b) encontrarse como parte del contenido de la CNMF.

Un ejemplo del primer caso, es decir, el límite del beneficio de la CNMF contenido en alguna parte de tratado con aplicación a todas las disposiciones de él, podemos encontrarlo en el APPRI USA-Uruguay.⁶⁹⁶ Este APPRI contiene algunas cláusulas novedosas como la referente a la inversión y el medio ambiente contenida en su artículo 12, la relativa a la inversión y el trabajo contenida en su artículo 13, la protección fundamental regulada en su artículo 18 y revelación de información prevista en su artículo 19.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, párr. 69.

⁶⁹⁵ Para una interpretación errónea sobre lo referido por el tribunal arbitral del caso *tecomed. vs. México*, véase **Schill**, Stephan W., “Multilateralizing Investment Treaties Through Most-Favored-Nation Clauses”, *op. cit.*, pag. 524, Schill confunde el decir del tribunal arbitral y realiza un análisis de lo que según el autor es una diferenciación entre disposiciones en un tratado que considera especiales de las que no lo son. Lo que dejó claro es que efectivamente existen excepciones a la aplicación de la CNMF, las cuales limitarán la aplicación de la cláusula. Véase por ejemplo el artículo 1105 (1) en relación con el 1103 del TLCAN, los cuales fueron mencionados en el punto anterior; **Naciones Unidas. Corte Internacional de Justicia**, *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991*, Nueva York/Ginebra, 1992. **Anglo-Iranian Oil Company (UK vs. Iran)**, Judgment on preliminary objections, ICJ, 22 de julio 1952, pag. 33-34.

⁶⁹⁶ Tratado Relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República Oriental de Uruguay y los Estados Unidos de América, firmado el 4 de noviembre de 2005, en vigor 1 de noviembre 2006. Ley no. 17.943 del 4 de enero del 2006. También citado como **APPRI Uruguay-USA**.

En el caso del artículo 12⁶⁹⁷ y del 13⁶⁹⁸ establecen que es inapropiado fomentar inversión a costas de la reducción de disposiciones de carácter medioambiental y laboral (*labor laws*).

Respecto a la legislación medioambiental las Partes realizan un reconocimiento expreso de tal situación y establecen en el propio APPRI en el artículo 12: “las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación ambiental interna”. Un reconocimiento similar es exteriorizado en el artículo 13 relativo al detrimento de la legislación laboral en *pro* de la inversión. Así lo establece el artículo 13 del APPRI que nos ocupa “las Partes reconocen que es

⁶⁹⁷ **APPRI Uruguay-USA.** Artículo 12, inversión y medio ambiente.

“1. Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación ambiental interna. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no declina ni de otra forma deroga, ni ofrece declinar ni de otra forma derogar tal legislación de manera que se debilite o reduzca la protección otorgada por la misma como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio. Si una Parte considera que la otra Parte ha ofrecido tal incentivo, podrá solicitar consultas con la otra Parte y las dos Partes realizarán las consultas con el fin de evitarlo.

2. Nada de lo dispuesto en el presente Tratado se interpretará como un impedimento para las Partes de adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida de otra forma compatible con este Tratado que consideren pertinente para asegurar que la actividad de inversiones en su territorio sea realizada en atención a los problemas ambientales”.

⁶⁹⁸ **APPRI Uruguay-USA.** Artículo 13, inversión y legislación laboral.

“1. Las Partes reconocen que es inapropiado promover inversiones mediante el debilitamiento o reducción de la protección contempladas en su legislación laboral interna. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no declinará ni derogará, ni ofrecerá declinar o derogar dicha legislación de manera que se debilite o reduzca su adhesión a los derechos laborales internacionalmente reconocidos señalados en el párrafo 2 como una forma de incentivar el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio. Si una Parte considera que la otra Parte ha ofrecido tal incentivo, podrá solicitar consultas con la otra Parte y ambas Partes realizarán consultas con el fin de evitarlo.

2. A los efectos del presente Artículo, legislación laboral significa las leyes o reglamentos (14) de cada Parte, o disposiciones de las mismas, que estén directamente relacionadas con los siguientes derechos laborales internacionalmente reconocidos:

- (a) derecho de asociación;
- (b) derecho de organización y negociación colectiva;
- (c) prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio;
- (d) leyes de protección laboral para niños y jóvenes, determinación de una edad mínima para el empleo de niños y prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil; y
- (e) condiciones aceptables de trabajo en lo que respecta a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional.

3. Nada de lo dispuesto en el presente Tratado se interpretará como un impedimento para las Partes de adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida de otra forma compatible con este Tratado que considere pertinente para asegurar que la actividad de inversiones en su territorio sea realizada en atención a los problemas laborales”.

inapropiado promover inversiones mediante el debilitamiento o reducción de la protección contempladas en su legislación laboral interna”.

En otro contexto, cuando se disminuyen dichos estándares por algunos Estados, principalmente en transición, en desarrollo o menos desarrollados es con el fin de atraer inversión extranjera, que podríamos compararla con una especie de competencia desleal, aunque en la realidad no sea equiparable a ella. En realidad los Estados que realizan estas prácticas son abusadores por una parte, al abatir sus responsabilidades sociales y medioambientales al mejor postor y; abusados, pues a mediano y largo plazo, dichos Estados sufrirán los estragos de los estándares abatidos.⁶⁹⁹

Por tanto, es importante el contenido del artículo 13 del APPRI Uruguay-USA pues reconoce los estándares mínimos de protección al trabajo reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT),⁷⁰⁰ aunque redactados de manera limitativa.⁷⁰¹ Algunos APPRIs de última generación contienen este tipo de disposiciones, las cuales, aplicarán en su totalidad a todo el tratado y en caso de que un Estado intente invocar un trato más favorable en este rubro contenido en un tercer APPRI, le será negado. De igual forma sucede con el contenido del artículo 18,⁷⁰² el cual es altamente permeado por la influencia de los Estados

⁶⁹⁹ Véase propuestas para desarrollar un acuerdo que contiene medidas de protección sostenible en combinación con la inversión: **Von Moltke**, Konrad, *A Model International Investment Agreement for the Promotion of Sustainable Development*, International Institute for Sustainable Development (iisd), Canadá, noviembre 2004; **Peterson**, Eric, *Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making*, International Institute for Sustainable Development (iisd), Canadá, noviembre 2004.

⁷⁰⁰ International Labour Organization (ILO), por sus siglas en inglés. Existe un gran número de convenciones y recomendaciones relacionadas con el trabajo, por ello el carácter limitativo del contenido de derechos enlistados en el artículo 13 del **APPRI Uruguay-USA** puede ser altamente criticado. Para más información acerca de las normas internacionales del trabajo de la OIT puede consultarse <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>, noviembre 2011.

⁷⁰¹ **APPRI Uruguay-USA**, artículo 13, nr. 3.

⁷⁰² **APPRI Uruguay-USA**, artículo 18, seguridad esencial.

“Ninguna disposición de este Tratado se interpretará en el sentido de:

1. exigir a una Parte a proporcionar ni permitir el acceso a información cuya divulgación considere contraria a sus intereses esenciales en materia de seguridad; o
2. impedir a una Parte aplicar medidas que considere necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones con respecto al mantenimiento y restauración de la paz y la seguridad internacionales,

Unidos al establecer que ninguna disposición del tratado será construida con el fin de (1) que cualquiera de las partes proporcione información que considere contraria a su seguridad nacional ni tampoco (2) impedir a una parte la aplicación de medidas que ésta considere necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones respecto del mantenimiento, restauración de la paz y seguridad internacional o protección de sus propios intereses de seguridad fundamental (*essential security*). El artículo 19⁷⁰³ sigue el mismo corte al establecer que el tratado no deberá inferir en información considerada confidencial cuya revelación impida el cumplimiento de la ley, sea contraria al interés público o perjudique los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas.

La regla *ejusdem generis* limita la operación de las CNMF para importar “trato más favorable” respecto de la misma materia de la propia cláusula, en el caso concreto, el trato equitativo de inversores extranjeros con diferentes nacionalidades. La regla *ejusdem generis* no requiere que una cláusula más favorable trate la misma materia que la disposición del tratado base que se supone ha sido invalidada.⁷⁰⁴ Consecuentemente, las excepciones al ámbito de aplicación de un All no pueden ser invalidadas por la operación de una CNMF contenida en el mismo tratado.⁷⁰⁵

Las cláusulas de la nación más favorecida no están únicamente limitadas a atraer niveles de tratamiento más favorable acorde con inversiones de terceros Estados sólo donde ellos puedan encontrarse dentro del ámbito de aplicación de una cláusula o protección en concreto. La CNMF puede atraer cualquier tratamiento más favorable extendido a las inversiones provenientes de un tercer

o para proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad”.

⁷⁰³ **APPRI Uruguay-USA**, artículo 19, divulgación de información.

“Ninguna disposición de este Tratado se interpretará en el sentido de exigir a una Parte que proporcione o permita el acceso a información cuya divulgación impediría hacer cumplir la ley o de otra forma fuera contraria al interés público, o puede perjudicar los intereses comerciales legítimos de empresas particulares, ya sea públicas o privadas”.

⁷⁰⁴ **Schill**, Stephan W., “Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses”, *op. cit.*, pag. 522.

⁷⁰⁵ *Idem*.

Estado y se realiza de modo incondicional.⁷⁰⁶ Así lo decidió el Comité *ad hoc* en el caso MTD vs. Chile:

“En el primer punto, el Comité se remite al párrafo 27 arriba mencionado a las dos disposiciones del APPRI que incorporan el estándar del trato justo y equitativo. Éste nota que el argumento de que la cláusula de la nación más favorecida del artículo 3 (1) del APPRI⁷⁰⁷ importa un elemento adicional del APPRI Croacia-Chile.⁷⁰⁸ El tribunal discutió este tema en los siguientes términos:

La pregunta para el tribunal es si las disposiciones del APPRI Croacia y el APPRI Dinamarca (celebrados con Chile) que tratan la obligación de conceder permisos subsecuentes a la aprobación de una inversión y al cumplimiento de las obligaciones contractuales, respectivamente, puede ser considerado parte del trato justo y equitativo.

El tribunal concluyó que, de conformidad con el APPRI, el estándar del trato justo y equitativo debe interpretarse de la forma más conducente para cumplir el objetivo del APPRI para proteger y crear condiciones favorables a las inversiones. El tribunal considera que incluir como parte de las protecciones del APPRI aquellas del artículo 3 (1) del APPRI Dinamarca y el artículo 3(3) y (4) del APPRI Croacia es en consonancia con este propósito. El tribunal está, por tanto, convencido de esta conclusión por el hecho de que las exclusiones en la CNMF son relativas al tratamiento tributario y cooperación regional, materias

⁷⁰⁶ **MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs. Republic of Chile**, ICSID Case No. ARB/01/7, decision on Annulment, 21. Marzo 2007. También citado como **MTD vs. Chile**, decisión sobre anulación, párr. 64.

⁷⁰⁷ **APPRI Chile-Dinamarca**, artículo 3(1) “Investments made by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party shall receive fair and equitable treatment, and no less favourable than that granted to the investments made by investors of any third State”.

⁷⁰⁸ **APPRI Chile-Croacia**, artículo 4(1) “Each Contracting Party shall extend fair and equitable treatment to investments made by investors of the other Contracting Party on its territory and shall ensure that the exercise of the right thus recognized shall not be hindered in practice”.

extrañas al APPRI pero que debido a la naturaleza general de la CNMF las Partes Contratantes consideraron prudente excluir. A *contrario sensu*, otras materias que pueden ser construidas para ser parte del tratamiento justo y equitativo del inversor serán cubiertas por la cláusula”.⁷⁰⁹

“Este pasaje parece confundir la noción del trato justo y equitativo requerido en el primera parte del artículo 3 (1) del APPRI Chile-Malasia con el trato de la nación más favorecida”.⁷¹⁰

El caso de una limitación expresa contenida en la CNMF o una norma que acota expresamente la aplicación de la CNMF en cierto rubro se analizó en el caso ADF vs. USA,⁷¹¹ el cual se desarrolló en el marco del TLCAN entre una empresa canadiense y Estados Unidos,⁷¹² al respecto, el inversor retomó la posición del

⁷⁰⁹ **MTD vs. Chile**, decisión sobre anulación, párr. 64; **MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs. Republic of Chile** (ICSID Case No. ARB/01/7), Award, 25. Mayo 2004. También citado como **MTD vs. Chile**, laudo, párrs. 103-104, *cf. orig.* “On the first point, the Committee referred in paragraph 27 above to the two provisions of the BIT which incorporate the fair and equitable treatment standard. It noted the argument that the most-favoured-nation clause in Article 3(1) of the BIT imported an additional element from the Croatia-Chile BIT. The Tribunal discussed this issue in the following terms:

The question for the Tribunal is whether the provisions of the Croatia BIT and the Denmark BIT which deal with the obligation to award permits subsequent to approval of an investment and to fulfillment of contractual obligations, respectively, can be considered to be part of fair and equitable treatment.

The Tribunal has concluded that, under the BIT, the fair and equitable standard of treatment has to be interpreted in the manner most conducive to fulfill the objective of the BIT to protect investments and create conditions favorable to investments. The Tribunal considers that to include as part of the protections of the BIT those included in Article 3(1) of the Denmark BIT and Article 3(3) and (4) [sic – this should read Article 4(1)] of the Croatia BIT is in consonance with this purpose. The Tribunal is further convinced of this conclusion by the fact that the exclusions in the MFN clause relate to tax treatment and regional cooperation, matters alien to the BIT but that, because of the general nature of the MFN clause, the Contracting Parties considered it prudent to exclude. A *contrario sensu*, other matters that can be construed to be part of the fair and equitable treatment of investors would be covered by the clause”.

⁷¹⁰ **MTD vs. Chile**, decisión sobre anulación, párr. 64, *cf. orig.* “This passage appears to confuse the notion of fair and equitable treatment required by the first part of Article 3(1) of the Malaysia-Chile BIT with the most-favoured-nation treatment”.

⁷¹¹ **ADF Group Inc. vs. United States of America**, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, award, 9. January, 2003. También citado como **ADF vs. USA**, laudo.

⁷¹² Nos referimos a los Estados Unidos de América al citar Estados Unidos o USA.

tribunal arbitral del caso *Pope & Talbot vs. USA*⁷¹³ e invocó disposiciones más favorables en materia de trato justo y equitativo contenidas en los APPRI's Albania-USA y Estonia-USA. ADF pretendía que se ampliara la estrecha aplicación de la cláusula relativa al trato justo y equitativo contenido en el artículo 1105 (1) del TLCAN. Sin embargo, el inversor no tomó en cuenta la nota interpretativa realizada por México, Canadá y Estados Unidos respecto a la interpretación de la materia expresamente excluida del alcance y operación de la CNMF contenida en el artículo 1103 del TLCAN. Así, el tribunal arbitral rechazó el argumento de la demandante porque la disputa relativa a una decisión de adquisición pública es una materia expresamente excluida del ámbito de aplicación y operación de la CNMF contenida en el artículo 1103 del TLCAN.⁷¹⁴

IV. REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE TRATADOS EN DERECHO INTERNACIONAL

La teoría sobre la interpretación de los tratados internacionales será una constante para poder resolver las cuestiones contenidas en la presente investigación. Al hablar de interpretación jurídica, interpretar quiere decir adscribir, atribuir un significado a un texto jurídico normativo, y esta atribución tiene lugar con base en argumentos particulares.⁷¹⁵ Sobre estos argumentos o métodos interpretativos será que realizaremos las siguientes reflexiones.

En la historia del derecho internacional todos los tribunales internacionales se han confrontado inevitablemente con este tópico que es parte intrínseca de su actuar judicial para determinar la sustancia de sus fallos. El trabajo de la Corte

⁷¹³ *ADF vs. USA*, laudo, párr. 43.

⁷¹⁴ *Ibidem*, párr. 196; **TLCAN** artículo 1108 (7) (a) "los artículos 1102, 1103 y 1107 no se aplican a: (a) las compras realizadas por una Parte o por una empresa del Estado"; **Werner**, Jacques, "Some Comments on the NAFTA Chapter 11 Case *ADF Group Inc. and United States of America*", *JWIT*, Vol. 4, Nr. 1, 2003, pag. 113 y ss.

⁷¹⁵ **Velluzzi**, Vito, "Interpretación sistemática: ¿Un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, no. 21, vol. 1, Universidad de Alicante. Área de Filosofía del Derecho, Alicante, 1998, pag. 68.

Internacional de Justicia (CIJ), y de su predecesora la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), se ha valido desde sus inicios de la interpretación de los tratados, tanto en los casos que ha resuelto como en las opiniones consultivas emitidas. La interpretación de los tratados es de vital importancia en la construcción de la jurisprudencia internacional que puede llegar a convertirse en costumbre internacional,⁷¹⁶ la cual deberá tomarse en cuenta y aplicarse por los tribunales internacionales.

A. Las Partes como interpretadores originales de los Tratados

No solo los tribunales internacionales son competentes para interpretar los tratados internacionales; en primera instancia serán las partes las competentes para interpretar un tratado que hayan acordado. Un ejemplo de ello son las notas interpretativas del TLCAN realizadas respecto de algunas de las disposiciones contenidas en su Capítulo XI, por México, Estados Unidos y Canadá.⁷¹⁷ En todo momento las partes pueden realizar un acuerdo en lo concerniente a la interpretación del tratado. Este tipo de prácticas se presentan, por lo general, en el contexto y como resultado de las “prácticas subsecuentes de la aplicación de un tratado”, las cuales claramente deben establecer el acuerdo de todas las partes involucradas respecto a la interpretación de determinadas normas del tratado en concreto.⁷¹⁸

B. La interpretación de los Tratados derivada de la Convención de Viena sobre

⁷¹⁶ Siempre y cuando se cumplan con los requisitos para la conformación de la costumbre internacional: (a) duración; (b) Uniformidad, consistencia de la práctica; (c) generalidad de la práctica y la (d) *opinio juris et necessitatis*. Véase **Malanczuk**, Peter, *Akenhurst's Modern Introduction to International Law*, 7a. ed., Routledge Chapman & Hall, New York, 1997, pags. 39-47.

⁷¹⁷ **TLCAN. Comisión de Libre Comercio del TLCAN**, *Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11*. 31 de julio de 2001, http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_s.asp, febrero 2012.

⁷¹⁸ **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados**, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigor el 27 de enero, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, marzo 2012. artículo 31 (3).

el Derecho de los Tratados de 1969

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT o Convención de Viena, en adelante) recoge los principios interpretativos desarrollados hasta el momento de su celebración por la jurisprudencia de la CPJI y la CIJ en sus artículos 31 y 32. Así, citaremos en primera instancia la Regla de Interpretación derivada de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969:

“31. Regla General de Interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Junto con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

32. Medios de Interpretación Complementarios. Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje equívoco u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

Los preceptos enunciados con anterioridad siguen al pie de la letra los Proyecto de artículos sobre el Derecho de los Tratados (*Draft Articles on the Law of Treaties*)⁷¹⁹ elaborado por la CDI. Respecto a la aparente jerarquía de las fuentes que pudiera representar la combinación de los textos de ambos artículos, la CDI en los comentarios respecto al Proyecto añadió que la Comisión al definir el título del artículo 27 “Regla General de Interpretación” (*General Rule of Interpretation*) – cuyo equivalente es el artículo 31 de la Convención de Viena – en singular y al subrayar la conexión entre los párrafos primero y segundo, así como el tercero con los dos anteriores, pretendió que la suma de todos los elementos del artículo representarán un todo. Por tanto, al momento de trasladarlo al método interpretativo del artículo 31 de la Convención de Viena, podemos deducir que su correcta interpretación será la conjunción y comprobación de cada uno de sus párrafos, a los que llamaremos elementos, como un todo para lograr una interpretación íntegra. La CDI añade además que el artículo 27 del Borrador es titulado “Regla General de Interpretación” porque ella decidió enfatizar que el proceso de interpretación es una unidad y que las disposiciones del artículo conforman una Regla rigurosa integrada por varios elementos. Del mismo modo, el término “contexto” contenido en el segundo párrafo es designado para conectar todos los elementos de interpretación mencionados en este párrafo a la palabra “contexto” contenida en el párrafo primero y con ello incorporarlo a dicha disposición. De igual modo, la frase contenida en el tercer párrafo “junto con el contexto, habrá de tenerse en cuenta” (*there shall be taken into account, together with the context*) es designada para incorporar al párrafo primero los elementos de interpretación contenidos en el párrafo tercero. Si la disposición del párrafo cuarto es de distinto carácter a los tres anteriores, la palabra “especial” sirve para indicar

⁷¹⁹ **United Nations. International Law Commission.** Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, *YBILC*, vol. II 1966, pags. 117-118, artículos 27 y 28, http://untreaty.un.org/ilc/texts/1_1.htm, noviembre 2011.

su relación con la Regla del párrafo primero.⁷²⁰ Así lo retomó el tribunal arbitral en el caso *Chevron vs. Ecuador*⁷²¹ que al respecto estableció que “el Tribunal debe, tal como lo requiere la ‘Regla General de Interpretación’ del artículo 31 de la CVDT, interpretar las disposiciones de los ABIs de buena fe conforme al sentido corriente (*ordinary meaning*) que haya de atribuirse en su contexto y a la luz del objeto y propósito de los ABIs. El ‘contexto’ que es referido en el párrafo primero del artículo 31 otorga una definición específica en el segundo párrafo del artículo 31 y comprende tres elementos: (i) el texto del ABI, incluido el preámbulo; (ii) cualquier acuerdo entre las partes del ABI en conexión con su celebración; y (iii) cualquier instrumento que haya sido hecho por una de las partes del ABI en conexión con su celebración y aceptado por la otra parte del ABI. El ‘significado ordinario’ (...) aplicará a menos que se haya dado un significado especial a un término, siempre y cuando lo hayan previsto las partes del ABI, tal como lo establece el párrafo cuarto del artículo 31”.⁷²²

Con ello, y si trasladamos lo anterior a la interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena, notaremos que su aplicación, para el caso relevante, será un todo y por tanto, al momento de interpretar cierta norma contenida en un tratado determinado, deberemos tomar en cuenta y subsumir todos y cada uno de los elementos del artículo 31 de la Convención de Viena.

Respecto al artículo 32, Medios de Interpretación Complementarios de la Convención de Viena y su equivalente, el artículo 28 del Borrador, la CDI agregó que la palabra “complementario” (*supplementary*) enfatiza que esta disposición no es un medio de interpretación alterno autónomo, sino un medio de ayuda a la Regla de Interpretación del artículo 31. Así, en los casos en que el sentido corriente de las palabras contenidas en un tratado sea claro y tenga conexión con el contexto del mismo, no habrá necesidad de acudir a otros medios de

⁷²⁰ *Ibidem*, pags. 119-120.

⁷²¹ ***Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) vs. The Republic of Ecuador***, UNCITRAL Arbitration Rules, **APPRI Ecuador-USA**, Partial Award on the Merits, March 30, 2010. También citado como caso ***Chevron vs. Ecuador***, laudo.

⁷²² *Ibidem*, párr. 161.

interpretación; a *contrario sensu*, en caso de no haberlos o de no estar claro el sentido corriente o el contexto no deje clara la intención de las partes, podrá acudirse a los “*travaux préparatoires*”.⁷²³ Así lo confirmó la CIJ en su opinión consultiva en la que aclaró que no debe acudirse a los trabajos preparatorios en el caso de admisión de un Estado a las Naciones Unidas “la Corte considera que el texto es suficientemente claro; en consecuencia no siente que tendría que derivar de la práctica consistente de la Corte Permanente de Justicia Internacional, conforme a la cual no hay motivo para recurrir a los trabajos preparatorios si el texto de la convención es suficientemente claro por sí mismo”.⁷²⁴ Por otra parte, el tribunal arbitral en el caso *Chevron vs. Ecuador* adoptó los Medios Complementarios de Interpretación del artículo 32 de la Convención de Viena y agregó “el Tribunal puede recurrir a los Medios Complementarios de Interpretación (i) para confirmar el significado resultante de la aplicación del artículo 31 de la CV, o (ii) cuando la interpretación dada conforme al artículo 31 de la CV deje equívoco u oscuro, o conduzca a un resultado que es manifiestamente absurdo o irrazonable. Esos Medios Complementarios de Interpretación incluyen el trabajo preparatorio del tratado y las circunstancias de su celebración. Así, los Medios Complementarios de Interpretación del artículo 32 sólo se darán si las situaciones arriba mencionadas se producen”.⁷²⁵ En este orden de ideas, deberá acudirse al artículo 32 de la Convención de Viena para utilizarse como un medio coadyuvante de interpretación de la Regla contenida en el artículo 31 de la Convención. Dicho medio coadyuvante incluye los trabajos preparatorios y el contexto al momento de su celebración y es permisible su uso con el propósito de confirmar el significado resultante de la aplicación del artículo 31 para determinar su significado, lo

⁷²³ **United Nations. International Law Commission.** Draft articles on the Law of Treaties with commentaries, *op. cit.*, pag. 222.

⁷²⁴ **Condiciones de Admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas** (artículo 4 de la Carta) - *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Art. 4 of the Charter)*, CIJ, opinión consultiva, 28 de mayo de 1948, I.C.J. Reports, 1948, pag. 63, *cfr. orig.* “*The Court considers that the text is sufficiently clear; consequently it does not feel that it should derivate from the consistent practice of the Permanent Court of International Justice, according to which there is no occasion to resort to preparatory work if the text of a convention is sufficiently clear in itself*”.

⁷²⁵ **Chevron vs. Ecuador**, laudo, párr. 162.

anterior, cuando la interpretación de conformidad con dicho precepto sea ambigua u oscura o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. Además, el uso de este artículo servirá para confirmar un significado que emerja como resultado de la interpretación textual.⁷²⁶ En conclusión, apreciamos que la Corte es flexible respecto a la utilización de los trabajos preparatorios según sea el caso concreto.⁷²⁷

C. Los métodos Interpretativos inmersos en la Regla de Interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena

Si ha quedado claro que la Regla de Interpretación derivada del artículo 31 de la Convención de Viena es un todo, no nos habrá quedado claro cuáles son los métodos interpretativos inmersos en esa Regla. Los métodos interpretativos derivados de la Convención de Viena se rigen por la doctrina del sentido corriente que encierra tres de ellos, (1) la llamada interpretación gramatical, textual o natural; (2) la interpretación sistemática; y (3) la interpretación teleológica. Principios que funcionarán como un todo jurídico encerrado en la doctrina del sentido ordinario y que se tratarán en los siguientes puntos. La doctrina del sentido corriente encierra además el principio de contemporaneidad, el *ejusdem generis* y el *expressio unius est exclusio alterius*. Según el principio de contemporaneidad el lenguaje del tratado debe ser interpretado a la luz de las reglas generales de Derecho Internacional en vigor ubicado en el momento de su celebración y a la luz

⁷²⁶ **Competencia de la Asamblea General para Admitir a un Estado como Miembro de las Naciones Unidas**, CIJ, opinión consultiva, 3 de marzo 1950, *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991*, Naciones Unidas, Nueva York, 1992, caso no. 2, pag. 13 y 14; **Condiciones de Admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas (artículo 4 de la Carta)**, CIJ, opinión consultiva, 28 de mayo 1948, *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991*, Naciones Unidas, Nueva York, 1992, caso no. 2, pag. 5 y 6; **Brownlie**, Ian: *Principles of Public International Law*, op. cit., pag. 606.

⁷²⁷ Véase por ejemplo **Interpretation of the Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night**, PICJ, Advisory Opinion, 15 November 1932, series A/B50, pag. 380; **Bankovic and Others vs. Belgium and 16 other Contracting States**, European Court of Human Rights, Decision of admissibility, Application no. 52207/99 of 12 December 2001, párrs. 63-65.

del significado contemporáneo o actual de los términos empleados en éste.⁷²⁸ Como ejemplo tenemos el caso relativo a los derechos de los nacionales de los E.U. en Marruecos en el que el tribunal apuntó “es necesario tomar en cuenta el significado de la palabra ‘controversia’ en el momento en que los dos tratados fueron celebrados”.⁷²⁹ Por otra parte, la doctrina del sentido corriente (*ordinary meaning*) envuelve la premisa de que un significado diferente al del sentido corriente puede ser establecido, pero el partidario de un significado especial tendrá la carga de la prueba.⁷³⁰ Este principio encierra además (1) la doctrina *ejusdem generis* en el sentido de la presunción lógica de que palabras generales seguidas o quizás precedidas de palabras especiales son limitadas al género indicado por las palabras especiales; y (2) el principio *expressio unius est exclusio alterius* se refiere a que la mención expresa de un asunto excluye otros asuntos.⁷³¹

1. La aproximación textual: sentido natural y corriente (*natural and ordinary meaning*)

La llamada interpretación textual, gramatical, natural e incluso literal, está recogida en el artículo 31(1) de la Convención de Viena, la cual prevé que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado”. De esta frase cabe abstraer dos cuestiones: primera, no debe interpretarse lo que no requiera interpretación;⁷³² segunda, se debe dar sentido corriente, es decir natural, a los preceptos contenidos en un tratado.⁷³³

⁷²⁸ Véase por ejemplo **Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco** (France vs. United States of America), ICJ, Judgment. 27.08.1952, general list no. 11.

⁷²⁹ *Ibidem*, pag. 189.

⁷³⁰ **Brownlie**, Ian: *Principles of Public International Law*, *op. cit.*, pag. 604.

⁷³¹ *Idem*.

⁷³² **Lauterpacht**, Hersch, “Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties”, *Brit. Y.B. Int’l L* 1949, no. 26, Oxford University Press, Gran Bretaña, reinpr. 1980, pag. 48.

⁷³³ **Lauterpacht**, Hersch, “The Development of the Law of International Organization by the Decisions of International Tribunals”, *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, no. IV, t. 152, Sijthoff & Noordhoff, Países Bajos, 1976, pag. 417.

La Comisión y el Instituto de Derecho Internacional opinan que la intención de las partes expresada en el texto (*as expressed in the text*) del tratado es la mejor forma de saber la intención que éstas tuvieron al respecto y saber sobre las materias que éstas quisieron regular.⁷³⁴ El texto será la mejor guía sobre la última intención de las partes. Sin embargo, hay que ser precavidos en este punto pues el empleo aislado de la interpretación textual o literal podrá utilizarse en pocas ocasiones, pues generalmente las controversias sobre interpretación de una norma son de una complejidad tal que la sola lectura de las disposiciones no daría solución a problemas interpretativos en la mayoría de los casos.⁷³⁵ Se estará en lo incorrecto al pensar que la función de la interpretación de los tratados consistirá en determinar que la intención de las partes es un proceso divorciado de la aplicación y desarrollo del Derecho Internacional consuetudinario.⁷³⁶ Lauterpacht, que es el primer *rappporteur* del Instituto de Derecho Internacional, opina que saber sobre la “intención de las partes” requiere una investigación más profunda, y “no es una tarea que pueda ser resuelta únicamente con los medios de interpretación lógica o gramatical”.⁷³⁷ La interpretación gramatical podrá utilizarse únicamente en casos simples que requieran labor interpretativa simple, tal es el caso de la opinión consultiva de la CPJI respecto a la Interpretación de la Convención de 1919 relativa al trabajo de Mujeres durante la Noche.⁷³⁸

Otro ejemplo se presentó en el caso *Suez/AWG vs. Argentina*⁷³⁹ donde el tribunal arbitral señaló respecto a la interpretación textual de un tratado lo siguiente:

⁷³⁴ Es necesario mencionar que también existe el enfoque alterno, el cual contempla la intención de las partes como una base independiente de interpretación.

⁷³⁵ **Lauterpacht**, Hersch, “The Development of the Law of International Organization by the Decisions of International Tribunals”, *op. cit.*, pag. 418.

⁷³⁶ *Ibidem*, pag. 27.

⁷³⁷ Cfr. **Lauterpacht**, Hersch, *The Development of International Law by the International Court*, Stevens & Sons Limited, Londres, 1958, pag. 27.

⁷³⁸ Véase **Interpretation of the Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night**, PICJ, Advisory Opinion, 15 November 1932, series A/B50, pags. 365-390.

⁷³⁹ **Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina**, ICSID Case No. ARB/03/19, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto 2006. También citado como: caso **Suez/AWG vs. Argentina**, decisión sobre jurisdicción.

“al interpretar estas disposiciones, el tribunal se inspira en los principios consagrados de interpretación de tratados, tal como se prevé en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 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 expresión auténtica de las intenciones de las partes. El punto de partida para todo intento de interpretación es, por consiguiente, el texto mismo del tratado”.⁷⁴⁰

2. La interpretación sistemática

La interpretación textual se complementa y profundiza mediante el análisis del sentido de la disposición analizada en relación con las demás disposiciones del todo del que forma parte (interpretación sistemática). La interpretación sistemática intenta obtener información sobre el significado de una disposición, considerándola dentro de un sistema o contexto, esto es, basándose en la posición que ocupa la disposición en cuestión dentro del sistema jurídico, dentro de la ley y dentro del Capítulo correspondiente de la ley.⁷⁴¹ El argumento de la coherencia es una de las expresiones típicas de la interpretación sistemática y se utiliza con el fin de hacer coherente el sistema jurídico, es decir, para prevenir, para evitar las antinomias y las contradicciones normativas en general.⁷⁴² El método sistemático es muy útil para evitar las contradicciones entre las diversas normas de un sistema jurídico y, para entenderlas a unas como complementarias de las otras.⁷⁴³ El ordenamiento jurídico o sistema es un conjunto de normas válidas: al asumir que el derecho es un ordenamiento o sistema se quiere decir

⁷⁴⁰ **Suez/AWG vs. Argentina**, decisión sobre jurisdicción, párr. 54.

⁷⁴¹ **Bleckmann**, Albert, *Europarecht*, Heymanns, Berlin, 1990, pag. 127.

⁷⁴² **Velluzzi**, Vito, “Interpretación sistemática: ¿Un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, no. 21, vol. 1, Universidad de Alicante. Área de Filosofía del Derecho, Alicante, 1998, pag. 72.

⁷⁴³ **Rojas Amandi, Víctor**, “la interpretación del derecho de la Unión Europea”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 32, Sección de Previa, México, 2002, pag. 500.

que el derecho “es algo ordenado, sistemático, no caótico y, precisamente por ello, unitario, tendencialmente coherente, y quizá, tendencialmente completo”.⁷⁴⁴

Este método interpretativo está inmerso en el artículo 31 de la Convención de Viena la hablar del “contexto”, el cual examinaremos a continuación.

- El “contexto” debe ser usado para la adecuada interpretación de un tratado

Respecto al término “contexto” incluido en el artículo 31 de la Convención de Viena el cual prevé “Un tratado deberá interpretarse... en el contexto de estos” se observa lo siguiente: El mismo precepto advierte lo que se entiende por contexto; para estos efectos comprenderá, además del (i) texto, incluidos su preámbulo y anexos;⁷⁴⁵ (ii) cualquier acuerdo o instrumento relacionado con el tratado y los documentos relacionados con su celebración concertados por las partes; y (iii) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al mismo.⁷⁴⁶ Para el caso concreto de los APPRIS el contexto de ellos incluirá:

- (a) El texto del APPRI, incluido el preámbulo y anexos;
- (b) cualquier acuerdo entre las Partes del APPRI en conexión con su celebración; y
- (c) cualquier instrumento realizado por una de las Partes del APPRI en conexión con su celebración y aceptado por la otra parte del APPRI.⁷⁴⁷

⁷⁴⁴ Velluzzi, Vito, “Interpretación sistemática: ¿Un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación, *op. cit.*, pags. 72, 73.

⁷⁴⁵ Véase por ejemplo ***Aguas del Tunari vs. La República de Bolivia***, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Jurisdiction, 21. October 2005. También citado como caso ***Aguas del Tunari vs. Bolivia***, párrs. 239, 240, 242.

⁷⁴⁶ Véase artículo 31 (2) de la Convención de Viena; Brownlie, Ian: *Principles of Public International Law*, *op. cit.*, pag. 605.

⁷⁴⁷ ***Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) vs. The Republic of Ecuador***, UNCITRAL Arbitration Rules, APPRI Ecuador-USA, Partial Award on the Merits, March 30, 2010. También citado como caso ***Chevron vs. Ecuador***, párr. 161.

La CIJ en múltiples ocasiones utilizó el contexto de un tratado para determinar el alcance interpretativo de una norma concreta, por ejemplo, en el caso relativo a los derechos de los nacionales de EU en Marruecos el tribunal sostuvo que “este principio (*economic liberty without any inequality*), en aplicación a Marruecos, ya estaba bien establecido, al ser reafirmado por la conferencia e insertado en el preámbulo del Acta de 1906”.⁷⁴⁸ En otra cuestión planteada en el mismo caso la CIJ afirmó sobre el acta de Algeciras que “la interpretación de las disposiciones del acta debe tomar en cuenta sus propósitos, los cuales son plasmados en el preámbulo”;⁷⁴⁹ además agregó que con el fin de aclarar la existencia de la jurisdicción consular o para confirmar los derechos o privilegios del régimen de capitulaciones derivados del contenido del acta de Algeciras “ni los trabajos preparatorios ni el *preámbulo* dan el mínimo indicio de tal intención [cursiva añadida]”.⁷⁵⁰

3. La interpretación teleológica

Al analizar la segunda parte del primer párrafo del artículo 31 de la Convención de Viena que prevé: “un tratado deberá interpretarse (...) en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” se desprende que el principio de sentido corriente (*ordinary meaning*) se rige por el principio de integración, lo cual denota que el significado de la norma debe emerger del contexto del tratado como un todo y a la luz de su objeto y fin. Por lo anterior se deduce que el objeto y fin del tratado será el elemento teleológico.

La interpretación teleológica, cuyo origen gramatical *telos* quiere decir fin, es un método de interpretación necesario para abstraer el sentir del legislador, es decir, de las partes, y determinar si el resultado de la interpretación gramatical y, en su

⁷⁴⁸ **Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco** (France vs. United States of America), ICJ, Judgment. 27.08.1952, general list no. 11, pag. 184. El tribunal además explicó claramente el contexto del caso en la misma parte del fallo.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, pag. 197.

⁷⁵⁰ *Ibidem*, pag. 198.

caso, sistemático de la norma cumple con el objeto y fin que sirvió de razón a las partes para la emisión del Tratado correspondiente.⁷⁵¹

El legislador le dará determinada forma y contenido a la norma, traducida en un tratado internacional, y cuidará que su contenido incluya los objetivos que ésta persigue y las soluciones que quiere alcanzar con la misma. En este sentido, la interpretación teleológica de una norma deberá orientarse hacia aquellas finalidades y metas que inspiran e iluminan a todas y cada una de sus cláusulas, como un todo orgánico y sistemático. La labor del juez o árbitro no consistirá en crear la norma porque esa tarea ya la habrán realizado las partes al celebrar el tratado, la labor del juez o árbitro será pues, crear la interpretación que contribuirá a darle vida a la ley o tratado internacional.⁷⁵² Rojas Amandi afirma que “la determinación del objetivo de una ley mediante la interpretación teleológica, significa interpretación con base al objetivo relevante de un ordenamiento. Debido a que el sentido del objetivo de una ley se vincula con relaciones sociales que se encuentran inmersas en un acontecer histórico y evolutivo, se deben de considerar en una interpretación teleológica la evolución de las correspondientes relaciones de vida. Si entonces, la determinación del objetivo de la ley forma parte de la labor interpretativa, la consideración de la significación económica, política y social de la ley a ser interpretada, constituye una de las exigencias básicas de la aplicación del derecho”.⁷⁵³ El intérprete de una norma debería entender mejor ésta de lo que la entendieron sus creadores.

Los pensamientos del autor de la ley o tratado tienen necesariamente algunas lagunas; no pueden evitarse oscuridades y contradicciones, mientras que el intérprete, es decir, el juez o árbitro, tiene que inferir de la ley o tratado para cada

⁷⁵¹ **Rojas Amandi, Víctor**, “la interpretación del derecho de la Unión Europea”, *op. cit.*, pag. 501.

⁷⁵² **Fontecilla, Rafael**, “Los Problemas”, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Cuarta Época - Vol. III - Años 1961 a 1963 - N° 3, Chile, primera parte, http://www.analesderecho.uchile.cl/CDA/an_der_completa/0,1363,SCID%253D7575%2526ISID%253D21,00.html, mayo 2010.

⁷⁵³ **Rojas Amandi, Víctor**, “la interpretación del derecho de la Unión Europea”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 32, Sección de Previa, México, 2002, pag. 501.

caso concreto una decisión clara y sin contradicciones.⁷⁵⁴ Es por ello que en ocasiones el intérprete tiene que observar el efecto útil (*effet utile*) de la norma. En la interpretación teleológica resulta adecuado recurrir a los principios de “facultades implícitas” (*implied powers*) y de efecto útil de la norma; esto es, la interpretación se debe concentrar en la búsqueda de soluciones que hagan posible producir los efectos que los autores de la norma o tratado quisieron que se produjeran. En caso de ser necesario, el juez o árbitro debe buscar el significado del precepto más allá del texto escrito; dicho de otro modo, el juez o árbitro debe acudir a la llamada interpretación efectiva de la norma, también conocida como principio de efectividad, sin embargo, se requiere cautela para no caer en analogía, la cual no debe confundirse con la interpretación efectiva. En este sentido, la analogía supone la ausencia de la norma para poner en su lugar otra análoga, en cambio, con la interpretación efectiva no se pretende llenar el vacío del tratado, sino que sobre una norma existente, se extenderá su significado.

En la interpretación de los tratados, la CPJI y la CIJ han aplicado en múltiples ocasiones el principio de efectividad de las normas contenidas en los tratados. Por ejemplo, en la opinión consultiva de *Acquisition of Polish Nationality*⁷⁵⁵ la CPJI extendió la protección del Tratado de Minorías (*Minorities Treaty*) a personas que no eran nacionales polacos, en palabras de la Corte “si este no fuera el caso, el valor y esfera de aplicación del Tratado sería disminuido enormemente”.⁷⁵⁶ En este caso la Corte no decidió de conformidad con el sentido textual, ni con el

⁷⁵⁴ Si no fuera así, no existirían problemas relacionados con la interpretación para determinar el alcance de una norma, y por tanto, no existirían razonamientos contrapuestos al respecto. Véase por ejemplo los casos *SGS vs. Pakistán* y *SGS vs Filipinas* respecto del alcance de la “cláusula paraguas”. ***SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán***, ICSID Case No. ARB/01/13. También citado como: caso ***SGS vs. Pakistán***; ***SGS Société Generale de Surveillance S.A. vs. República de Filipinas***, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29. January 2004. También citado como caso ***SGS vs. Filipinas***. Al analizar los dos casos anteriores nos confrontaremos además con un problema distinto, que será la falta de armonía de las decisiones arbitrales internacionales del CIADI, tema que trataremos más adelante.

⁷⁵⁵ ***Acquisition of Polish Nationality***, PCIJ, series B, No. 7, pag. 17.

⁷⁵⁶ *Idem.* cfr. orig. “*If this were not the case, the value and sphere of application of the Treaty would be greatly diminished*”.

principio de interpretación restrictiva. De igual forma en la opinión consultiva en *Minority Schools in Albania* la Corte se negó a dar un sentido literal a la interpretación de la cláusula que estipulaba tratamiento equitativo y añadió que dar un sentido literal a la norma derivaría en “una interpretación cuyo resultado hubiera sido que la cláusula se convirtiera en un arma con la cual el Estado podría privar al régimen de minoría de una gran parte de su valor práctico”.⁷⁵⁷

También en el Derecho Comunitario los tribunales europeos le conceden gran valor a la interpretación teleológica la cual exige que sus normas sean interpretadas a la luz del propio objetivo del artículo, capítulo, título, parte y tratado en que se encuentren.⁷⁵⁸ Además, en la interpretación teleológica se ha considerado el carácter dinámico del derecho material comunitario que se encuentra orientado por la realización de ciertos objetivos de política económica.⁷⁵⁹

La CIJ, a su vez, ha utilizado para la interpretación de los tratados un sistema mixto, el cual no emerge únicamente de la interpretación textual o gramatical, sino de los tres métodos interpretativos de la Convención de Viena, a saber, el gramatical, el sistemático y el teleológico, aunque en ocasiones ha empleado algunos otros como el histórico y el restrictivo. Un ejemplo en el cual aplicó varios métodos interpretativos fue en el caso relativo a los derechos de los nacionales de los E.U.A. en Marruecos donde realizó un análisis interpretativo para

⁷⁵⁷ *Minority Schools in Albania*, PCIJ, Series A/B, No. 64, pag. 182, *cfr. orig.* “an interpretation the result of which would have been that the clause would become a weapon by which the State could deprive the minority regime of a great part of its practical value”.

⁷⁵⁸ Como lo apunta Rojas Amandi “en particular se deben considerar los artículos introductorios de cada tratado (...) permitiendo considerar los principios generales y obligatorios cuyo ámbito de aplicación se extiende más allá del espectro de aquél tratado y que resultan decisivos para la interpretación de las disposiciones de detalle que le dan efecto. Cuando la intención de las partes no se haya establecido de manera explícita en los tratados y, en virtud de que los trabajos preparatorios de los tratados originales no se publicaron, la misma debe ser determinada a la luz de historia legislativa del cuerpo normativo a ser interpretado y a la luz del preámbulo, considerando las razones de su adopción”, *cfr. Rojas Amandi, Víctor*, “la interpretación del derecho de la Unión Europea”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 32, Sección de Previa, México, 2002, pags. 501-502.

⁷⁵⁹ *Beutler, B. et al., Die europäische Gemeinschaft: Rechtsordnung und Politik*“, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, pag. 224.

determinar si el principio de “libertad económica sin ninguna desigualdad” era de carácter vinculante o no, al respecto añadió “con el Tratado de Comercio con Gran Bretaña del 9 de diciembre de 1856, así como con los Tratados con España del 20 de noviembre de 1861, y con Alemania del 1º de junio de 1890, el sultán de Marruecos garantizó ciertos derechos en materia comercial, incluidas las importaciones hacia Marruecos. *A estos Estados junto con otros Estados, incluidos los Estados Unidos, les fue garantizada igualdad de tratamiento en virtud de las cláusulas de la nación más favorecida en sus tratados con Marruecos. En la víspera de la Conferencia de Algeciras (...) el principio de ‘libertad económica sin ninguna desigualdad’ fue expresamente aceptado por Francia y Alemania en un intercambio de cartas del 8 de julio de 1905, sobre su postura respecto a Marruecos. Este principio, aplicado a Marruecos, había sido ya bien establecido, cuando éste fue reafirmado por esa Conferencia e insertado en el preámbulo del Acta de 1906.* Considerado a la luz de estas circunstancias, queda claro que el principio fue entendido como ser de carácter vinculante y no una simple frase vacía [énfasis añadido]”⁷⁶⁰.

Los tribunales arbitrales internacionales en materia de inversión también han empleado frecuentemente el principio de interpretación teleológica y el principio de efectividad, que van de la mano, tomando en cuenta que las máximas del principio de interpretación teleológica serán observar a la norma respecto a su

⁷⁶⁰ **Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco** (France vs. United States of America), ICJ, Judgment. 27.08.1952, general list no. 11, pag. 184. Este es el típico caso en el que la CIJ realiza, sin llamarlo así, una interpretación combinada de distintos medios interpretativos, incluida la teleológica. *cfr. orig.* “by the Treaty of Commerce with Great Britain of December 9th, 1856, as well as by Treaties with Spain of November 20th, 1861, and with Germany of June 1st, 1890, the Sultan of Morocco guaranteed certain rights in matters of trade, including imports into Morocco. These States, together with a number of other States, including the United States, were guaranteed equality of treatment by virtue of most-favoured-nation clauses in their treaties with Morocco. On the eve of the Algeciras Conference the three principles mentioned above, including the principle of “economic liberty without any inequality”, were expressly accepted by France and Germany in an exchange of letters of July 8th, 1905, concerning their attitude with regard to Morocco. This principle, in its application to Morocco, was thus already well established, when it was reaffirmed by that Conference and inserted in the Preamble of the Act of 1906. Considered in the light of these circumstances, it seems clear that the principle was intended to be of a binding character and not merely an empty phrase”.

objeto y propósito o finalidad, y el principio de efectividad buscará eso, la efectividad de la norma la cual irá ligada a su finalidad.

En el caso *Noble Ventures vs Rumania* el tribunal arbitral utilizó y reconoció la importancia del principio de efectividad, pero lo concibió como un método separado de la Regla derivada de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena. Así, el tribunal arbitral en el caso *Noble Ventures vs. Rumania* apuntó:⁷⁶¹

“Debe hacerse referencia al artículo 31 *et seq.* de la Convención de Viena que refleja el Derecho Internacional consuetudinario respecto a la interpretación de los tratados. De conformidad con ésta, los tratados deben ser interpretados de buena fe y de conformidad con el sentido corriente que deba de atribuirse a los términos del tratado en su contexto y a la luz del objeto y propósito del tratado, mientras se cuenta con un recurso suplementario de medios de interpretación, incluido el trabajo preparatorio y las circunstancias de celebración, únicamente con el objeto de confirmar el significado resultante de la aplicación de los métodos de interpretación antes mencionados. De igual forma debe hacerse referencia al principio de efectividad (*effet utile*), el cual, juega también un *rol* importante en la interpretación de los tratados”.⁷⁶²

El mismo tribunal arbitral agregó que el objeto y propósito de la norma se encamina al principio de efectividad, aunque no será permisible optar por una regla interpretativa que sea siempre a favor del inversor extranjero, ésta se justificará si de no hacerlo, la disposición interpretada perdiera todo valor y sentido, en pocas palabras, se volcaría en letra muerta. Al respecto agregó:

“La regla del objeto y propósito también apoya esta interpretación. Mientras no sea permisible, como regularmente sucede respecto a APPRIs, para interpretar cláusulas exclusivamente a favor de

⁷⁶¹ *Noble Ventures vs. Rumania*, ICSID Case No. ARB/01/11, award, 12. Octubre 2005. También citado como caso *Noble Ventures vs. Rumania*, laudo.

⁷⁶² *Ibidem*, párr. 50.

inversores, dicha interpretación es justificada. Considerando, como fue señalado arriba, que cualquier otra interpretación privaría al artículo II (2) (c) [la cláusula paraguas] de contenido práctico, necesariamente debe hacerse referencia al principio de efectividad, también aplicado por tribunales al interpretar disposiciones del APPRI (véase *SGS. vs Filipinas*, párr. 116 y *Salini vs. Jordania*, párr. 95)⁷⁶³.

Otros tribunales han invocado dicho principio y lo han relacionado al contenido del preámbulo, éste es el caso *Lauder vs. República Checa*⁷⁶⁴ donde el tribunal señaló “como con cualquier tratado el Tratado deberá interpretarse por referencia a su objeto y propósito, así como también en las circunstancias de su celebración (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículos 31 y 32). *El preámbulo del Tratado establece* que las Partes acuerdan que el tratamiento justo y equitativo a las inversiones es conveniente a fin de mantener un marco estable para la inversión y la utilización máxima y efectiva de recursos económicos [énfasis añadido]”.⁷⁶⁵ En el caso *CMS vs. Argentina*⁷⁶⁶ el tribunal también recalcó el contenido del preámbulo para clarificar los objetivos del APPRI en cuestión, al respecto señaló: “El *preámbulo* del Tratado (...) establece claramente que uno de los *principales objetivos* de la protección prevista es que el trato justo y equitativo es deseable para ‘mantener un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos’. No puede haber en consecuencia duda

⁷⁶³ *Ibidem*, párr. 52, *cf. orig.* “the object and purpose rule also supports such an interpretation. While it is not permissible, as is too often done regarding BITs, to interpret clauses exclusively in favour of investors, here such an interpretation is justified. Considering, as pointed out above, that any other interpretation would deprive Art. II (2) (c) [an umbrella clause] of practical content, reference has necessarily to be made to the principle of effectiveness, also applied by other Tribunals in interpreting BIT provisions”.

⁷⁶⁴ *Lauder vs. República Checa*, UNCITRAL, laudo, 3 septiembre 2001. También citado como caso *Lauder vs. República Checa*, UNCITRAL, laudo.

⁷⁶⁵ *Ibidem*, párr. 292, *cf. orig.* “as with any treaty the Treaty shall be interpreted by reference to its object and purpose, as well as by the circumstances of its conclusion (Vienna Convention on the Law of Treaties, Articles 31 and 32). The preamble of the Treaty states that the Parties agree that fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources”.

⁷⁶⁶ *CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, laudo, 12 de mayo 2005. También citado como caso *CMS vs. Argentina*, laudo.

alguna de que la estabilidad del entorno jurídico y empresarial es un elemento esencial del trato justo y equitativo [énfasis añadido].⁷⁶⁷ Por su parte, el tribunal arbitral en el caso MTD vs. Chile⁷⁶⁸ también subrayó la relevancia de interpretar el tratado poniendo especial énfasis a su objeto y propósito, así sostuvo: “el tribunal concluye que (...) el estándar de tratamiento justo y equitativo debe interpretarse en el sentido más conducente para alcanzar el objetivo del APPRI para proteger las inversiones y crear condiciones favorables a éstas. El tribunal considera que incluir como parte de las protecciones del APPRI aquellas del artículo (...) es en consonancia con este propósito”.⁷⁶⁹ En el caso Aguas del Tunari vs. Bolivia⁷⁷⁰ el Tribunal arbitral realizó una interpretación retomando el objeto y fin de tratado para descifrar el significado del concepto de control directo e indirecto de una empresa como sigue:

“El Tribunal prosigue... considerando los otros dos elementos básicos del método de interpretación previsto en la Convención de Viena: el contexto de la frase *controladas directa o indirectamente y el objeto y fin del TBI* [énfasis añadido].⁷⁷¹”

“En cuanto al *objeto y fin* del TBI, el Tribunal toma nota de que el Preámbulo del TBI establece... Por lo tanto, el *objeto y fin* del tratado consiste en ‘estimular la afluencia de capital y tecnología’, y las Partes Contratantes reconocen expresamente el hecho de que ese estímulo surgirá del ‘acuerdo referente al tratamiento que se dé a

⁷⁶⁷ *Ibidem*, párr. 274.

⁷⁶⁸ **MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs. República de Chile**, ICSID Case No. ARB/01/7, award, 25 Mayo 2004. También citado como **MTD vs. Chile**, laudo.

⁷⁶⁹ *Ibidem*, párr. 104, *cf. orig.* “the tribunal has concluded that ... the fair and equitable standard of treatment has to be interpreted in the manner most conducive to fulfill the objective of the BIT to protect investments and create conditions favorable to investments. The Tribunal considers that to include as part of the protections of the BIT those included in Article ... is in consonance with this purpose”.

⁷⁷⁰ **Aguas del Tunari vs. La República de Bolivia**, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Jurisdiction, 21. October 2005. También citado como Aguas del **Tunari vs. Bolivia**, decisión a la jurisdicción.

⁷⁷¹ *Ibidem*, párr. 239.

esas inversiones' realizadas por nacionales de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante".⁷⁷²

D. La interpretación restrictiva e interpretación efectiva

Existió durante algún tiempo una corriente interpretativa que sugirió que los tratados debían interpretarse de forma restrictiva, de modo tal que se limitara al mínimo la intromisión a la Soberanía de los Estados parte. Esta doctrina estaba en lo incorrecto tomando en cuenta que la celebración de los tratados y la consecuente capacidad de los Estados para celebrar tratados no significan de ningún modo intromisión en su Soberanía sino, por el contrario, el ejercicio de ésta. Esta posición parece bastante elocuente de tal suerte que Lauterpacht, Schreuer y González de Cossío⁷⁷³ han sido partidarios y comentaristas de dicho pensamiento, el cual ha sido aplicado de manera reiterada por la CIJ desde hace años. Por supuesto que dicho pensamiento parece lógico si recordamos el actuar del Estado en su calidad de sujeto de Derecho Internacional y los múltiples compromisos internacionales por medio de los cuales ejerce su Soberanía. Así, Lauterpacht y Schreuer rechazan la idea conservadora de que "disposiciones convencionales constituyen una derogación a la Soberanía de los Estados y por tanto, los tratados deben interpretarse de manera restrictiva", en su opinión y en la nuestra dicho argumento debe ser refutado en la actualidad.⁷⁷⁴

El pensamiento anterior es plausible con las decisiones de la CIJ y la CPIJ. Un ejemplo de ello se encuentra en el caso Wimbledon⁷⁷⁵ frente a la CPJI, el cual

⁷⁷² *Ibidem*, párr. 241.

⁷⁷³ **González de Cossío**, Francisco, *Arbitraje de Inversión*, *op. cit.*, pags. 275-281; quien recoge lo dicho por Oppenheim: "*La independencia no es la libertad ilimitada de un Estado para hacer lo que quiera*. El hecho que un Estado sea un miembro de la comunidad internacional restringe su libertad de acción como resultado de las diversas reglas del Derecho Internacional consuetudinario que lo vinculan y como resultado de las diversas obligaciones derivadas de tratados que le afectan en la administración de sus asuntos internacionales".

⁷⁷⁴ **Lauterpacht**, Hersch, "Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties", *op. cit.*, pag. 61; **Schreuer, C.**, "Interpretation of Treaties by Domestic Courts", *BYIL*, no. 45, 1971, pags. 283-301.

⁷⁷⁵ **Wimbledon**, PCIJ, judgment 17 agosto 1923, Series A, no. 1.

versó sobre la interpretación del artículo 380 del Tratado de Versalles que establecía que el canal de Kiel y sus inmediaciones debían mantenerse libres y abiertas a los navíos comerciales y de guerra en tiempos de paz con Alemania y en términos de igualdad. En palabras de la Corte:

“La corte rechaza ver en la conclusión de cualquier Tratado, por el cual un Estado asume llevar a cabo o abstenerse de llevar a cabo un acto particular, un abandono de su Soberanía. Sin duda cualquier convención creadora de una obligación de este tipo coloca una restricción sobre el ejercicio de los derechos soberanos del Estado, en el sentido de que ésta requiere ser ejercida de un modo determinado. Pero el derecho a adquirir compromisos internacionales es un atributo de la soberanía del Estado”.⁷⁷⁶

Otra cuestión sería analizar si el Estado ejerce su Soberanía de manera responsable y es consciente de las obligaciones adquiridas al entrar en compromisos internacionales.⁷⁷⁷

En opinión encontrada Brownlie explica que en algunos casos la CPJI resolvió que para los casos en que las decisiones impliquen una limitación a la Soberanía del Estado deberá aplicarse una interpretación restrictiva de los tratados. En cualquier caso, no deberá entorpecerse la interpretación textual de éste.⁷⁷⁸ En casos en los que los que se presente la regulación de derechos y privilegios territoriales, apunta Brownlie, el principio operará. En estos casos no se trata de un auxiliar de interpretación en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena sino de un principio independiente de interpretación.⁷⁷⁹ No obstante la opinión de Brownlie la Corte ha hecho hincapié en que la sola interpretación restrictiva no puede aplicarse sino solo en los casos en que los otros métodos

⁷⁷⁶ *Ibidem*, pag. 25.

⁷⁷⁷ Este cuestionamiento no será resuelto en la presente investigación.

⁷⁷⁸ ***Jurisdiction of the European Commission of the Danube***, PCIJ, series B, No. 8, pag. 40.

⁷⁷⁹ **Brownlie**, Ian, *Principles of Public International Law*, *op. cit.*, pag. 606.

interpretativos han fallado⁷⁸⁰ – lo cual consideramos que es muy improbable.⁷⁸¹ Además este principio no está acogido por la Convención de Viena.⁷⁸² Sin embargo, y a pesar de sus inconvenientes, este principio es aplicado en la práctica por tribunales arbitrales internacionales; ejemplo de ello es lo expresado por el tribunal arbitral del CIADI en el caso *Noble Ventures vs. Rumania*,⁷⁸³ el cual se manifestó respecto de la interpretación de la cláusula paraguas y su interpretación restrictiva de la forma siguiente:

“Así, una cláusula paraguas, cuando es incluida en un acuerdo bilateral de inversión, introduce una excepción a la obligación general de separación de las obligaciones internacionales y municipales bajo el Derecho Internacional. En consecuencia, como cualquier otra excepción a las reglas de derecho establecidas. La identificación de una disposición como la ‘cláusula paraguas’ (*umbrella clause*) puede proceder únicamente de forma estricta, sino en efecto restrictiva”.⁷⁸⁴

La interpretación efectiva tampoco fue acogida por la Convención de Viena. En este sentido la Comisión de Derecho Internacional tampoco destinó un apartado especial al estudio de este método interpretativo, sino que dio por hecho que dicho principio estaba reflejado en las doctrinas de interpretación de buena fe de conformidad con el sentido corriente (*ordinary meaning*) del texto del tratado que se pretenda interpretar. En este sentido, la CIJ generalmente subordina dicho principio interpretativo al aproximamiento textual (*textual approach*).

⁷⁸⁰ Este argumento en particular lo expresó la Corte en el caso *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder*, PCIJ, series A, no. 23, pag. 26, “this argument, though sound in itself, must be employed only with the greatest caution. To rely upon it, it is not sufficient that the purely grammatical analysis of a text should not lead to definite results; there are many other methods of interpretation, in particular, reference is properly had to the principles underlying the matter to which the text refers; it will be only when, in spite of all pertinent considerations, the intention of the Parties still remains doubtful, that that interpretation should be adopted which is most favorable to the freedom of States”.

⁷⁸¹ Véase el caso *Postal Service in Danzig*, PCIJ, Series B, No. 8, pag. 40.

⁷⁸² *Brownlie*, Ian, *Principles of Public International Law*, op. cit., pag. 606.

⁷⁸³ *Noble Ventures vs. Rumania*, ICSID Case No. ARB/01/11, award, 12. Octubre 2005. También citado como caso *Noble Ventures vs. Rumania*, Laudo.

⁷⁸⁴ *Ibidem*, párr. 55.

E. La Aplicación de la Regla interpretativa de la Convención de Viena por los tribunales arbitrales internacionales en inversión y otros métodos interpretativos

Los métodos interpretativos encerrados en la Regla de Interpretación de la Convención de Viena no dejan de ser, a su vez, métodos de interpretación independientes. Hemos observado que los tribunales arbitrales internacionales de inversión utilizan con frecuencia la Regla de la Convención de Viena; sin embargo, en la mayoría de los casos no la aplican de manera íntegra sino que ponen especial énfasis en ciertos elementos contenidos en ella. Con excepción de aquellos AI que hacen referencia explícita a los tribunales arbitrales sobre la aplicación obligatoria del Derecho Internacional y las notas interpretativas relativas a disposiciones específicas, como es el caso del TLCAN⁷⁸⁵ o del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, CAFTA (por sus siglas en inglés),⁷⁸⁶ los tribunales arbitrales podrán utilizar cualquier método interpretativo existente.

Existe una corriente doctrinal que critica la falta de actividad de los Estados que celebran algún tratado al momento de ejercer su libertad para otorgar una interpretación específica a una norma determinada. Esta doctrina parte del supuesto de que las partes contratantes tienen carácter supremo para crear el derecho y los tribunales para aplicarlo al caso concreto; de esta forma se crea un balance al momento de interpretar un tratado.⁷⁸⁷ Sin embargo, los Estados no han utilizado adecuadamente su poder interpretativo mientras que los tribunales

⁷⁸⁵ **Comisión de Libre Comercio del TLCAN**, Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11. 31 de julio de 2001, http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11_understanding_s.asp, febrero 2012; **Vega Cánovas/Posadas Urtusuástegui**, “El Capítulo 11 del TLCAN. Protección a la inversión extranjera”, en *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación jurídica: Diez años después*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005, págs. 132-134.

⁷⁸⁶ *Dominican Republic, Central America Free Trade Agreement*, DR-CAFTA o CAFTA, del 5 de agosto del 2004, <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text>, noviembre 2011. DR-CAFTA o CAFTA, en adelante. Costa Rica, la República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y los Estados Unidos son Estados Contratantes.

⁷⁸⁷ *Idem*.

arbitrales tienden a ignorar o subestimar la práctica de los primeros.⁷⁸⁸ Es evidente la falta de atención que han tenido los tribunales arbitrales al momento de aplicar el artículo 31 (3) (a) y (b) de la Convención de Viena⁷⁸⁹ el cual prevé que para la interpretación de tratados además del contexto deben tenerse en cuenta los acuerdos y prácticas ulteriores de los Estados. Así, los tribunales arbitrales han restado importancia a dicho precepto; y, por tanto, fallado al momento de analizar los tratados subsiguientes y la práctica de las partes Contratantes.⁷⁹⁰ Esta corriente resalta el papel que juegan los tribunales arbitrales de inversión al momento de interpretar los tratados; no obstante, éstos no han profundizado en la aplicación de las prácticas convencionales y subsecuentes de las partes contratantes, así como tampoco de los tratados ulteriores celebrados por éstas.

Por ejemplo en el caso *Aguas del Tunari vs. Bolivia*⁷⁹¹ el tribunal señaló respecto a la aplicación interpretativa del artículo 31 (3) de la Convención de Viena:

“El demandado [Bolivia] hace mucho hincapié en diversas declaraciones efectuadas en 2002 por el Gobierno de los Países Bajos, sosteniendo que respaldan la interpretación dada al TBI por Bolivia. Además, sostiene que esas declaraciones determinan una situación sin precedentes, en que ambos Estados Parte del TBI coinciden en que el tribunal carece de competencia”.⁷⁹²

⁷⁸⁸ **Roberts**, Anthea, “Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The dual role of States”, op.cit. págs. 207-215, 225.

⁷⁸⁹ **Convención de Viena**, artículo 31 (3) (a) y (b), “3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”.

⁷⁹⁰ **Roberts**, Anthea, “Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The dual role of States”, *The American Journal of International Law*, vol. 104, 2010, pag. 179.

⁷⁹¹ ***Aguas del Tunari vs. La República de Bolivia***, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Jurisdiction, 21. October 2005. También citado como caso ***Aguas del Tunari vs. Bolivia***, decisión a la jurisdicción, párrs. 249, 250, 251.

⁷⁹² *Ibidem*, 249.

“La posición adoptada por Bolivia en las presentes actuaciones y las declaraciones efectuadas por los ministros del Gobierno de los Países Bajos ante el Parlamento de ese Estado se refieren a la controversia de autos, pero no representan un “acuerdo ulterior entre las Partes”. La coincidencia de varias declaraciones no hace de ellas una declaración conjunta. Además, en el caso de autos resulta claro que no hubo intención de que esas declaraciones se consideraran como un acuerdo”.⁷⁹³

En este sentido, debe instarse a los Estados y a los tribunales arbitrales de inversión a construir un diálogo relativo a la interpretación de los tratados.⁷⁹⁴

En el marco del TLCAN los paneles que se conformen para dirimir controversias están obligados a aplicar los significados fijados en las notas interpretativas de éste y por el Derecho Internacional.⁷⁹⁵ Cabe mencionar que con la finalidad de evitar abusos y contradicciones respecto de la aplicación del concepto “Derecho Internacional” a los conflictos del TLCAN en controversias en las que versaron complicaciones de este tipo, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió en julio de 2001 notas interpretativas respecto de varios preceptos del Tratado. El relevante en este caso es la clarificación de lo que significa el contenido del artículo 1501 (1) del TLCAN “nivel mínimo de trato conforme al Derecho Internacional” respecto del cual se aclaró que el artículo 1505 (1) no exige un nivel de trato adicional o superior al nivel mínimo de trato a extranjeros que estipula el Derecho Internacional consuetudinario.⁷⁹⁶ Lo anterior fue aclarado por

⁷⁹³ *Ibidem*, 251.

⁷⁹⁴ **Roberts**, Anthea, “Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The dual role of States”, *op. cit.*, pags. 185-198, 225; **Sempra Energy International vs. Republica Argentina**, ICSID Case No. ARB/02/16, decisión a la jurisdicción, 11. Mayo 2005. También citado como caso Sempra Energy vs. Argentina, decisión a la jurisdicción, párr. 147.

⁷⁹⁵ **TLCAN**. Artículo 1131. “Derecho aplicable.

1. Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado *y con las reglas aplicables del derecho internacional*.

2. La interpretación que formule la Comisión sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección [énfasis añadido].”

⁷⁹⁶ **Comisión de Libre Comercio del TLCAN**, Notas interpretativas de ciertas disposiciones del

los ministros de México, Estados Unidos y Canadá por la preocupación que tuvieron, pues en algunas controversias del TLCAN se presentaban interpretaciones muy liberales respecto al artículo 1105 (1) del Tratado lo que no reflejaba la intención que las Partes cuando redactaron dicho artículo y que tuvo que ver en concreto con los casos *Methanex*⁷⁹⁷ y *Metalclad*.⁷⁹⁸ La declaración sostuvo: “el hecho de que se determine que hubo una infracción de otra cláusula del TLCAN o de otro acuerdo internacional no implica que se haya infringido la fracción 1 del artículo 1105”. Con ello las Partes consiguieron que mediante la adición del término “consuetudinario”, término no incluido en la redacción del artículo 1105, y las declaraciones antes citadas, el nivel de trato a que refiere dicho precepto sea la aplicación del estándar desarrollado en la costumbre internacional y que se excluyan obligaciones incluidas en otros acuerdos.

En el caso del CAFTA su artículo 10.22 (1) hace una referencia a la obligación de aplicar el Derecho Internacional y los preceptos del propio tratado en la solución de controversias, lo que se traduciría para efectos de interpretación de los tratados en que estos tribunales o paneles arbitrales tienen que aplicar la Regla de Interpretación de la Convención de Viena pues ésta constituye “Derecho Internacional”. Incluso su anexo 10 B incluye una definición de lo que significa Derecho Internacional consuetudinario.⁷⁹⁹ Por otra parte, como en el TLCAN, el artículo 10.22 (3) del CAFTA hace vinculante, es decir, obligatoria, la aplicación de las interpretaciones de determinados preceptos de Tratado realizadas por la Comisión de Libre Comercio (conforme al artículo 19.1.3 (c) del CAFTA), de este

Capítulo 11. 31 de julio de 2001.

⁷⁹⁷ *Methanex vs. United States of America*, arbitraje de la CNUDMI (TLCAN), Primer Laudo Parcial, 7 de agosto de 2002. También citado como: caso *Methanex vs. USA*.

⁷⁹⁸ *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI, CASO No. ARB(AF)/97/1, laudo, 30 agosto 2000. También citado como caso *Metalclad vs. México*, laudo, párrs. 65, 66 y 70.

⁷⁹⁹ *CAFTA*, anexo 10 B. “Anexo 10-B. Derecho Internacional Consuetudinario

Las Partes confirman su común entendimiento que el ‘derecho internacional consuetudinario’ referido de manera general y específica en los Artículos 10.5, 10.6, y el Anexo 10-C resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. Con respecto al Artículo 10.5, el nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros”.

modo, los tribunales arbitrales que se conformen deberán aplicar dichas interpretaciones realizadas por la Comisión.⁸⁰⁰

A pesar de lo anterior, la mayoría de los tribunales arbitrales conformados con base en un APPRI no están obligados a utilizar la Regla de Interpretación de la Convención de Viena. No obstante, al hacerlo se acogerán a lo que por muchos autores y tribunales internacionales es considerado costumbre internacional. Tal es el caso del tribunal arbitral del CIADI en el caso *Tokios Tokelés vs. Ucrania*⁸⁰¹ quien afirmó:

“Como lo hicieron otros tribunales, nosotros interpretamos la Convención del CIADI y el tratado entre las Partes Contratantes de conformidad con las reglas previstas en la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, mucho de lo cual refleja el *Derecho Internacional consuetudinario*. El artículo 31 de la Convención de Viena prevé que un tratado debe ser interpretado de buena fe de conformidad con el sentido corriente que debe darse a las

⁸⁰⁰ **CAFTA**, artículo 10.22: “Derecho Aplicable

1. Sujeto al párrafo 3, cuando una reclamación se presenta de conformidad con el Artículo 10.16.1 (a) (i) (A) o con el Artículo 10.16.1 (b) (i) (A), *el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Tratado y con las normas aplicables del derecho internacional.*

2. Sujeto al párrafo 3 y las otras condiciones de esta Sección, cuando una reclamación se presenta de conformidad con el Artículo 10.16.1 (a) (i) (B) o (C), o con el Artículo

10.16.1 (b) (i) (B) o (C), el tribunal deberá aplicar:

(a) las normas legales especificadas en el acuerdo de inversión o en la autorización de inversión pertinentes, o de la manera como las partes contendientes puedan haber acordado; o

(b) si las normas legales no han sido especificadas o acordadas de otra manera:

(i) la legislación del demandado, incluidas sus normas sobre los conflictos de leyes; 7 y

(ii) *las normas del derecho internacional, según sean aplicables.*

3. *Una decisión de la Comisión en la que se declare la interpretación de una disposición de este Tratado, conforme al Artículo 19.1.3(c) (La Comisión de Libre Comercio), será obligatoria para un tribunal que se establezca de conformidad con esta Sección, y toda decisión o laudo emitido por el tribunal deberá ser compatible con esa decisión [énfasis añadido].*

⁸⁰¹ **Tokios Tokelés vs. Ucrania**, ICSID Case No. ARB/02/18, decision on jurisdiction, 29. abril 2004. También citado como caso **Tokios Tokelés**, decisión a la jurisdicción.

disposiciones del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y propósito [énfasis añadido]”.⁸⁰²

En otras palabras, los fallos de los tribunales arbitrales internacionales en inversión serán mucho más fundamentados y motivados si la interpretación de los preceptos contenidos en el tratado aplicable al caso concreto se realizó de conformidad con la Regla General de Interpretación y los Medios de Interpretación Complementarios de la Convención de Viena. Dichos tribunales pueden completar sus criterios a través de la aplicación de cualquier otro método interpretativo que juzguen conveniente. El arte de ello consistirá en justificar el empleo de dicho análisis interpretativo.

Cabe recordar que no existen criterios unánimes utilizados por los tribunales arbitrales del CIADI relativos a la interpretación de los tratados, esto se debe a la dinámica en la que éstos están inmersos, pues a diferencia de la CIJ, no hablamos de una corte permanente con jueces permanentes, sino de un sinnúmero de tribunales que se crean y desaparecen en cada caso a resolver, lo cual se debe a la naturaleza misma del arbitraje. Además, no existe ningún órgano permanente de revisión de dichos laudos arbitrales; lo que tampoco contribuye a la existencia de criterios unánimes sobre cómo se debe interpretar tal o cual precepto. Por lo tanto, tampoco existe “jurisprudencia” en el sentido de la “jurisprudencia” emanada de la CIJ sino más bien precedente. Existirán pues diversas corrientes interpretativas, y por tanto, diversas formas de resolver una diferencia dependiendo el método empleado, lo que trae consigo que pueda llegarse a resultados diferentes y en su caso, encontrados. Esto en sí trae un conflicto enorme pues deriva en la falta de seguridad jurídica internacional. No obstante, se debe estar consciente de la naturaleza del arbitraje. En realidad esta problemática impacta prácticamente a todo el sistema de arbitraje inversor-Estado, esto es, a todos los foros arbitrales donde se dirimen controversias inversor-Estado debido a la naturaleza misma del arbitraje, en todo caso, es casi inimaginable la creación de una corte de apelación arbitral inversor-Estado que

⁸⁰² *Ibidem*, párr. 27.

fuera competente para conocer de cualquier laudo arbitral emanado por cualquier institución arbitral internacional.

En el caso concreto del CIADI debe retomarse seriamente la posibilidad y conveniencia de instaurar un tribunal de revisión de los fallos arbitrales con todas las implicaciones jurídicas y logísticas que esto traería consigo, porque como acertadamente lo afirma Tsatsos *“El sistema del CIADI no es por más tiempo capaz de seguir con su propósito inicial. Institucionalmente, el Convenio del CIADI constituye un tratado rígido flexible sin posibilidad alguna de mejoría, esto es, un tratado sin futuro [énfasis añadido]”*.⁸⁰³

En este sentido, acuerdos como el CAFTA han previsto que puede suceder dicha reforma dentro o fuera del marco del CIADI en lo relativo a la implementación de un órgano de revisión de los laudos arbitrales. Así, el CAFTA obliga a las Partes a establecer un grupo de negociación con miras a reformar el tratado para crear un órgano de apelación competente para revisar las decisiones de los tribunales arbitrales inversor-Estado y dar coherencia a la interpretación del tratado, dichas previsiones se encuentran en el anexo 10 F del Tratado.⁸⁰⁴ Así lo prevé dicho precepto:

“Anexo 10-F. Órgano o Mecanismo Similar de Apelación

1. Durante un plazo de tres meses desde la fecha de entrada en vigor del Tratado, la Comisión establecerá un Grupo de Negociación para desarrollar un órgano de apelación o un mecanismo similar para revisar los laudos dictados por los tribunales de conformidad con este Capítulo. Tal órgano de apelación o mecanismo similar será

⁸⁰³ **Tsatsos**, Aristides, “ICSID Jurisprudence: Between Homogeneity and Heterogeneity A Call for Appeal?”, *Transnational Dispute Management*, vol. 6, issue 1, marzo 2009, pags. 40-41, *cf. orig.* “the ICSID system is no longer able to follow its initial purpose. Institutionally, the ICSID Convention constitutes a rigid flexible treaty without any possibility for improvement, that is, a treaty without future”.

⁸⁰⁴ El CAFTA establece plazos de tres meses para la formación del grupo, y de un año para que el grupo establecido proporcione a la Comisión del CAFTA un Borrador de enmienda del tratado para establecer tal órgano de apelación (Anexo 10-F CAFTA). Este anexo, es sin duda una reacción a las dificultades que han traído consigo posiciones encontradas respecto a la interpretación de ciertos preceptos en los AIJ por los tribunales arbitrales internacionales.

designado para dar coherencia a la interpretación de las disposiciones sobre inversión del Tratado. La Comisión deberá dirigir al Grupo de Negociación para que tome en consideración los siguientes aspectos, entre otros:

(a) la naturaleza y composición del órgano de apelación o mecanismo similar;

(b) el ámbito de aplicación y los estándares de revisión;

(c) transparencia de los procedimientos del órgano de apelación o mecanismo similar;

(d) el efecto de las decisiones del órgano de apelación o mecanismo similar;

(e) la relación del examen por un órgano de apelación o mecanismo similar con las reglas arbitrales que puedan ser seleccionadas bajo los Artículos 10.16 y 10.25; y

(f) la relación del examen por un órgano de apelación o mecanismo similar con la legislación doméstica existente y el derecho internacional sobre la ejecución de laudos arbitrales.

2. La Comisión dirigirá al Grupo de Negociación para que, en un período de un año desde el establecimiento del Grupo de Negociación, éste provea a la Comisión un borrador de enmienda del Tratado que establezca el órgano de apelación o mecanismo similar. Una vez que las Partes hayan aprobado el borrador de enmienda, de acuerdo con el Artículo 22.2 (Enmiendas), el Tratado será modificado de conformidad”.

Volviendo a la situación del CIADI, hay que reconocer que es una realidad muy cruda con la que continuamos el análisis de la presente investigación y estamos conscientes de ella. No hay que olvidar que los órganos jurídicos obedecen a las necesidades de la realidad social. Si en algún momento la estructura del CIADI no diera para más, tendrá que modificarse para poder satisfacer las necesidades

relativas a la solución de controversias inversor-Estado frente a este foro. Recordemos que el estallido de controversias que ahora se dirimen frente a éste resulta una fortaleza del Centro pues muestra que los inversores extranjeros y Estados reconocen al foro como medio adecuado para dirimir sus controversias, pero al mismo tiempo resulta un gran reto para el CIADI. Así pues, hay que aprovechar los efectos positivos y dar solución a las exigencias de los usuarios del Centro para que éste pueda seguir con su importante labor en el ámbito de la solución de controversias internacionales en materia de inversión.

V. LA INTERPRETACIÓN DE TRATADOS Y LA CNMF – ANTECEDENTES CASUÍSTICOS ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ)

La doctrina que se avecinó al problema respecto a la posibilidad de extender el beneficio de la CNMF a derechos adjetivos contenidos en la cláusula de solución de controversias de un determinado AI en tiempos modernos fue introducida a partir del caso *Maffezini vs. España*.⁸⁰⁵ Este tribunal arbitral basó sus razonamientos en los casos analizados por la Comisión de Derecho Internacional en la elaboración del Proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida (Proyecto sobre las CNMF, en adelante),⁸⁰⁶ de 1978. Los fallos de la Corte Internacional de justicia son muy relevantes respecto a la interpretación de las CNMF. Estos casos son citados y analizados por los tribunales arbitrales a partir de *Maffezini vs. España*. La doctrina y la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas los considera como “*sedes materiae*” de la CNMF estos son: caso de la compañía petrolera Anglo-Iraní (Reino Unido vs. Irán),⁸⁰⁷ el caso *Concerniente a los Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América*

⁸⁰⁵ *Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decisión sobre jurisdicción, 25. Enero 2000. También citado como caso *Maffezini vs. España*, decisión a la jurisdicción.

⁸⁰⁶ *Cfr. cit.*

⁸⁰⁷ *Anglo-Iranian Oil Company* (UK vs. Iran), Judgment on preliminary objections, ICJ, 22. julio 1952. También citado como caso *Anglo-Iranian Oil Company*.

en Marruecos (USA vs. Marruecos)⁸⁰⁸ y el caso Ambatielos (Grecia vs. Reino Unido).⁸⁰⁹ La relevancia de éstos nos lleva inevitablemente a realizar una breve semblanza al respecto.

A. Caso de la compañía petrolera Anglo-Iraní (*Anglo-Iranian Oil Company*)

Comenzamos con el caso de la compañía Anglo Iraní (Anglo-Iranian Oil Company, en adelante). En 1933 se celebró un contrato de concesión entre Irán y la compañía petrolera Anglo-Persa (Anglo Persian Oil Compañía), empresa incorporada en el Reino Unido, la cual cambió de nombre posteriormente a Anglo Iranian Oil Company. En 1951 el Gobierno iraní nacionalizó la industria petrolera dando origen a la controversia entre la Anglo Iranian Oil Company e Irán.⁸¹⁰ En 1951 el Reino Unido hizo suya la causa de Anglo Iranian Oil Company al invocar la protección diplomática y presentó su reclamación ante la CIJ.

El Reino Unido pretendió establecer la jurisdicción de la Corte así como la aplicación de los principios de Derecho Internacional a través de la aplicación del Tratado celebrado entre Irán y Dinamarca⁸¹¹ usando su cláusula de la nación más favorecida contenida en su artículo IV.⁸¹²

En ese caso la jurisdicción de la Corte dependía de las Declaraciones realizadas por las Partes según el artículo 36, párrafo 2 de los Estatutos de la CIJ, en condición de reciprocidad, la cual fue, en el caso de Irán, firmada en octubre de

⁸⁰⁸ **Case Concerning the Rights of Nationals of the United States of America in Morocco** (France vs. United States of America), ICJ, Judgment. 27.08.1952, general list no. 11, pag. 176. También citado como **caso Concerniente a los Derechos de los Nacionales de USA en Marruecos**.

⁸⁰⁹ **Ambatielos** (Grecia vs. Reino Unido), CIJ, excepción preliminar, 1. Julio 1952; fondo del asunto, 19. Mayo 1953. También citado como caso **Ambatielos**.

⁸¹⁰ **Anglo-Iranian Oil Company**, pag. 102.

⁸¹¹ Treatment of Friendship, Establishment and Commerce conclude between Iran and Denmark on February 20th, 1934. En adelante **Acuerdo de Amistad y Comercio Irán-Dinamarca**.

⁸¹² Artículo IV del **Acuerdo de Amistad y Comercio Irán-Dinamarca**. "The nationals of the High Contracting Parties shall, in the territory of the other, be received and treated, as regards their persons and property, in accordance with the principles and practice of ordinary international law. They shall enjoy therein the most constant protection of the laws and authorities of the territory for their persons, property, rights and interest".

1930 y ratificada en septiembre de 1932 y en el caso del Reino Unido firmada el 28 de febrero de 1940. Dichas Declaraciones otorgaban jurisdicción a la Corte.⁸¹³

La Declaración iraní rezaba:

“El Gobierno imperial de Persia reconoce como obligatorio *ipso facto* y sin acuerdo especial de cualquier otro Estado en relación con la aceptación de la misma obligación, es decir, en condición de reciprocidad, la jurisdicción de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de conformidad con el artículo 36 párrafo 2 del Estatuto de la Corte, para cualquier disputa originada después de la ratificación de la presente Declaración relativas a situaciones o hechos relacionados directa o indirectamente con la aplicación de tratados o convenciones aceptadas por Persia y subsecuentes a la ratificación de esta Declaración”.⁸¹⁴

Así, en primer lugar, la Corte concluyó que la Declaración iraní limitaba su consentimiento para someterse a la Corte únicamente a controversias relativas a la aplicación de tratados o convenciones aceptadas por Irán posteriores a la ratificación de su Declaración en 1932.⁸¹⁵

Relevante para el tema de la cláusula de la nación más favorecida fue la delimitación que realizó sobre el origen de la protección de ésta, la Corte estableció en primera instancia que:

“El Tratado que contiene la cláusula de la nación más favorecida es el tratado base del cual el Reino Unido debe depender. Es este Tratado el que establece el nexo jurídico entre el Reino Unido y un tratado con un tercer país y que confiere a ese Estado los derechos

⁸¹³ *Anglo-Iranian Oil Company*, pag. 103.

⁸¹⁴ *Anglo-Iranian Oil Company*, pag. 103, *cf. orig.*, “The Imperial Government of Persia recognizes as compulsory *ipso facto* and without special agreement in relation to any other State accepting the same obligation, that is to say, on condition of reciprocity, the jurisdiction of the Permanent Court of International Justice, in accordance with Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court, in any disputes arising after the ratification of the present declaration with regard to situations or facts relating directly or indirectly to the application of treaties or conventions accepted by Persia and subsequent to the ratification of this declaration (...)”.

⁸¹⁵ *Ibidem*, pag. 107.

de que goza el tercero. Un tratado con un tercero, independiente y aislado del tratado base, no produce efecto jurídico alguno entre el Reino Unido e Irán: es *res Inter alios acta*".⁸¹⁶

El Reino Unido intentó invocar la jurisdicción de la Corte con los siguientes argumentos: (a) Que el Reino Unido era parte de dos Tratados con Irán ejecutados antes de la Declaración de Irán bajo la cláusula opcional en 1857 y 1903; (b) que ambos Tratados contenían una cláusula de la nación más favorecida; (c) que Irán era Parte de un Tratado celebrado entre Dinamarca e Irán de 1934 posterior a la ratificación de su Declaración a la Corte;⁸¹⁷ (d) que a Dinamarca le era posible presentar sus diferencias relativas a la interpretación del Tratado bilateral celebrado con Irán; (e) que si Dinamarca puede presentar sus pretensiones ante la Corte, tales como la aplicación del Tratado de 1934 celebrado con Irán, el Reino Unido puede presentarlos también en función de la CNMF contenida en el tratado referencia, así lo apuntó el Reino Unido:

“Si Dinamarca (...) puede someter a la Corte cuestiones tales como la aplicación de su Tratado de 1934 con Irán, y si el Reino Unido no puede someter ante la Corte cuestiones tales como la aplicación del mismo Tratado en beneficio del cual éste tiene derecho bajo la cláusula de la nación más favorecida, entonces el Reino Unido no estará en la posición de la nación más favorecida”.⁸¹⁸

En respuesta a dicho cuestionamiento la Corte subrayó que la cláusula de la nación más favorecida contenida en los Tratados de 1857 y 1903 entre Irán y el Reino Unido no tenía relación alguna con cuestiones jurisdiccionales. Agregó que si Dinamarca tenía derecho a presentar frente a la Corte cualquier disputa

⁸¹⁶ *Ibidem*, pag. 109.

⁸¹⁷ **Anglo-Iranian Oil Company**, pag. 110; Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2009, pag. 346, párr. 649C.

⁸¹⁸ **Anglo-Iranian Oil Company**, pag. 110, *cf. orig.*, “If Denmark (...) can bring before the Court questions as to the application of her 1934 Treaty with Iran, and if the United Kingdom cannot bring before the Court questions as to the application of the same Treaty to the benefit of which she is entitled under the most-favoured-nation clause, then the United Kingdom would not be in the position of the most-favoured nation”.

relacionada con la aplicación del Tratado con Irán era porque dicho Tratado era subsecuente a la ratificación de la Declaración realizada por Irán. Esta situación no puede dar origen a ningún cuestionamiento relativo a la cláusula de la nación más favorecida.⁸¹⁹

Cabe señalar que la Corte en este caso se enfrentó ante una situación *ratione temporis* referente a la aplicación de la Declaración presentada ante la CIJ por Irán. La Corte en este caso declinó su jurisdicción debido a que la ratificación de la Declaración de Irán fue posterior a la entrada en vigor de los Tratados celebrados entre el Reino Unido e Irán.

En este sentido, si los Tratados celebrados entre el Reino Unido e Irán hubieran entrado en vigor con fecha posterior a la ratificación de la Declaración presentada por Irán frente a la CIJ, ésta hubiera sido competente para conocer de las pretensiones del Reino Unido, con independencia de la injerencia o no de la cláusula de la nación más favorecida, por tanto, la relación entre el tratado referencia y la jurisdicción de la Corte no se origina por el tratado referencia en sí, sino por la presentación de la Declaración de Irán conforme al artículo 36, párrafo 2 de los Estatutos de la entonces CPJI.

La Corte corroboró lo dicho al agregar que “sin considerar el significado y ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida contenida en los Tratados de 1857 y 1903 entre Irán y el Reino Unido, los cuales no son subsecuentes a la ratificación de la Declaración iraní. Aunque Irán está vinculado a sus obligaciones conforme a estos Tratados en la medida en que ellos estén en vigor, el Reino Unido no tiene derecho a invocarlos con el propósito de establecer la jurisdicción de la Corte, dado que ellos están excluidos en los términos de la Declaración”.⁸²⁰

⁸¹⁹ *Ibidem*, pag. 110.

⁸²⁰ *Ibidem*, pag. 109, *cf. orig.*, “without considering the meaning and scope of the most-favoured-nation clause, the Court confines itself to stating that this clause is contained in the Treaties of 1857 and 1903 between Iran and the United Kingdom, which are not subsequent to the ratification of the Iranian Declaration. While Iran is bound by her obligations under these Treaties as long as they are in force, the United Kingdom is not entitled to rely upon them for the purpose of establishing the jurisdiction of the Court, since they are excluded by the terms of the Declaration”.

La CIJ resaltó en todo momento la relevancia de la aplicación del tratado base, es decir, del Tratado de 1857 y la Convención de 1903, y no del tratado referencia, es decir, del Tratado entre Irán y Dinamarca la Corte señaló “desde el punto de vista jurídico, lo que está en disputa no es la aplicación del Tratado de 1934 entre Irán y Dinamarca, sino la aplicación del Tratado de 1857 o la Convención de 1903 entre Irán y el Reino Unido en conexión con el Tratado de 1934 entre Irán y Dinamarca”.⁸²¹

Para concluir con su razonamiento la CIJ agregó que: “la Corte debe (...) encontrar en relación con el Tratado Irán-Dinamarca de 1934, que el Reino Unido no tiene derecho, para los propósitos de someter la presente diferencia con Irán en los términos de la Declaración de Irán, a invocar los Tratados de 1857 y 1903 con Irán, puesto que dichos Tratados fueron celebrados antes de la ratificación de la Declaración, que la cláusula de la nación más favorecida contenida en dichos Tratados no puede entrar en operación y que, en consecuencia, ningún tratado celebrado por Irán con cualquier tercera parte puede ser invocado por el Reino Unido en el presente caso”.⁸²² En consecuencia, la CIJ declinó su jurisdicción para conocer del caso.⁸²³

B. Caso Ambatielos

El segundo precedente es el caso Ambatielos⁸²⁴ que se dirimió entre Grecia y el Reino Unido, el cual fue incoado por el Gobierno de Grecia frente a la CIJ contra el

⁸²¹ *Ibidem*, pag. 110, *cf. orig.*, “from the legal point of view, what is in dispute is not the application of the treaty of 1934 between Iran and Denmark, but the application of the Treaty of 1857 or the Convention of 1903 between Iran and the United Kingdom in conjunction with the Treaty of 1934 between Iran and Denmark”.

⁸²² *Ibidem*, pag. 110. *cf. orig.*, “the Court must (...) find in regard to the Iranian-Danish Treaty of 1934, that the United Kingdom is not entitled, for the purpose of bringing its present dispute with Iran under the terms of the Iranian Declaration, to invoke its Treaties of 1857 and 1903 with Iran, since those Treaties were concluded before the ratification of the Declaration, that the most-favoured-nation clause contained in those Treaties cannot thus be brought into operation; and that, consequently, no treaty concluded by Iran with any third party can be relied upon by the United Kingdom in the present case”.

⁸²³ *Ibidem*, pag. 115.

⁸²⁴ **Ambatielos** (Grecia vs. Reino Unido), ICJ, preliminary objection, 1. Julio 1952, general list, no. 15. También citado como caso **Ambatielos**, objeciones preliminares.

Reino Unido. La controversia se desarrolló en torno al armador de barcos Ambatielos, nacional griego; Grecia asumió la representación de éste. En dicha controversia se alegaba que Ambatielos había sufrido considerables pérdidas económicas como consecuencia de un contrato celebrado entre Ambatielos y el Gobierno del Reino Unido en 1919, contrato celebrado a través del Ministerio de Marina Mercante para la compra de nueve buques de vapor que estaban en construcción. Además se alegaba la existencia de ciertas decisiones judiciales pronunciadas en contra de Ambatielos por los tribunales ingleses. El armador Ambatielos y Grecia pidieron a la Corte que declarara que la reclamación presentada contra el Gobierno del Reino Unido debía someterse a arbitraje conforme a los términos de los Tratados concertados entre Grecia y el Reino Unido en 1886 y 1926.

En su fallo, la Corte declaró dos cosas, la primera, que la Corte carecía de jurisdicción para decidir sobre el fondo del asunto; la segunda, que la Corte era competente para decidir si el Reino Unido estaba obligado a someter a arbitraje de conformidad con la Declaración de 1926, la controversia sobre la validez de la reclamación de Ambatielos basada en el Tratado anglo-helénico de 1886.⁸²⁵

Lo relevante para el caso relativo a la cláusula de la nación más favorecida se rescata en el fallo de la Corte del 19 de mayo de 1953, en el que ésta expuso dos argumentos formulados por Grecia e impugnados por el Reino Unido. Uno se basa en la cláusula de la nación más favorecida contenida en el artículo X del Tratado de 1886,⁸²⁶ que permitía a Grecia invocar los beneficios de los tratados celebrados por el Reino Unido con otros Estados y con ello conseguir reparar la injusticia de la que había sido víctima el Sr. Ambatielos si los hechos alegados fueran ciertos. La otra pretensión basada en el artículo XV del Tratado de 1886, consistía en una

⁸²⁵ *Ibidem*, pag. 46.

⁸²⁶ **Tratado anglo-helénico de 1886** "**Article X**. The Contracting Parties agree that, in all matters relating to commerce and navigation, any privilege, favour or immunity whatever which either Contracting Party has actually granted or may hereafter grant to the subjects or citizens of any other State shall be extended immediately and unconditionally to the subjects or citizens of the other Contracting Party; it being their intention that the trade and navigation of each country shall be placed, in all respects, by the other on the footing of the most favoured nation".

interpretación de las palabras “libre acceso a los tribunales de justicia” que figuran en dicho artículo; siempre en el supuesto de que los hechos alegados hubieran sido verdaderos se afirma que el Sr. Ambatielos no tuvo “libre acceso” a los tribunales ingleses. Al respecto la Corte llegó a la conclusión de que se trataba de un litigio presentado por el Gobierno de Grecia en nombre de una persona privada basada en el Tratado de 1886 y que la controversia entre las partes es una que, con arreglo en la Declaración de 1926, debe ser sometida a arbitraje; sin embargo, la Corte no realizó razonamiento alguno ni estudió acerca de la CNMF, su significado o alcance.

Fueron los cuatro jueces disidentes los que tocaron el tema al expresar en su opinión que:

“teniendo en consideración sus términos, el artículo X promete el tratamiento de la nación más favorecida únicamente en materias de comercio y navegación, no prevé disposición alguna relativa a la administración de justicia; en todo el tratado esta materia es sujeto de solo una disposición, de alcance limitado, a saber, el artículo XV, párrafo 3, relativo al libre acceso a los tribunales, y ese artículo no contiene referencia al tratamiento de la nación más favorecida. La cláusula de la nación más favorecida del artículo X no puede ser extendida a materias distintas a aquéllas respecto a las cuales ha sido establecida. No consideramos posible fundamentar la obligación en la que la Corte ha sido cuestionada para decidir, a una interpretación extensiva de este caso”.⁸²⁷

⁸²⁷ Opinión disidente de Sir Arnold McNair, Presidente, y los jueces Basevart, Klaestad y Read, 1953 ICJ Rep 10, 34, *cf. orig.* “having regard to its terms, Article X promises most-favored-nation treatment only in matters of commerce and navigation; it makes no provision concerning the administration of justice; in the whole of the Treaty this matter is the subject of only one provision, of limited scope, namely, Article XV, paragraph 3, concerning free Access to the Courts, and that Article contains no reference to most-favored-nation treatment. The most favored-nation clause in Article X cannot be extended to matters other than those in respect of which it has been stipulated. We do not consider it possible to base the obligation on which the Court has been asked to adjudicate, on an extensive interpretation of this case”.

No obstante, al constituirse la Comisión de Arbitraje⁸²⁸ para conocer sobre el fondo del asunto en el caso *Ambatielos* conforme a las disposiciones de solución de controversias contenidas en la Declaración de 1926, ésta se pronunció en un sentido distinto al de los jueces disidentes respecto al significado de la CNMF:

“La Comisión no considera necesario expresar su opinión respecto a la pregunta general sobre si la cláusula de la nación más favorecida no podría tener el efecto de asegurar a sus beneficiarios tratamiento de conformidad con las reglas generales de Derecho Internacional, porque en el presente caso el efecto de la cláusula es expresamente limitado a *cualquier privilegio, favor o inmunidad que cada Parte Contratante haya garantizado o pueda garantizar en el futuro a sujetos o ciudadanos de cualquier otro Estado* [énfasis añadido]”.⁸²⁹

“la Comisión considera que *la cláusula de la nación más favorecida únicamente puede atraer cuestiones que pertenezcan a la misma categoría de asuntos referidos en la propia cláusula* [énfasis añadido]”.⁸³⁰

“La Comisión es (...) de la opinión de que en el presente caso la aplicación de esta regla puede llevar a una conclusión diferente a la expuesta por el Gobierno del Reino Unido”.⁸³¹

“En el tratado de 1886 el ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida es definido e incluye ‘todas las cuestiones relacionadas con el comercio y la navegación’. Podría parecer que esta expresión no tiene (...) un significado definido estricto. La variedad de disposiciones contenidas en tratados de comercio y

⁸²⁸ **Ambatielos** (Grecia vs. Reino Unido), Arbitration Commission, Award, 6 marzo de 1956, United Nations. Reports of International Arbitral Awards, vol. XII, 2006, pp. 83-153. También citado como caso **Ambatielos**, Comisión de Arbitraje, laudo.

⁸²⁹ *Ibidem*, pags. 106, 107.

⁸³⁰ *Ibidem*, pág. 107, *cf. orig.* “The most-favored-nation clause can only attract matters belonging to the same category of subject as that to which the clause itself relates.”

⁸³¹ *Idem*.

navegación prueban que (...) el significado otorgado a ésta es muy flexible. Por ejemplo, debe notarse que muchos de estos tratados contienen disposiciones relativas a la administración de justicia”.⁸³²

“Es cierto que la ‘administración de justicia’, considerada en forma aislada, es una materia diferente del ‘comercio y navegación’, pero esto no es necesariamente así cuando se le aprecia en el contexto de la protección de los derechos de los comerciantes. La protección de los derechos de los comerciantes naturalmente encuentra un lugar entre las materias relacionadas con los tratados de comercio y navegación. Por lo tanto, no puede decirse que la administración de justicia, en la medida en la que se relacione con la protección de esos derechos, deba ser necesariamente excluida del ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, cuando la segunda incluya ‘todas las materias relacionadas con comercio y navegación’. La pregunta únicamente puede ser resuelta de conformidad con la intención de las Partes Contratantes como se deduce de una interpretación razonable del Tratado”.⁸³³

Es necesario subrayar que la interpretación de la Comisión de Arbitraje respecto de la CNMF tenía que ver con cuestiones sustantivas relativas a la “denegación de justicia” de las cortes inglesas. Por el contrario, no trató de importar cuestiones relativas a la solución de controversias provenientes de un tratado referencia al tratado base.⁸³⁴ La CNMF se invocó con miras a proteger a uno de los nacionales griegos, no se interpretó ninguna cláusula de solución de controversias ni en su conjunto, ni alguno de sus elementos, sino la aplicación de disposiciones sustantivas derivadas de acuerdos entre el Reino Unido y terceros Estados, de conformidad con los cuales sus nacionales serían tratados de

⁸³² *Idem.*

⁸³³ *Idem.*

⁸³⁴ ***Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria***, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8. February 2005. También citado como: caso ***Plama vs. Bulgaria***, decisión a la jurisdicción, párr. 215.

conformidad con “justicia”, “derecho” y “equidad”,⁸³⁵ prueba contundente de ello es lo que afirmó la propia Comisión *ad hoc*: “The provisions of other treaties on which the Greek Government relies are concerned with the administration of justice”.⁸³⁶

C. Caso Concerniente a los Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos

En el caso Concerniente a los Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América (USA o Estados Unidos, en adelante) en Marruecos,⁸³⁷ la Corte Internacional de Justicia consideró el ámbito de aplicación de la CNMF en un tratado celebrado entre USA y Marruecos datado en 1836, específicamente sobre sus artículos 14 y 24. El artículo 14 de dicho tratado dispone:

“El Comercio con USA se producirá en pie de igualdad con el comercio con España, o con el comercio con la nación más favorecida en un momento determinado; y sus ciudadanos deberán ser respetados y estimados, y tendrán total libertad de pasar y de volver a pasar por nuestro país y nuestros puertos marítimos siempre que lo necesiten, sin ninguna interrupción”.⁸³⁸

Por su parte, la sección relevante del artículo 24 prevé:

“y además se declara que, en caso de cualquier ventaja comercial o de otro tipo, que se otorgue a cualquiera de los poderes cristianos, los ciudadanos de USA tendrán igual derecho a ellos”.⁸³⁹

De acuerdo con la CIJ, “estos artículos dan derecho a USA a recurrir a las disposiciones de otros tratados vinculados al régimen capitular”.⁸⁴⁰ Según la CIJ

⁸³⁵ **Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. Reino de Jordania**, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 29. November 2004, También citado como caso **Salini vs. Jordania**, decisión a la jurisdicción, párr. 112.

⁸³⁶ **Ambatielos**, Comisión de Arbitraje., pag. 108.

⁸³⁷ **Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco** (France vs. United States of America), ICJ, Judgment. 27.08.1952, general list no. 11, pag. 176. También citado como **caso Concerniente a los Derechos de los Nacionales de USA en Marruecos**.

⁸³⁸ *Ibidem*, pag. 190.

⁸³⁹ *Idem*.

“los privilegios más amplios en relación a la cuestión de la jurisdicción consular fueron otorgados por Marruecos en el Tratado General con el Reino Unido de 1856 y en el Tratado de Comercio y Navegación con España de 1861. En virtud de las disposiciones del artículo IX del Tratado británico, se otorgaba jurisdicción consular en todos los procesos, civiles o criminales, cuando los ciudadanos británicos fueran demandados”.⁸⁴¹ Una protección similar se garantizaba a los demandados españoles consagrada en los artículos IX, X y XI del tratado español de 1861. La Corte agregó que “consecuentemente, USA adquirió, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, jurisdicción consular civil y criminal en todos los casos en los que los ciudadanos de USA fueran demandados”.⁸⁴²

En este sentido, pudiera interpretarse la aceptación de la CIJ sobre la aplicación de las cláusulas de la nación más favorecida a cuestiones jurisdiccionales. Así lo dijo la Corte:

“En consecuencia, los Estados Unidos adquirieron en virtud de las cláusula de la nación más favorecida, jurisdicción consular civil y criminal en todos los casos en los cuales nacionales de los Estados Unidos fueran acusados”.⁸⁴³

Dicho razonamiento de la CIJ más que una conclusión se trata de una premisa, pues el verdadero cuestionamiento respecto al cual ésta decidió fue el relativo a la existencia del beneficio contenido en los tratados referencia. En el caso en cuestión la extensión de los beneficios contenidos en los tratados referencia no pudo hacerse válida en ningún caso desde 1937, pues tanto España en 1914 como el Reino Unido en 1937 habían renunciado a sus derechos y privilegios capitulares.⁸⁴⁴ Así que en ningún caso los Estados Unidos podían gozar de protección alguna para ejercer jurisdicción consular a partir de 1937.

⁸⁴⁰ *Idem.*

⁸⁴¹ *Idem.*

⁸⁴² *Idem.*

⁸⁴³ *Idem.*

⁸⁴⁴ *Idem.*

La Corte asienta algo muy importante para el ejercicio de la cláusula de la nación más favorecida y es que en el *momento en que el tratado referencia que otorgaba el beneficio pierde vigencia, de igual forma pierde vigencia el beneficio obtenido a través de éste*. En otras palabras, el beneficio obtenido de un tratado referencia deja de existir en el momento en que éste pierde su vigencia.⁸⁴⁵ En suma, el beneficio obtenido de un tratado referencia no se incorporará definitivamente al tratado base sino únicamente se mantiene vigente mientras exista el primero.

⁸⁴⁵ ***Renta 4 S.V.S.A et al. vs. La Federación Rusa***, Stockholm Chamber of Commerce, award on preliminary objections, 20. Marzo 2009. También citado como ***Renta 4 vs. Rusia***, párr. 88; ***Siemens vs. República Argentina***, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 03. August 2004. También citado como caso ***Siemens vs. Argentina***, decisión a la jurisdicción, párr. 99.

CAPÍTULO 4

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 éstos para poder responder el cuestionamiento que nos aqueja.

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

1. 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.⁸⁴⁶

⁸⁴⁶ Véase **Schreuer**, "Travelling the BIT Route—Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in

La finalidad del periodo de espera es dar a las partes 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.⁸⁴⁷

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.⁸⁴⁸ 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*⁸⁴⁹ es una controversia basada en la aplicación del APPRI Ecuador-USA⁸⁵⁰ en torno a un contrato de participación de

the Road”, *JWIT*, Vol. 5, Nr. 2, April, 2004, pag. 232.

⁸⁴⁷ Ejemplares son los aludidos pasajes relevantes de las citadas disposiciones del NAFTA y del ECT: artículo **1120 (1) 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) 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: (...)".

⁸⁴⁸ **Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. Pakistán** (*ICSID Case No. ARB/03/29*), *decision on jurisdiction*, 14 noviembre 2005. También citado como caso **Bayindir vs. Pakistán**, *decisión a la jurisdicción*; párrs. 99 y 100; **Ethyl Corporation vs. Canada**, UNCITRAL (NAFTA), *decision on jurisdiction*, 24 junio 1998, párrs. 58, 84, 85; **Schreuer**, "Travelling the BIT Route—Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", *op. cit.*, pag. 232.

⁸⁴⁹ **Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company**

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 materia 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”.⁸⁵¹

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.⁸⁵² Por su parte, Ecuador consideró que el actuar de la demandante había sido estratégico. Al respecto el abogado de Ecuador señaló:

vs. República de Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, decision on jurisdiction, 9. September 2008. También citado como caso **Occidental Petroleum vs. Ecuador**, decisión a la jurisdicción.

⁸⁵⁰ Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección de Inversiones, firmado el 7 de agosto de 1993. También citado como **APPRI Ecuador-USA**.

⁸⁵¹ **APPRI Ecuador-USA**, 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”.

⁸⁵² **Occidental Petroleum vs. Ecuador**, decisión a la jurisdicción, párr. 92.

“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”.⁸⁵³

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 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.⁸⁵⁴ 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.⁸⁵⁵

2. 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 del

⁸⁵³ *Ibidem.* párr. 91.

⁸⁵⁴ *Ibidem.* párr. 19.

⁸⁵⁵ *Ibidem.* párrs. 94, 95. Cabe señalar que este caso se desarrollo 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.

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*.⁸⁵⁶ Dicha controversia se desarrolló en el marco del APPRI Argentina-España;⁸⁵⁷ éste 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.

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.⁸⁵⁸

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:

⁸⁵⁶ ***Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España***, ICSID Case No. ARB/97/7, decisión sobre jurisdicción, 25. Enero 2000 (*Orrego Vicuña, Buergenthal, Wolf*). También citado como caso ***Maffezini vs. España***, decisión a la jurisdicción.

⁸⁵⁷ 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**.

⁸⁵⁸ ***Maffezini vs. España***, decisión a la jurisdicción, párr. 1.

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 (...).⁸⁵⁹

La discusión crucial de este caso se originó cuando Maffezini pretendió atraer la cláusula de solución de controversias contenida en el APPRI Chile-España⁸⁶⁰ (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”.

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

⁸⁵⁹ **APPRI Argentina-España**. Artículo X. Solución de Controversias entre una Parte e inversores de la otra Parte.

⁸⁶⁰ 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**.

cumplir con un periodo de espera de dieciocho meses antes de poder acceder al CIADI.⁸⁶¹ 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”.⁸⁶²

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”.⁸⁶³

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

⁸⁶¹ 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?”, *Transnational Dispute Management*, vol. 6, issue 1, marzo 2009, pag. 8.

⁸⁶² **Maffezini vs. España**, decisión a la jurisdicción, párr. 40.

⁸⁶³ **APPRI Argentina-España**, artículo IV (2).

ellas es aplicable a las disposiciones sobre solución de controversias pertinentes en este caso”.⁸⁶⁴

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: “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”.⁸⁶⁵

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”.⁸⁶⁶ 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

⁸⁶⁴ *Maffezini vs. España*, decisión a la jurisdicción, párr. 40.

⁸⁶⁵ *Ibidem*, párr. 45.

⁸⁶⁶ *Ibidem*, párr. 46.

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.⁸⁶⁷

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*,⁸⁶⁸ 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 controversias 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”.⁸⁶⁹

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”.⁸⁷⁰ De manera similar está prevista la CNMF

⁸⁶⁷ **Caso Concerniente a los Derechos de los Nacionales de USA en Marruecos**, pag. 191; **Maffezini vs. España**, decisión a la jurisdicción, párr. 47.

⁸⁶⁸ **Ambatielos**, Comisión de Arbitraje, pag. 107; **Maffezini vs. España**, decisión a la jurisdicción, párr. 49.

⁸⁶⁹ **Maffezini vs. España**, decisión a la jurisdicción, párr. 50; **Ambatielos**, Comisión de Arbitraje, pags. 109, 110.

⁸⁷⁰ 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 3 (3).

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”.⁸⁷¹

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”.⁸⁷²

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 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

⁸⁷¹ *Maffezini vs. España*, decisión a la jurisdicción, párr. 53.

⁸⁷² *Ibidem*, párr. 54.

por diversos autores⁸⁷³ y su errada influencia se ha reflejado en otros tribunales arbitrales.⁸⁷⁴

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 ésta 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*”.⁸⁷⁵

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; éste 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”.⁸⁷⁶ El propio tribunal agregó respecto a

⁸⁷³ Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, pags. 351-356.

⁸⁷⁴ Más adelante el caso *Suez/AWG vs. Argentina*, 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*.

⁸⁷⁵ *Maffezini vs. España*, decisión a la jurisdicción, párr. 56.

⁸⁷⁶ *Ibidem*, párr. 62.

la amplitud de esta regla que “el alcance de la cláusula puede por consiguiente ser más limitado que lo que parece a primera vista”.⁸⁷⁷

En ese momento, éste realizó una lista desordenada de lo que no comprendía dicha regla, tomando como base el respeto a las políticas públicas 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”.⁸⁷⁸ 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”.⁸⁷⁹
- 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 ésta 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”.⁸⁸⁰

⁸⁷⁷ *Idem.*

⁸⁷⁸ *Idem.*

⁸⁷⁹ *Ibidem*, párr. 63.

⁸⁸⁰ *Idem.*

- 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”.⁸⁸¹
- 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 mediante la aplicación de la cláusula pues estas disposiciones específicas denotan la voluntad precisa de las partes contratantes”.⁸⁸²
- 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”.⁸⁸³

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

⁸⁸¹ *Idem.*

⁸⁸² *Idem.*

⁸⁸³ *Idem.*

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”.⁸⁸⁴

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”.⁸⁸⁵ 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 España respecto al tratamiento de sus propios inversores en el extranjero, Maffezini no está obligado a someter previamente su inconformidad ante los tribunales nacionales.⁸⁸⁶

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 ocasiones⁸⁸⁷ no subsumió todos sus elementos. Llama la atención

⁸⁸⁴ **Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria**, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8. February 2005. También citado como **Plama vs. Bulgaria**, 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”.

⁸⁸⁵ **Maffezini vs. España**, decisión a la jurisdicción, párr. 64.

⁸⁸⁶ Véase **Tsatsos**, Aristides, “ICSID Jurisprudence: Between Homogeneity and Heterogeneity A Call for Appeal?”, *op. cit.*, pag. 8.

⁸⁸⁷ **Maffezini vs. España**, decisión a la jurisdicción, párrs. 27, 36.

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.⁸⁸⁸

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. Argentina⁸⁸⁹ 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 Gobierno argentino, invocando la Ley de Emergencia de enero de 2002, había rescindido ilegítimamente el contrato, y adujo el incumplimiento del APPRI Alemania-Argentina.⁸⁹⁰ Siemens dio a conocer la existencia de una controversia de

⁸⁸⁸ *Ibidem*, párr. 64; **Tsatsos**, Aristides, "ICSID Jurisprudence: Between Homogeneity and Heterogeneity A Call for Appeal?", *op. cit.*, pag. 9.

⁸⁸⁹ **Siemens vs. República Argentina**, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 03. August 2004 (Rigo Sureda, Brower, Bello Janeiro). También citado como caso **Siemens vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción.

⁸⁹⁰ 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**.

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”.⁸⁹¹

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

“Artículo 3 (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

⁸⁹¹ *Ibidem*, artículo 10 (2) y (3).

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”.⁸⁹²

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,⁸⁹³ 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”.⁸⁹⁴

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

⁸⁹² *Ibidem*, artículo 3 (1) y (2).

⁸⁹³ 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**.

⁸⁹⁴ *Ibidem*, artículo X (2).

proseguir este contencioso en los tribunales locales pues es imposible obtener una decisión de éstos dentro de un periodo de tiempo tan corto.⁸⁹⁵

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”,⁸⁹⁶ 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 casa caso”.⁸⁹⁷ Agrega además que la demandante ha basado su defensa en el caso *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.⁸⁹⁸ El tribunal arbitral señaló que no interpretaría el tratado de manera restrictiva ni tampoco de manera libre. Éste se remite a lo previsto en el APPRI Argentina-Alemania en su título y

⁸⁹⁵ *Siemens vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción, párr. 32.

⁸⁹⁶ *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*, decisión a la jurisdicción.

⁸⁹⁷ *Siemens vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción, párr. 33.

⁸⁹⁸ *Ibidem*, párr. 80.

preámbulo, a saber, “para proteger” y “para fomentar” las inversiones. Así, éste 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”.⁸⁹⁹ 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.⁹⁰⁰

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”. Éste señala además que “si la intención fuese la de limitar el contenido del artículo 3 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 3 se refiere al trato en virtud del Tratado en general y no sólo de ese artículo”.⁹⁰¹

El tribunal arbitral señala que “las obligaciones del Estado, en virtud del Artículo 3(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

⁸⁹⁹ *Ibidem*, párr. 81.

⁹⁰⁰ *Idem*.

⁹⁰¹ *Ibidem*, párr. 85.

otro inversor extranjero”.⁹⁰² 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]”⁹⁰³ mientras que la CNMF en el Tratado – APPRI Argentina-Alemania – se refiere sólo 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”.⁹⁰⁴

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.⁹⁰⁵

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 acordadas a menos que hayan sido exceptuadas. Complementa el compromiso de las Partes

⁹⁰² *Ibidem*, párr. 93.

⁹⁰³ **Maffezini vs. España**, decisión a la jurisdicción, párr. 60.

⁹⁰⁴ *Ibidem*.

⁹⁰⁵ **Siemens vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción, párr. 103.

Contratantes del Tratado de no aplicar las medidas discriminatorias a las inversiones en virtud del Artículo 2".⁹⁰⁶

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 International S.A. vs. Argentina (decisión a la jurisdicción, 10 de junio del 2005)

La controversia entre Camuzzi Internacional S.A. vs. Argentina⁹⁰⁷ se desarrolló en el marco del APPRI Argentina-Unión Económica Belgo-Luxemburguesa (APPRI Argentina-BeLux, en adelante).⁹⁰⁸ 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.⁹⁰⁹ A saber, TRANSPA,⁹¹⁰ EdEA⁹¹¹ y EDERSA,⁹¹² conjuntamente como las concesionarias.

⁹⁰⁶ *Ibidem*, párr. 106.

⁹⁰⁷ **Camuzzi International S.A. vs. República Argentina**, ICSID Case No. ARB/03/7, decisión del tribunal de arbitraje sobre excepciones a la jurisdicción, 10 Junio 2005 (Gómez-Pinzón, Gros Espiell, Álvarez). También citado como: caso **Camuzzi vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción.

⁹⁰⁸ 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**.

⁹⁰⁹ **Camuzzi vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción, párr. 1.

⁹¹⁰ 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**, decisión a la jurisdicción, párr. 12 (i).

⁹¹¹ 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**, decisión a la jurisdicción, párr. 12 (ii).

⁹¹² Empresa de Energía Río Negro S.A. (EDERSA), de la cual Camuzzi es accionista indirecta del 49.99% de la empresa. **Camuzzi vs. Argentina**, 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 4 del APPRI Argentina-BeLux con la finalidad de atraer los beneficios del APPRI Argentina-USA.⁹¹³

El artículo 4 del APPRI Argentina-BeLux prevé:

“artículo 4. 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...”⁹¹⁴

La cláusula de solución de controversias del APPRI Argentina-BeLux está prevista en su artículo 12, el cual citamos a continuación:

“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. Sí 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. Sí 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”.⁹¹⁵

⁹¹³ **Camuzzi vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción, párr. 16. En el artículo VII del **APPRI Argentina-USA** está prevista la cláusula de solución de diferencias.

⁹¹⁴ **APPRI Argentina-BeLux**, artículo 4 (1).

⁹¹⁵ *Ibidem*, artículo 12.

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-BelLux. 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.⁹¹⁶ Como era de esperarse Camuzzi se refirió al caso *Maffezini vs. España* para fundamentar su petición.⁹¹⁷

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.⁹¹⁸ 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.⁹¹⁹

En otro tenor, el tribunal hizo referencia tanto al artículo 31 de la Convención de Viena para interpretar las normas,⁹²⁰ 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

⁹¹⁶ Véase **APPRI Argentina-USA**, artículo VII.

⁹¹⁷ **Camuzzi vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción, párrs. 16, 17.

⁹¹⁸ *Ibidem*, párr. 17.

⁹¹⁹ *Ibidem*, párrs. 47-54.

⁹²⁰ *Ibidem*, párr. 26.

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”.⁹²¹

En opinión del tribunal, y *a priori*, el razonamiento realizado en las decisiones que nunca llega a citar es estimado por éste como adecuado. Así, éste tribunal estima que las decisiones de tribunales arbitrales del CIADI, “no son vinculantes, sino jurídicamente correctas”.⁹²² 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”.⁹²³ 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 judiciales o administrativas argentinas establecido en el artículo 12(2) y (3) del Tratado no es aplicable al presente caso”.⁹²⁴

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

⁹²¹ *Ibidem*, párr. 19.

⁹²² *Idem*.

⁹²³ *Idem*.

⁹²⁴ *Ibidem*, párr. 28.

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),⁹²⁵ *Salini vs. Jordania* (de noviembre del 2004),⁹²⁶ *Impregilo vs. Pakistán* (de febrero del 2005),⁹²⁷ y ni siquiera entrara al estudio de los casos *Ambatielos*,⁹²⁸ *Anglo Iranian Oil Company*⁹²⁹ ni al caso *Concerniente a los Derechos de los Nacionales de USA en Marruecos*.⁹³⁰

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

⁹²⁵ ***Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria***, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8. February 2005. También citado como: caso ***Plama vs. Bulgaria***, decisión a la jurisdicción.

⁹²⁶ ***Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. Reino de Jordania***, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 29. November 2004, También citado como caso ***Salini vs. Jordania***, decisión a la jurisdicción.

⁹²⁷ ***Impregilo S.p.A. vs. República Islámica de Pakistán***, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on jurisdiction, 22. April 2005. También citado como ***Impregilo vs. Pakistán***, decisión a la jurisdicción.

⁹²⁸ ***Ambatielos*** (Grecia vs. Reino Unido), Arbitration Commission, Award, 6 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. Mayo 1953, general list no. 18. También citado como caso ***Ambatielos***, sentencia sobre el fondo; ***Ambatielos*** (Grecia vs. Reino Unido), ICJ, preliminary objection, 1. Julio 1952, general list, no. 15. También citado como caso ***Ambatielos***, objeciones preliminares.

⁹²⁹ ***Anglo-Iranian Oil Company*** (UK vs. Iran), ICJ, Judgment on preliminary objections, 22. July 1952, general list no. 16. También citado como caso ***Anglo-Iranian Oil Company***.

⁹³⁰ ***Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*** (France vs. United States of America), ICJ, Judgment. 27.08.1952, general list no. 11, pag. 176. También citado como ***caso Concerniente a los Derechos de los Nacionales de USA en Marruecos***.

En el caso *Gas Natural vs. Argentina*⁹³¹ 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).⁹³²

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 ésta 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 éstas medidas se agregaron las acciones realizadas por sus sucesores Rodríguez Saá y

⁹³¹ *Gas Natural SDG, S.A. vs. República Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/10, decisión a la jurisdicción, 17. Junio 2005 (Lowenfeld, Álvarez, Nikken). También citado como caso *Gas Natural vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción.

⁹³² *Ibidem*, párrs. 9, 10.

Duhalde, éste 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.⁹³³

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,⁹³⁴ 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

⁹³³ *Ibidem*, párrs. 12-15.

⁹³⁴ 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.

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”.⁹³⁵

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

⁹³⁵ *Gas Natural vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción, párr. 17.

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]”.⁹³⁶

⁹³⁶ **APPRI Argentina-España**, artículo X.

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, éste realizó una breve reseña sobre 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.⁹³⁷

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-España⁹³⁸ –, no así la

⁹³⁷ **Gas Natural vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción, párr. 29.

⁹³⁸ **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

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;⁹³⁹ teniendo en cuenta que muchos APPRI celebrados por Argentina no requieren el recurso previo a la jurisdicción nacional para posibilitar el acceso al arbitraje internacional.⁹⁴⁰ 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 que “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

inversores de terceros países en virtud de un acuerdo para evitar la doble imposición o de cualquier otro acuerdo en materia de tributación”.

⁹³⁹ 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 tribunales argentinos) sería contrario a la **política pública** argentina, véase **Gas Natural vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción, párr. 27.

⁹⁴⁰ *Ibidem*, párr. 30.

previo agotamiento de recursos internos tal como lo entiende el Derecho Internacional”.⁹⁴¹

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.⁹⁴² 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”.⁹⁴³

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 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 del inversiones entre España y Argentina”.⁹⁴⁴

El tribunal arbitral citó lo decidido en los casos *Maffezini vs. España*⁹⁴⁵ y *Siemens vs. Argentina*;⁹⁴⁶ 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

⁹⁴¹ ***Gas Natural vs. Argentina***, decisión a la jurisdicción, párr. 30.

⁹⁴² 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 ***Sempra vs. Argentina***, Véase *supra*, Capítulo 2, III, C, 1, c, bb, i y ii.

⁹⁴³ Observaremos cambios en las decisiones de tribunales arbitrales en casos que analizaremos más adelante como lo es, por ejemplo, el caso ***Wintershall vs. Argentina***.

⁹⁴⁴ ***Gas Natural vs. Argentina***, decisión a la jurisdicción, párr. 31.

⁹⁴⁵ *Ibidem*, párr. 45, 46.

⁹⁴⁶ *Ibidem*, párr. 41-44.

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.⁹⁴⁷

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.⁹⁴⁸ 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 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”.⁹⁴⁹

⁹⁴⁷ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. Reino de Jordania*, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 29. November 2004, También citado como caso *Salini vs. Jordania*, decisión a la jurisdicción, párrs. 118, 119.

⁹⁴⁸ El tribunal se refirió a los casos *Maffezini vs. España*, decisión a la jurisdicción, párrs. 41, 54-56, 64, *Siemens vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción, párr. 103 y *Gas Natural vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción, párr. 47.

⁹⁴⁹ *Gas Natural vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción, párr. 49.

Así, sin hacer referencia alguna al caso *Plama vs. Bulgaria*,⁹⁵⁰ rechazó las excepciones a la jurisdicción presentadas por Argentina e instó a las partes a continuar con el proceso.⁹⁵¹

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

A pesar de que el caso *National Grid vs. Argentina*⁹⁵² 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.⁹⁵³

⁹⁵⁰ 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 *Gas Natural vs. Argentina* es del 17 de junio del 2005.

⁹⁵¹ *Gas Natural vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción, párr. 49. Cabe mencionar que a la fecha el proceso se encuentra suspendido a la fecha 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 2011.

⁹⁵² *National Grid vs. Argentina*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction of June 20, 2006. También citado como *National Grid vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción.

⁹⁵³ APPRI Argentina-Reino Unido, artículo 8. 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;

(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

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

“artículo 3. 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”⁹⁵⁴ y, concretamente, con la preocupación de que ésta 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”.⁹⁵⁵ 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

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”.

⁹⁵⁴ ***National Grid vs. Argentina***, decisión a la jurisdicción, párr. 92.

⁹⁵⁵ *Idem*.

inversores extranjeros y con los inversores nacionales cuando invierten en el exterior".⁹⁵⁶ 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 "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).⁹⁵⁷ 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.⁹⁵⁸

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. Ésta 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 3 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 3 del APPRI Argentina-Reino Unido.

"TLCAN. Artículo 1103. Trato de nación más favorecida

⁹⁵⁶ *Idem.*

⁹⁵⁷ **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".

⁹⁵⁸ **National Grid vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción, párr. 93, decisión (1).

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, 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. Argentina⁹⁵⁹ 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”.⁹⁶⁰ La controversia se

⁹⁵⁹ **Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina**, ICSID Case No. ARB/03/19, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto 2006 (Salacuse, Kaufmann-Kohler, Nikken). También citado como: caso **Suez/AWG vs. Argentina**, decisión sobre jurisdicción.

⁹⁶⁰ 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 mayo 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 APSF. 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

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 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.⁹⁶¹

AASA es una compañía constituida en Argentina. Suez y Vivendi fueron constituidas en Francia e invocaron la protección del APPRI Argentina-Francia.⁹⁶² Por su parte AGBAR es una empresa constituida en España, por lo que invocó la protección del APPRI Argentina-España.⁹⁶³ 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.⁹⁶⁴

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

de abril del 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 (Salauce, 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 APSF. 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 los mismos términos que el caso **Suez/AWG vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción el cual continuaremos analizando.

⁹⁶¹ **Suez/AWG vs. Argentina**, decisión sobre jurisdicción, párr. 1,2.

⁹⁶² 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**.

⁹⁶³ *Op. cit.*

⁹⁶⁴ 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**, decisión sobre jurisdicción, párr. 2.

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 8(2)⁹⁶⁵ pretendieron ser atraídos por AGBAR y AWG.

De conformidad con el artículo 8 (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.⁹⁶⁶

Así, AGBAR argumentó que en virtud de la CNMF contenida en el APPRI Argentina-España⁹⁶⁷ AGBAR podía beneficiarse del trato más favorable contenido en el artículo 8 (2) del APPRI Argentina-Francia.⁹⁶⁸

⁹⁶⁵ **APPRI Argentina-Francia.** Artículo 8 (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. “

⁹⁶⁶ **Suez/AWG vs. Argentina**, decisión sobre jurisdicción, párr. 52.

⁹⁶⁷ **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:

AWG invocó la protección del APPRI Argentina-Reino Unido el cual dispone en su artículo 8(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.⁹⁶⁹

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 3,⁹⁷⁰ le permite beneficiarse del trato más favorable ofrecido por el APPRI

-
- 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”.

⁹⁶⁸ **Suez/AWG vs. Argentina**, decisión sobre jurisdicción, párr. 52.

⁹⁶⁹ **Suez/AWG vs. Argentina**, decisión sobre jurisdicción, párr. 2; **APPRI Argentina-Reino Unido**. Artículo 8 (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 International Trade Law as then in force. The Parties to the dispute may agree in writing to modify these Rules”.

⁹⁷⁰ **APPRI Argentina-Reino Unido** “artículo 3. 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”.

Argentina-Francia con 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.⁹⁷¹

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”,⁹⁷² añadió el tribunal arbitral, es “el texto mismo del tratado”.⁹⁷³ Entonces, el tribunal arbitral realizó la interpretación de la norma poniendo un especial énfasis en la interpretación textual de ésta.

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 solución de controversias es, sin duda, una ‘materia regulada por el TBI Argentina-España’.⁹⁷⁴ Además, éste 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

⁹⁷¹ **Suez/AWG vs. Argentina**, decisión sobre jurisdicción, párr. 52.

⁹⁷² *Ibidem*, párr. 54.

⁹⁷³ *Idem*.

⁹⁷⁴ *Ibidem*, párr. 55.

privilegios otorgados y las obligaciones y cargas impuestas por un Estado Contratante a las inversiones realizadas por inversores cubiertos por el tratado”.⁹⁷⁵

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]*”.⁹⁷⁶

El tribunal arbitral prosiguió con el análisis del artículo 3 del APPRI Argentina-Reino Unido⁹⁷⁷ y señaló que al igual que el artículo IV (3) del APPRI Argentina-España, el APPRI Argentina-Reino Unido contiene en su artículo 7 una lista de materias que se excluyen del TNMF y subraya “la solución de controversias no se encuentra entre ellas”.⁹⁷⁸

⁹⁷⁵ *Idem.*

⁹⁷⁶ *Idem.*

⁹⁷⁷ *Op. cit.*

⁹⁷⁸ **Suez/AWG vs. Argentina**, decisión sobre jurisdicción, párr. 56.

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”.⁹⁷⁹ El tribunal añade que al igual que en el APPRI Argentina-España, el APPRI Argentina Reino-Unido no define el término “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”.⁹⁸⁰

De conformidad con lo establecido en el artículo 3 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”.⁹⁸¹ 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 APPRIs Argentina-España y Argentina-Reino Unido). El tribunal, sin embargo, rechazó la petición argentina y añadió:

⁹⁷⁹ *Ibidem*, párr. 57.

⁹⁸⁰ *Idem*.

⁹⁸¹ *Idem*.

“el tribunal no encuentra ninguna base para aplicar el principio de *ejusdem generis* como fundamento para llegar a esa conclusión”.⁹⁸²

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,⁹⁸³ y, por supuesto, del caso Maffezini vs. España.⁹⁸⁴ 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 de las precauciones a que instó el propio tribunal arbitral del caso Maffezini vs. España.⁹⁸⁵ 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 caso no fue citado por el tribunal arbitral).

El tribunal también hizo alusión al caso Plama vs. Bulgaria⁹⁸⁶ 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”.⁹⁸⁷

⁹⁸² *Ibidem*, párr. 59.

⁹⁸³ **Siemens vs. República Argentina**, ICSID Case No. ARB/02/8, decisión sobre jurisdicción, 03. Agosto 2004. También citado como caso **Siemens vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción.

⁹⁸⁴ **Suez/AWG vs. Argentina**, decisión sobre jurisdicción, párr. 62, 63.

⁹⁸⁵ **Maffezini vs. España**, decisión a la jurisdicción. Nos referimos exactamente a los párrs. 62 y 63.

⁹⁸⁶ **Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria**, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8. February 2005. También citado como: caso **Plama vs. Bulgaria**, decisión a la jurisdicción.

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 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

⁹⁸⁷ *Suez/AWG vs. Argentina*, decisión sobre jurisdicción, párr. 62

TBI no consideraban que la disposición de nación más favorecida incluyera las disposiciones sobre solución de controversias de otros TBI' [énfasis añadido]".⁹⁸⁸

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,⁹⁸⁹ 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”.⁹⁹⁰

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]”⁹⁹¹ y recordó que el tribunal Plama vs. Bulgaria mostró comprensión y simpatía respecto a lo decidido en el caso Maffezini vs. España.⁹⁹² 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”.⁹⁹³

⁹⁸⁸ *Suez/AWG vs. Argentina*, decisión sobre jurisdicción, párr. 65; *Plama vs. Bulgaria*, decisión a la jurisdicción, párr. 195.

⁹⁸⁹ *Plama vs. Bulgaria*, decisión a la jurisdicción, párr. 198 y ss.

⁹⁹⁰ *Suez/AWG vs. Argentina*, decisión sobre jurisdicción, párr. 66.

⁹⁹¹ *Idem*.

⁹⁹² *Plama vs. Bulgaria*, decisión a la jurisdicción, párr. 224; *Suez/AWG vs. Argentina*, decisión sobre jurisdicción, párr. 66.

⁹⁹³ *Plama vs. Bulgaria*, 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”.

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 son relegadas a un examen sucinto, propenso a caer dentro de poco en la inconsistencia”.⁹⁹⁴

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 3 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.⁹⁹⁵

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

El caso *Wintershall vs. Argentina*⁹⁹⁶ 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 éste 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 elevada. *Wintershall* no se queda atrás al definir su estrategia de defensa y encargar un

⁹⁹⁴ *Plama vs. Bulgaria*, decisión a la jurisdicción, 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*, decisión a la jurisdicción, párrs. 105, 109 y 120.

⁹⁹⁵ *Suez/AWG vs. Argentina*, decisión sobre jurisdicción, párr. 67.

⁹⁹⁶ *Wintershall vs. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, 8 diciembre 2008 (Nariman, Torres Bernárdez, Bernardini). También citado como caso *Wintershall vs. Argentina*, laudo, párrs. 167 y 188.

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.⁹⁹⁷ 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.⁹⁹⁸

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

“Artículo 3

(1) Ninguna de la 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”.⁹⁹⁹

“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.

⁹⁹⁷ *Ibidem*, párr. 1.

⁹⁹⁸ *Op. cit.* APPRI Argentina-Alemania; *Wintershall vs. Argentina*, laudo, párr. 1

⁹⁹⁹ APPRI Argentina-Alemania, artículo 3 (1).

(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]¹⁰⁰⁰.

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 3 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 éste le diera la razón.

aa) 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

¹⁰⁰⁰ *Ibidem*, artículo 10 (2) y (3).

debe probarse.¹⁰⁰¹ 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.¹⁰⁰² 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.¹⁰⁰³

- bb) 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 3 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.¹⁰⁰⁴ 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.¹⁰⁰⁵

- cc) Interpretación de las normas

El Tribunal arbitral señaló que se sometería a la Regla de Interpretación contenida en el artículo 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 AIIIs, pues reflejan, como lo declaró la CIJ, Derecho Internacional consuetudinario (DIC).¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰¹ ***Wintershall vs. Argentina***, laudo, párr. 61.

¹⁰⁰² *Ibidem*, párr. 62.

¹⁰⁰³ *Ibidem*, párr. 63.

¹⁰⁰⁴ *Ibidem*, párr. 73.

¹⁰⁰⁵ *Ibidem*, párr. 74.

¹⁰⁰⁶ *Ibidem*, párrs. 75, 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)”.¹⁰⁰⁷

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”.¹⁰⁰⁸

En este tenor, el tribunal arbitral recordó el caso Condiciones de Admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas.¹⁰⁰⁹ Respecto al caso concerniente al Laudo Arbitral del 31 de Julio de 1989¹⁰¹⁰ en el que la CIJ se pronunció como sigue:

¹⁰⁰⁷ *Ibidem*, párr. 78.

¹⁰⁰⁸ *Ibidem*, 79.

¹⁰⁰⁹ **Condiciones de Admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas** (artículo 4 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, Naciones Unidas, Nueva York, 1992, lista general no. 2, pag. 63.

¹⁰¹⁰ **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, I.C.J. Reports, 1991.

“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”.¹⁰¹¹

De igual modo citó lo decidido en el caso concerniente a las delimitaciones marítimas y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrain¹⁰¹² 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,¹⁰¹³ 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”.¹⁰¹⁴

¹⁰¹¹ *Ibidem*, pag. 8.

¹⁰¹² **Caso concerniente a las delimitaciones marítimas y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrain** - *Case concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, I.C.J. Reports, 1995.

¹⁰¹³ **Caso concerniente a la disputa territorial Libia Árabe Jamahiriya/Chad** - *Case concerning Territorial Dispute Libyan Arab Jamahiriya/Chad*, fallo, 3 de febrero de 1994, I.C.J. Reports, 1995.

¹⁰¹⁴ *Ibidem*, pags. 21-22; **Wintershall vs. Argentina**, laudo, párr. 41.

Así, después de recordar lo establecido en *Oppenheim's International Law*¹⁰¹⁵ 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”;¹⁰¹⁶ 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 con Bulgaria, Hungría y Rumania,¹⁰¹⁷ 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 sólo podía ocurrir después de designados los otros dos, cuyos nombramientos serían a razón de uno por país.¹⁰¹⁸ 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 ésta respondió que no era posible, que el texto del tratado no admitía dicha interpretación. La CIJ apuntó que la facultad del Secretario General sólo podría derivarse del contenido del tratado, tal como se expresa en la cláusula

¹⁰¹⁵ **Oppenheim's International Law**, Jennings, Robert Q.C./Watts, Arthur (eds.), vol. I (parts 2 to 4), 9 ed. 1996, págs. 1271-1272, “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”.

¹⁰¹⁶ **Wintershall vs. Argentina**, laudo, párr. 82. El tribunal arbitral también hizo alusión al caso Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania.

¹⁰¹⁷ **Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania - Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania** (Second Phase), C.I.J., opinión consultiva, 18 julio 1950, ICJ Reports, 1950.

¹⁰¹⁸ *Ibidem*, pag. 226.

sobre diferencias de los Tratados. Ésta debe ser interpretada de forma estricta y sólo puede aplicarse en el caso expresamente previsto en ella.¹⁰¹⁹ 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”.¹⁰²⁰

Respecto a una entrevista oral realizada en una audiencia a Schreuer, ante la sugerencia de éste 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:¹⁰²¹ 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

¹⁰¹⁹ *Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania - Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania* (Second Phase), C.I.J., opinión consultiva, 18 julio 1950, ICJ Reports, 1950, pag. 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”.

¹⁰²⁰ *Ibidem*, pag. 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*, laudo, párr. 84.

¹⁰²¹ *Wintershall vs. Argentina*, laudo, párr. 85.

ocasiones como visitas oficiales de Estado, cuando los mandatarios tienen necesidad de firmar algo y los APPRIs 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]”.¹⁰²² 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 éste y agregó que “la interpretación de los tratados debe partir del sentido ordinario de los términos, aunque no nos gusten”.¹⁰²³

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 pertinente en la medida en que esté expresada en las disposiciones del tratado; no en mayor ni en menor medida.¹⁰²⁴

¹⁰²² Declaración pericial de Christoph Schreuer, Transcripción de la Audiencia en inglés, 2do. día, 15 de octubre de 2007, pág. 144. (Traducción del Tribunal). Véase en ***Wintershall vs. Argentina***, laudo, párr. 85.

¹⁰²³ ***Wintershall vs. Argentina***, laudo, párr. 85

¹⁰²⁴ Declaración pericial de Christoph Schreuer, Transcripción de la Audiencia en inglés, 2do. día, 15 de octubre de 2007, pág. 146.

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”.¹⁰²⁵

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]”.¹⁰²⁶

Vemos pues que el tribunal arbitral llegó a donde quería, esto es, asentar el estándar de interpretación de tratados que le permitiera apegarse 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”.¹⁰²⁷

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.

¹⁰²⁵ *Ibidem*, pag. 147.

¹⁰²⁶ ***Wintershall vs. Argentina***, laudo, párr. 87.

¹⁰²⁷ *Ibidem*, párr. 88. Además el tribunal arbitral citó el fallo ***SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán***, ICSID Case No. ARB/01/13. Decision on Jurisdiction, 6. August 2003, 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***, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29. January 2004, 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”.

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.

- dd) 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 éste.¹⁰²⁸ 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 Viena¹⁰²⁹ 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”.¹⁰³⁰

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).¹⁰³¹

¹⁰²⁸ *Wintershall vs. Argentina*, laudo, párr. 114.

¹⁰²⁹ **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”.

¹⁰³⁰ **Convención de Viena**, artículo 36 (2).

¹⁰³¹ *Wintershall vs. Argentina*, laudo, párrs. 114, 115.

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.¹⁰³²

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 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”.¹⁰³³ 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.¹⁰³⁴

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. Éste 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

¹⁰³² **Convenio de Washington**, 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”.

¹⁰³³ **Wintershall vs. Argentina**, laudo, párr. 117.

¹⁰³⁴ *Ibidem*, párr. 118.

cumplimiento de esa obligación específica puede evitarse por remisión a la cláusula de la nación más favorecida del artículo 3”.¹⁰³⁵

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.¹⁰³⁶

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, sólo 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 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.¹⁰³⁷

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:

¹⁰³⁵ **Wintershall vs. Argentina**, laudo, párr. 119, *cfr. orig.* “*this particular obligation can be avoided by reference to the MFN clause in Article 3*”.

¹⁰³⁶ *Ibidem*, párr. 121.

¹⁰³⁷ *Ibidem*, párr. 122.

“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 éste 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]*”.¹⁰³⁸

- ee) 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 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”.¹⁰³⁹ 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

¹⁰³⁸ *Ibidem*, párr. 127.

¹⁰³⁹ *Ibidem*, párr. 129.

10(2). Sin embargo, el tribunal arbitral no entró al estudio del significado de orden público.¹⁰⁴⁰

- ff) 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,¹⁰⁴¹ entre otros¹⁰⁴² para fundamentar su dicho.¹⁰⁴³

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 tal 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.¹⁰⁴⁴

Tras citar la opinión separada del juez Nagendra Singh en el caso Nicaragua,¹⁰⁴⁵ el tribunal arbitral señaló que “incluso un requisito de negociación previa puede (o no) ser considerado como requisito jurisdiccional; ello dependerá

¹⁰⁴⁰ *Ibidem*, párrs. 128, 129.

¹⁰⁴¹ **Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua** (Nicaragua vs. United States of America), judgment on Jurisdiction and Admissibility, 26 noviembre 1984, ICJ Reports, 1984. También citado como caso **Nicaragua vs. USA**.

¹⁰⁴² **Ethyl Corporation vs. Canada**, UNCITRAL (NAFTA), decision on jurisdiction, 24 junio 1998, 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 junio 1999. También citado como caso **Wena Hotels vs. Egipto**, decisión a la jurisdicción, párrs. 74, 87; **Lauder vs. República Checa**, UNCITRAL, award, 3 septiembre 2001. También citado como caso **Lauder vs. República Checa, UNCITRAL**, laudo, párr. 187; **Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. Pakistan** (ICSID Case No. ARB/03/29), decision on jurisdiction, 14 noviembre 2005. También citado como caso **Bayindir vs. Pakistán**, decisión a la jurisdicción, párrs. 88-103; **SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán**, ICSID Case No. ARB/01/13. Decision on Jurisdiction, 6. August 2003. También citado como caso **SGS vs. Pakistán**, decisión a la jurisdicción, párr. 184.

¹⁰⁴³ **Wintershall vs. Argentina**, laudo, párrs. 133-138.

¹⁰⁴⁴ *Ibidem*, párr. 139.

¹⁰⁴⁵ **Nicaragua vs. USA**, pag. 446 y ss.

de su texto y contexto”.¹⁰⁴⁶ Así, criticó la aseveración categórica realizada por Schreuer de que “los obstáculos procedimentales no constituyen requisitos jurisdiccionales y pueden pasarse por alto”.¹⁰⁴⁷ Todo depende del caso, afirmó el tribunal arbitral y agregó que, inclusive “obstáculos procesales” pueden ser redactados de determinada manera para otorgarles carácter jurisdiccional.¹⁰⁴⁸

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.¹⁰⁴⁹ 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, afirmó el tribunal *Wintershall vs. Argentina*, “afirmó que una cláusula que imponga la obligación de acudir ante tribunales locales y con un período de espera de 18 meses a partir de esa comparecencia tenía un propósito reconocido”.¹⁰⁵⁰

¹⁰⁴⁶ *Wintershall vs. Argentina*, laudo, párr. 142.

¹⁰⁴⁷ *Ibidem*, laudo, párr. 143, *cf. orig.* “procedural obstacles are not jurisdictional requirements and may be disregarded”.

¹⁰⁴⁸ *Ibidem*, párr. 143.

¹⁰⁴⁹ *Ibidem*, párr. 145.

¹⁰⁵⁰ *Ibidem*, párr. 147. El tribunal arbitral *Wintershall vs. Argentina* citó lo decidido en el caso *Maffezini vs. España*, decisión a la jurisdicción, párrs. 34-37.

Tras realizar un análisis de lo decidido por tribunales anteriores en los casos *Ethyl vs. Canadá*,¹⁰⁵¹ *Wena Hotels vs. Egipto*,¹⁰⁵² *Lauder vs. República Checa*,¹⁰⁵³ *Bayindir vs. Pakistán*¹⁰⁵⁴ y *SGS vs. Pakistán*,¹⁰⁵⁵ respecto al carácter jurisdiccional o puramente procesal del periodo de espera, el tribunal arbitral concluyó que “existe una pronunciada y clara diferencia entre lo que se establezca en un TBI respecto de las ‘consultas’ (o del ‘período de espera’) y el requisito de que una demandante acuda a la jurisdicción de los tribunales locales durante cierto período 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”.¹⁰⁵⁶

gg) Extensión de la CNMF contenida en el artículo 3 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 3 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 3 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 3 del APPRI base envuelve, sin duda alguna, cuestiones jurisdiccionales.

¹⁰⁵¹ *Ethyl vs. Canada*, decisión a la jurisdicción, párr. 85.

¹⁰⁵² *Wena Hotels vs. Egipto*, decisión a la jurisdicción, párr. 89.

¹⁰⁵³ *Lauder vs. República Checa, UNCITRAL*, laudo, párrs. 183, 187.

¹⁰⁵⁴ *Bayindir vs. Pakistán*, decisión a la jurisdicción, párrs. 99, 100.

¹⁰⁵⁵ *SGS vs. Pakistán*, decisión a la jurisdicción, párrs. 80, 184.

¹⁰⁵⁶ *Wintershall vs. Argentina*, laudo, párr. 153.

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 3 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.¹⁰⁵⁷

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 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 decisión sobre el fondo del asunto una vez transcurridos dieciocho meses o cuando exista decisión pero la disputa subsista (artículo 10(3) (a)).

¹⁰⁵⁷ *Ibidem*, párr. 160 (2).

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*, ésta será dirimida ante el CIADI si las partes fueran miembros de éste; 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.¹⁰⁵⁸ 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.¹⁰⁵⁹

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,¹⁰⁶⁰ el tribunal arbitral encuentra diferencias

¹⁰⁵⁸ *Ibidem*, párr. 160 (3); **Status of Eastern Carelia Case** (1923), CPIJ, Series B, No. 5, pag. 27.

¹⁰⁵⁹ **Wintershall vs. Argentina**, laudo, párr. 160 (3); **Lotus case** (1927), CPIJ, Series A, No. 10, pag. 18.

¹⁰⁶⁰ **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

sustanciales en la concepción de ambos sistemas. En el APPRI 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, éste 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

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"). (...).

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 de común acuerdo 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 qué foro arbitral será sometida la diferencia, ésta 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.¹⁰⁶¹

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*,¹⁰⁶² 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*, aún 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.¹⁰⁶³ 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.¹⁰⁶⁴

El tribunal arbitral recordó lo dicho por la doctrina la cual señala:¹⁰⁶⁵

¹⁰⁶¹ *Wintershall vs. Argentina*, laudo, párrs. 174-176.

¹⁰⁶² *Maffezini vs. España*, decisión a la jurisdicción, párr. 38.

¹⁰⁶³ *Wintershall vs. Argentina*, laudo, párr. 173.

¹⁰⁶⁴ *Ibidem*, párr. 177.

¹⁰⁶⁵ *Ibidem*, párr. 167.

“todo arbitraje internacional debe basarse en un acuerdo entre las partes, el cual debe ser claro e inequívoco, aún 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”.¹⁰⁶⁶

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 3 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.¹⁰⁶⁷

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

¹⁰⁶⁶ **McLachlan, Campbell/Shore, Laurence/Weiniger, Matthew**, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, Oxford University Press, Great Britain, 2007. pag. 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”.

¹⁰⁶⁷ **Wintershall vs. Argentina**, laudo, párr. 172.

CNMF”. El tribunal se remitió a lo establecido por el Proyecto sobre las CNMF¹⁰⁶⁸ el cual establece que “bajo el ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida el Estado beneficiario adquiere, para 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”.¹⁰⁶⁹ 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 diplomática¹⁰⁷⁰ (...) la cláusula sólo opera respecto de la materia a que se referían los dos Estados cuando ellos insertaron la cláusula en su tratado”.¹⁰⁷¹

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 3 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 3, 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

¹⁰⁶⁸ **United Nations. International Law Commission**, “Final Draft Articles on Most Favored Nation Clauses”, *YBILC*, vol. 2, parte 2, 30th session, 1978.

¹⁰⁶⁹ *Ibidem*, artículo 9 (1).

¹⁰⁷⁰ Article 9 **United Nations. International Law Commission**, “The Most-Favoured-Nation Clause (with commentaries)”, *YBILC*, vol. II, part two, 1978, pag. 27.

¹⁰⁷¹ *Ibidem*, *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”.

equivalentes a la expropiación o nacionalización (...), pero en el artículo 4(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 4, no es posible afirmar que hayan tenido en mente algún otro ‘trato’ menos favorable que el que se concedió 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 3. 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 3 ‘hayan tenido en mente’ la cláusula relativa a la resolución de diferencias del artículo 10”.¹⁰⁷²

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 aplicara 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.¹⁰⁷³

Así, el tribunal arbitral concluyó su análisis y negó la aplicación del artículo 3 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

¹⁰⁷² *Wintershall vs. Argentina*, laudo, párr. 193.

¹⁰⁷³ *Ibidem*, laudo, párr. 195.

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 3 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”.¹⁰⁷⁴

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

Finalmente se presenta el caso Hochtief vs. Argentina,¹⁰⁷⁵ 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,¹⁰⁷⁶ 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.

¹⁰⁷⁴ *Ibidem*, párr. 198 (1).

¹⁰⁷⁵ **HOCHTIEF Aktiengesellschaft vs. Argentine Republic**, ICSID Case No. ARB/07/31, Decision on Jurisdiction, 24 octubre 2011 (*Lowe, Brower, Thomas*). También citado como caso **Hochtief vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción.

¹⁰⁷⁶ 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**.

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.¹⁰⁷⁷ Éste 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”.¹⁰⁷⁸

Tras un arduo análisis sobre el contenido del artículo 10 (2) y (3) del APPRI Argentina-Alemania,¹⁰⁷⁹ 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 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”.¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷⁷ *Ibidem*, párrs. 26, 28.

¹⁰⁷⁸ *Ibidem*, párr. 30.

¹⁰⁷⁹ *Ibidem*, párrs. 40-54.

¹⁰⁸⁰ *Ibidem*, párr. 55.

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 APPRIs.¹⁰⁸¹ Éste, 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”.¹⁰⁸²

aa) 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 3 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.¹⁰⁸³ El tribunal sostuvo que el artículo 3 del APPRI¹⁰⁸⁴ contiene disposiciones que hacen extensivo el TNMF a las inversiones y a los inversionistas (artículo 3 (1) y (2)) y que la obligación del Estado es idéntica en ambos casos; ésta 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 3 (2) estipula

¹⁰⁸¹ *Ibidem*, párr. 57.

¹⁰⁸² *Ibidem*, párr. 58.

¹⁰⁸³ *Ibidem*, párr. 59.

¹⁰⁸⁴ **APPRI Argentina-Alemania**, “artículo 3 (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”.

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”.¹⁰⁸⁵

Después de que citó lo establecido en el *ad* artículo 3 del Protocolo del APPRI¹⁰⁸⁶ 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*”.¹⁰⁸⁷ 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”.¹⁰⁸⁸

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

¹⁰⁸⁵ *Ibidem*, párrs. 60, 61.

¹⁰⁸⁶ **Protocolo del APPRI Argentina-Alemania**, (2) *ad* artículo 3 (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.”

¹⁰⁸⁷ *Ibidem*, párr. 66.

¹⁰⁸⁸ *Ibidem*, párr. 68.

tribunales del Estado anfitrión y su ejercicio en el arbitraje internacional. A sentir del tribunal ambas posibilidades son cobijadas por el contenido del artículo 10 del APPRI Argentina-Alemania. En consecuencia, el tribunal entendió que la CNMF contenida en el artículo 3 del APPRI en principio es aplicable a la promoción de procedimientos sobre resolución de diferencias prevista en el artículo 10 de ese APPRI.¹⁰⁸⁹

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 éste. 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, etc. 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 3 del APPRI base.¹⁰⁹⁰

bb) Límites a la jurisdicción y la CNMF

¹⁰⁸⁹ *Ibidem*, párrs. 71, 72. 75.

¹⁰⁹⁰ *Ibidem*, párr. 73.

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”.¹⁰⁹¹ 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 concreto, se trata de responder la pregunta de si la CNMF estipula la manera en que debe tratarse a los inversores cuando éstos 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”.¹⁰⁹²

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:

¹⁰⁹¹ *Ibidem*, párr. 77.

¹⁰⁹² *Ibidem*, párr. 81.

“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”.¹⁰⁹³

En otras palabras, la CNMF no es un pasaporte con acceso ilimitado a la incorporación de cualquier tipo de cláusulas contenidas en APPRIs 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 éste 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.¹⁰⁹⁴ Conforme al artículo 10 del APPRI Argentina-Alemania un inversor puede ejercer sus derechos sometiendo unilateralmente la diferencia al arbitraje sin necesidad del consentimiento 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.¹⁰⁹⁵ 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.¹⁰⁹⁶

En este orden de ideas, el tribunal por mayoría, decidió que el Centro tenía jurisdicción y el tribunal competencia para conocer del asunto.¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹³ *Ibidem*, párr. 81.

¹⁰⁹⁴ *Ibidem*, párr. 83.

¹⁰⁹⁵ *Ibidem*, párr. 84.

¹⁰⁹⁶ *Ibidem*, párr. 98.

¹⁰⁹⁷ *Ibidem*, párr. 125.

B. 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 éstas 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 instancias judiciales o arbitrales internacionales, está asentado como regla de derecho consuetudinario internacional.¹⁰⁹⁸

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

¹⁰⁹⁸ Véase *Interhandel* (Suiza vs. United States of America) 1959, ICJ, judgment, 21.03.1959, preliminary objections, ICJ Reports 1959.pag. 27, párr. 2.

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”.¹⁰⁹⁹

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.¹¹⁰⁰

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.¹¹⁰¹ Bajo esta

¹⁰⁹⁹ *Ibidem*, pag. 27, *cf. 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, pag. 357-383.

¹¹⁰⁰ **Gómez-Robledo Verduzco**, Alonso, *Derecho Internacional. Temas Selectos*, 5ª. ed., IJ-UNAM, México, 2008, pag. 263.

¹¹⁰¹ 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-Saldutiskis Railway*, quien afirmó: “Esta 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-Saldutiskis Railway*, PCIJ, Series A/B 76, pag. 47, párr. 4).

corriente ideológica se confunde el momento en el que inicia la responsabilidad internacional, del momento en que dicha responsabilidad internacional está en condiciones de ser sometida a una jurisdicción internacional.¹¹⁰² 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.¹¹⁰³

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.¹¹⁰⁴

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 éste que debe subordinarse al agotamiento de los recursos internos.¹¹⁰⁵

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

¹¹⁰² **Gómez-Robledo Verduzco**, Alonso, *Derecho Internacional. Temas Selectos, op. cit.*, pag. 265.

¹¹⁰³ Véase también artículo 1, 2 y 3 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.

¹¹⁰⁴ **Gómez-Robledo Verduzco**, Alonso, *Derecho Internacional. Temas Selectos, op. cit.*, pag. 266.

¹¹⁰⁵ *Ibidem*, pag. 267.

procedimiento y por lo tanto que condiciona solamente el derecho de acción, 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.¹¹⁰⁶

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 éstos no se hayan pronunciado no puede afirmarse que un acto es una violación de una regla de derecho. En el caso del Derecho Internacional sólo una jurisdicción internacional es válidamente competente para decidir si un hecho ilícito internacional ha sido cometido.¹¹⁰⁷

Al reconocer el carácter procesal de la regla de agotamiento de recursos internos es necesario apuntar que ésta 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.¹¹⁰⁸

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

¹¹⁰⁶ Amerasinghe, pags. 200-202 en **Gómez-Robledo Verduzco**, Alonso, *Derecho Internacional. Temas Selectos*, 5ª. ed., IJ-UNAM, México, 2008, pag. 268.

¹¹⁰⁷ **Gómez-Robledo Verduzco**, Alonso, *Derecho Internacional. op. cit.*, pag. 268.

¹¹⁰⁸ *Ibidem*, pag. 272.

internacional cuando se trata de ejercitar la protección diplomática.¹¹⁰⁹ La CIJ en el caso *Interhandel*¹¹¹⁰ dejó en claro esta posición y añadió:

“La tercer 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 éste en las Cortes de los Estados Unidos”.

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”.¹¹¹¹

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 verosímilmente sean eficaces y suficientes”.¹¹¹²

¹¹⁰⁹ La posición anterior es apoyada por el caso *Interhandel* y por gran parte de la doctrina, véase *Interhandel* (Suiza vs. United States of America) 1959, ICJ, judgment of march 21st. 1959, preliminary objections, ICJ Reports 1959. También citado como caso *Interhandel*, objeciones preliminares, pag. 6, 13-18, 26, 28.

¹¹¹⁰ *Ibidem*, pag. 6.

¹¹¹¹ *Ibidem*, pag. 26, párrs. 3-4, *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”.

¹¹¹² 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

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, 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

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“.

frente a éste puede verse ejemplificada en el artículo X del APPRI Argentina-Chile¹¹¹³ 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 descritas 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 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”.

¹¹¹³ 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**.

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*,¹¹¹⁴ 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,¹¹¹⁵ la defensa guatemalteca no hizo ejercicio de dicho derecho. El propio tribunal arbitral expresó su asombro ante dicha omisión por parte de Guatemala.¹¹¹⁶ Sin duda alguna, la interposición de una excepción a la jurisdicción del Gobierno guatemalteco hubiera surtido efectos ante el tribunal arbitral y éste 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. Quizás 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*¹¹¹⁷ 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 escenario no

¹¹¹⁴ ***Railroad Development Corporation vs. Republic of Guatemala***, ICSID Case No. ARB/07/23, Decision on Objection to Jurisdiction, 17 noviembre 2008. También citado como caso ***Railroad vs. Guatemala***, primera decisión a la jurisdicción.

¹¹¹⁵ 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, noviembre 2011.

¹¹¹⁶ *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".

¹¹¹⁷ ***TECO Guatemala Holdings, LLC vs. Republic of Guatemala***, ICSID Case No. ARB/10/23. El 21 de abril del 2011 se reconstituyó el tribunal arbitral cuyos miembros son: Mourre, Park y von Wobeser. A noviembre del 2011 no existió decisión a la jurisdicción.

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.¹¹¹⁸ 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”.¹¹¹⁹ 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 APPRIs relativo al sometimiento de la controversia ante los tribunales locales durante un periodo de dieciocho meses.¹¹²⁰

¹¹¹⁸ *Maffezini vs. España*, decisión a la jurisdicción, párr. 63.

¹¹¹⁹ *Idem*.

¹¹²⁰ *Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8. February 2005. También citado como: caso *Plama vs. Bulgaria*, decisión a la jurisdicción, párrs. 220, 221; *Siemens A.G. vs. República Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, decisión sobre jurisdicción, 03. Agosto 2004. También citado como caso *Siemens vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción, párrs. 51, 76, 77, 79, 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 SDG, S.A. vs. República Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/10, decisión a la jurisdicción, 17. Junio 2005. También citado como caso *Gas Natural vs. Argentina*, 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. República*

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”.¹¹²¹

El uso de este beneficio ha sido utilizado únicamente por Costa Rica¹¹²² y Guatemala.¹¹²³ 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

Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, 8 diciembre 2008. También citado como caso **Wintershall vs. Argentina**, laudo, párr. 110, 116, 123, 124, 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 Aktiengesellschaft vs. Argentine Republic**, ICSID Case No. ARB/07/31, *Decision on Jurisdiction*, 24 octubre 2011. También citado como caso **Hochtief vs. Argentina**, *decisión a la jurisdicción*, párrs. 47, 95, 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 se plantea en el presente caso es si el período 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).

¹¹²¹ **Convenio de Washington**, artículo 26, segunda oración.

¹¹²² 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 2011.

¹¹²³ 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 2011.

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.¹¹²⁴ Guatemala tiene tres casos en su contra: el caso Iberdrola vs. Guatemala,¹¹²⁵ Tecu Guatemala vs. Guatemala¹¹²⁶ y Railroad vs. Guatemala.¹¹²⁷ 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,¹¹²⁸ hecho que atribuimos a la estrategia de defensa jurídica del Gobierno guatemalteco.

C. 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*

¹¹²⁴ ***Alasdair Ross Anderson and others vs. Republic of Costa Rica***, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, award rendered on May 19, 2010. Laudo no público; ***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 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 febrero 2000, párr. 11. Costa Rica no interpuso objeción a la jurisdicción.

¹¹²⁵ ***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 del 2011 no existe decisión a la jurisdicción.

¹¹²⁶ ***TECO Guatemala Holdings, LLC vs. Republic of Guatemala***, ICSID Case No. ARB/10/23, registrado el 23 de noviembre del 2010. También citado como ***Tecu Guatemala vs. Guatemala***

¹¹²⁷ ***Railroad Development Corporation vs. Republic of Guatemala***, ICSID Case No. ARB/07/23, Decision on Objection to Jurisdiction, 17 noviembre 2008. También citado como caso ***Railroad vs. Guatemala***, primera decisión a la jurisdicción.

¹¹²⁸ ***Railroad Development Corporation vs. Republic of Guatemala***, ICSID Case No. ARB/07/23, Decision on Objection to Jurisdiction, 17 noviembre 2008. También citado como caso ***Railroad vs. Guatemala***, primera decisión a la jurisdicción, párrs. 44 y 45.

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*)”.¹¹²⁹ En muchos sistemas jurídicos esta máxima es parte del *ordre public* u orden público.¹¹³⁰ 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.¹¹³¹

¹¹²⁹ Véase **Schreuer**, “Travelling in the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *JWIT*, Vol. 5, Nr. 2, April 2004, pag. 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*, Dunker & Humboldt, Berlin, 2004; **Kühn**, Wolfgang: *How to Avoid Conflicting Awards. The Lauder and CME Cases*, *JWIT*, Vol. 5, Nr. 1, February 2004, pag. 5 y ss.; **Klein**, Bohuslav, “How to Avoid Conflicting Awards. The Lauder and CME Cases”, *JWIT*, vol. 5, nr. 1, febrero 2004, pag. 19 y ss.; **Carver**, Jeremy, “How to Avoid Conflicting Awards. The Lauder and CME Cases”, *JWIT*, vol. 5, nr. 1, febrero 2004, pag. 23 y ss.; **Bagner**, Hans, “How to Avoid Conflicting Awards. The Lauder and CME Cases”, *JWIT*, Vol. 5, Nr. 1, February 2004, pag. 31 y ss.; **Wiwon-Nilson**, Tore: *How to Avoid Conflicting Awards. The Lauder and CME Cases*, *JWIT*, Vol. 5, Nr. 1, February 2004, pag. 37 y ss.; **Fernández Masía**, Enrique, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de las inversiones extranjeras*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008; **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*, Universidad Iberoamericana, México, 2011, págs. 35-53, 120-170.

¹¹³⁰ Véase **caso Maffezini vs. España**, decisión a la jurisdicción, párr. 63.

¹¹³¹ Véase **Schreuer**, “Travelling in the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *op. cit.*, pag. 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 del 2000. También citado como **caso Olguín vs. Paraguay**, párr. 18; **Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal vs. Argentina**, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 21. November 2000, párr. 40; **Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil vs. Estonia**, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25. June 2001. También citado como caso **Genin vs. Estonia**; **Ronald S. Lauder vs. República Checa**, UNCITRAL, Award (Final), 3. September 2001, párrs. 162, 163, y ss.; **Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. vs. Ágypten**, ICSID Case No. ARB/99/6, award, 12. April 2002, párrafo 71. También

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*¹¹³² 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 3 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:

“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”.¹¹³³

citado como *caso Middle East Cement vs. Ägypten; CMS Gas Transmission Company vs. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, 17. July 2003, párr. 80 y ss.; *Azurix Corp. vs. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, 8. December 2003. También citado como *Azurix vs. Argentina; Enron and Ponderosa Assets vs. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14. January 2004. También citado como *caso Enron vs. Argentina*.

¹¹³² *Hochtief Aktiengesellschaft vs. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31, Decision on Jurisdiction, 24 octubre 2011. También citado como caso *Hochtief vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción.

¹¹³³ *Ibidem*, párr. 98.

En este sentido, si la demandante solicita la atracción del mejor trato otorgado a los inversores chilenos que a los inversores alemanes, ésta 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.¹¹³⁴ En otras palabras, no modifica el alcance jurisdiccional original del tribunal arbitral contenido en el tratado base.

D. 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.¹¹³⁵ 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.

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

¹¹³⁴ *Ibidem*, párr. 86, 87.

¹¹³⁵ **Douglas**, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, pag. 345, párr. 647.

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 Estado 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.

1. 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. Bulgaria¹¹³⁶ 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.¹¹³⁷

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,

¹¹³⁶ ***Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria***, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8. February 2005 (Salans, van den Berg, Veeder). También citado como: caso ***Plama vs. Bulgaria***, decisión a la jurisdicción.

¹¹³⁷ ***Plama vs. Bulgaria***, decisión a la jurisdicción, párrs. 1, 19.

los cuales impactan en el valor de los bienes de las compañías del grupo Plama. En este contexto, señaló Plama que dichas acciones realizadas por el Gobierno búlgaro violan el Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT),¹¹³⁸ así como el APPRI Bulgaria-Chipre,¹¹³⁹ de tal suerte que la demandante solicitó al tribunal que condenara a Bulgaria al pago de daños y compensación por expropiación.¹¹⁴⁰

Bulgaria por su parte, rechazó la jurisdicción del CIADI y alegó que las pretensiones de Plama están fuera de la competencia de éste.¹¹⁴¹

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*”¹¹⁴² y a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI como las aplicables al procedimiento.¹¹⁴³ Lo anterior está previsto en el artículo 4 (4.1-4.5 del APPRI búlgaro-chipriota.¹¹⁴⁴

¹¹³⁸ **El Tratado sobre la Carta de la Energía**, hecho en Lisboa, el diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro. En adelante ECT. Bulgaria ratificó la ECT el 15 de noviembre de 1996, Chipre el 16 de enero de 1998.

¹¹³⁹ 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**.

¹¹⁴⁰ **Plama vs. Bulgaria**, decisión a la jurisdicción, párr. 21.

¹¹⁴¹ **Plama vs. Bulgaria**, decisión a la jurisdicción, 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.

¹¹⁴² **APPRI Bulgaria-Chipre**, artículo 4 (4.1).

¹¹⁴³ *Ibidem*, artículo 4 (4.3).

¹¹⁴⁴ **APPRI Bulgaria-Chipre**, artículo 4. “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

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

“Artículo 3. (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”.¹¹⁴⁵

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 8 del APPRI Bulgaria-Finlandia.¹¹⁴⁶ Dicha cláusula prevé al CIADI como

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 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”.

¹¹⁴⁵ *Ibidem*, artículo 3 (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”.

¹¹⁴⁶ 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.

foro para dirimir las controversias que se susciten entre un inversor y una de las Partes Contratantes.¹¹⁴⁷

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,¹¹⁴⁸ 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”.¹¹⁴⁹

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.¹¹⁵⁰

También citado como **APPRI Bulgaria-Finlandia**.

¹¹⁴⁷ **APPRI Bulgaria-Finlandia**, artículo 8 (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 ...”.

¹¹⁴⁸ **Plama vs. Bulgaria**, decisión a la jurisdicción, párr. 51.

¹¹⁴⁹ *Ibidem*, párr. 79.

¹¹⁵⁰ *Ibidem*, párr. 89.

Para poder resolver la controversia relativa a la jurisdicción del tribunal arbitral, éste 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.¹¹⁵¹ Después realizó un detallado estudio de la jurisdicción del tribunal arbitral derivada de la aplicación del Tratado sobre la Carta de la Energía el tribunal arbitral y confirmó su competencia conforme al ECT para conocer sobre el fondo del asunto.¹¹⁵² 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.¹¹⁵³

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”.¹¹⁵⁴

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”;

¹¹⁵¹ *Ibidem*, párr. 117.

¹¹⁵² *Ibidem*, párrs. 121-179.

¹¹⁵³ *Ibidem*, párrs. 179, 240 (A, B).

¹¹⁵⁴ *Ibidem*, párr. 183.

- 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.¹¹⁵⁵ El tribunal encontró que no es clara la interpretación del significado de la palabra “tratamiento” contenida en el artículo 3 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 3(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.¹¹⁵⁶ El tribunal apuntó que la demandante intentó fundamentar 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.¹¹⁵⁷ 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.

¹¹⁵⁵ *Ibidem*, párr. 184.

¹¹⁵⁶ *Ibidem*, párr. 190.

¹¹⁵⁷ 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 3. **Plama vs. Bulgaria**, decisión a la jurisdicción, párr. 195.

El tribunal arbitral recordó además que si bien Bulgaria celebró otros APPRI que incluyen una cláusula de solución de controversias mucho más amplia que sigue la práctica internacional de celebración de APPRI, 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”.¹¹⁵⁸ En este sentido, el tribunal señaló que “en el marco de un ABI,¹¹⁵⁹ 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”.¹¹⁶⁰

El tribunal arbitral afirmó que dudas respecto a la intención clara e inequívoca de las Partes podría originarse si el acuerdo de arbitraje es alcanzado a través de la “incorporación por referencia” (*incorporation by reference*).¹¹⁶¹ La demandante sugiere que la CNMF en el contexto de inversión opera en el mismo sentido que en el contexto comercial.¹¹⁶² Plama pretendió persuadir al tribunal arbitral de que la redacción del artículo 3 (1) del APPRI Bulgaria-Chipre, era mucho más amplia que la prevista en el artículo 1103 del TLCAN¹¹⁶³ e incluso del artículo 5 del Capítulo XVI del Borrador del FTAA,¹¹⁶⁴ ofreció la redacción del artículo 3(3) del

¹¹⁵⁸ **Plama vs. Bulgaria**, decisión a la jurisdicción, párr. 197, 198.

¹¹⁵⁹ ABI es un “acuerdo bilateral de inversión”, es decir, un sinónimo de APPRI.

¹¹⁶⁰ **Plama vs. Bulgaria**, decisión a la jurisdicción, párr. 198.

¹¹⁶¹ *Ibidem*, párr. 199.

¹¹⁶² *Ibidem*, párr. 199, 200.

¹¹⁶³ **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.”

¹¹⁶⁴ **Plama vs. Bulgaria**, 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 del 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 5 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

APPRI Modelo del Reino Unido¹¹⁶⁵ como prueba de que las cláusulas de solución de controversias deban beneficiarse por la CNMF y neutralizar dudas respecto a su interpretación.¹¹⁶⁶ 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.¹¹⁶⁷ Sin embargo, se cuestiona el tribunal arbitral, qué sucede con APPRIIs cuya cláusula de solución de controversias es limitada, como lo es la del artículo 4 (4.1) y (4.2) del APPRI Bulgaria-Chipre, que prevé que dichas controversias serán resueltas conforme a dicho tratado¹¹⁶⁸ 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?¹¹⁶⁹

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 éste 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

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”.

¹¹⁶⁵ **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”.

¹¹⁶⁶ **Plama vs. Bulgaria**, decisión a la jurisdicción, párr. 204.

¹¹⁶⁷ **Siemens vs. República Argentina**, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 03. August 2004. También citado como caso Siemens vs. Argentina, decisión a la jurisdicción

¹¹⁶⁸ **Plama vs. Bulgaria**, decisión a la jurisdicción, párr. 207.

¹¹⁶⁹ *Ibidem*, párr. 208.

otorgado y otra muy diferente suplir un mecanismo específico de solución de controversias por otro totalmente distinto.¹¹⁷⁰

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)”.¹¹⁷¹

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”.¹¹⁷²

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.

¹¹⁷⁰ *Ibidem*, párr. 209.

¹¹⁷¹ *Ibidem*, párr. 212, *cfr. 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)”.

¹¹⁷² ***Plama vs. Bulgaria***, decisión a la jurisdicción, párr. 212, *cfr. 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”.

- Caso Anglo-Iranian Oil Company.
- Ambatielos
- Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España.

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 APPRIs, 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”.¹¹⁷³

¹¹⁷³ **Maffezini vs. España**, decisión a la jurisdicción, párr. 53; **Plama vs. Bulgaria**, decisión a la jurisdicción, párr. 218.

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)”.¹¹⁷⁴

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 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”¹¹⁷⁵ y “auto adaptación de la CNMF”¹¹⁷⁶ respecto a las disposiciones de solución de controversias tiene por efecto que un inversor tenga la opción de escoger las disposiciones de distintos APPRIs. 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 APPRIs que éste 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”

¹¹⁷⁴ **Plama vs. Bulgaria**, decisión a la jurisdicción, párr. 218, *cf. orig.* “an arbitration clause must be such as to make the clause part of the contract (treaty)”.

¹¹⁷⁵ *Cfr. orig.* “basket of treatment”.

¹¹⁷⁶ *Cfr. orig.* “self-adaptation of an MFN provision”.

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.¹¹⁷⁷

Así el tribunal en el caso Plama se dio a la tarea de descifrar cual 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, 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”.¹¹⁷⁸

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

¹¹⁷⁷ **Plama vs. Bulgaria**, decisión a la jurisdicción, párrs. 220, 221; **Maffezini vs. España**, decisión a la jurisdicción, párr. 63.

¹¹⁷⁸ **Maffezini vs. España**, decisión a la jurisdicción, párr. 63.

que la disposición de la NMF del tratado base no da lugar a duda de que las Partes Contratantes pretendieron incorporarlas”.¹¹⁷⁹

Sin embargo, el tribunal arbitral simpatizó con la excepción realizada por el tribunal arbitral en del 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”.¹¹⁸⁰

El tribunal se mostró indulgente con la decisión tomada por el tribunal Maffezini vs. España, debido a que en el segundo caso se trato de un “curioso requerimiento que durante los primeros 18 meses las 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.¹¹⁸¹

El tribunal arbitral Plama llamó la atención acerca de la ausencia argumentativa basada en el caso Salini vs. Jordania,¹¹⁸² laudo publicado justo 4 meses antes de la presente decisión, cuyo razonamiento se basó en la línea argumentativa del tribunal Plama vs. Bulgaria.

¹¹⁷⁹ **Plama vs. Bulgaria**, 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”.

¹¹⁸⁰ *Idem.*

¹¹⁸¹ *Ibidem*, párr. 224.

¹¹⁸² **Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. Reino de Jordania**, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 29. November 2004, También citado como caso **Salini vs. Jordania**, decisión a la jurisdicción.

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,¹¹⁸³ la cual fue retomada por el tribunal Siemens vs. Argentina, razonamiento que fue considerado por el tribunal Plama como jurídicamente insuficiente¹¹⁸⁴ y extremadamente general.¹¹⁸⁵

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 APPRIs de los cuales Bulgaria sea Parte Contratante para el presente caso”.¹¹⁸⁶

2. 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. Rusia¹¹⁸⁷ 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.¹¹⁸⁸ De conformidad con el artículo 2¹¹⁸⁹ y 10¹¹⁹⁰

¹¹⁸³ **Siemens vs. República Argentina**, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 03. August 2004. También citado como caso **Siemens vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción, párrs. 105, 109, 120.

¹¹⁸⁴ **Siemens vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción, párr. 81.

¹¹⁸⁵ *Ibidem*, párr. 193.

¹¹⁸⁶ **Plama vs. Bulgaria**, decisión a la jurisdicción, párr. 227, 240 (C).

¹¹⁸⁷ **Berschader vs. Russia**, SCC Case No. 080/2004 (Belgium/Russia BIT), Award, 21 April 2006 (Sjövall, Lebedev, Weiler). También citado como caso **Berschader vs. Rusia, SCC**, laudo.

¹¹⁸⁸ 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**.

¹¹⁸⁹ **APPRI BeLux-Rusia**, artículo 2, “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]”.

¹¹⁹⁰ **APPRI BeLux-Rusia**, 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

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 5 del propio tratado base que contiene las disposiciones relativas a la expropiación y las reglas para determinar el monto de la indemnización.

El artículo 5 del APPRI BeLux-Rusia establece:

“artículo 5. “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.

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)”.

Dicha compensación deberá ser pagada a los inversores sin demora, en moneda libremente convertible, y transferida sin demora”.¹¹⁹¹

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 2 del tratado base; en específico las cláusulas de solución de controversias contenidas en el artículo 8 del APPRI Noruega-Rusia,¹¹⁹² o en el artículo 8 del APPRI Dinamarca-Rusia.¹¹⁹³

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

¹¹⁹¹ **APPRI BeLux-Rusia**, artículo 5, *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. 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”.

¹¹⁹² 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 8. 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”.

¹¹⁹³ **Berschader vs. Rusia, SCC**, 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 Copenhagen el 4 de noviembre de 1993. También citado como **APPRI Dinamarca-Rusia**, artículo 8. 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”.

El tribunal arbitral decidió aplicar el principio por el cual una disposición de NMF en un APPRI sólo incorpora por referencia una cláusula arbitral de otro APPRI cuando los términos del APPRI original así lo establezca clara e inequívocamente o cuando pueda ser deducido claramente de éste que ésta fue la intención de las partes.¹¹⁹⁴ 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 APPRIs.¹¹⁹⁵

La CNMF contenida en el APPRI Belux-Rusia en su artículo 2 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]”.¹¹⁹⁶

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

¹¹⁹⁴ **Berschader vs. Rusia, SCC**, laudo, párr. 181.

¹¹⁹⁵ *Ibidem*, párr. 182.

¹¹⁹⁶ **APPRI BeLux-Rusia**, artículo 2, *cf. 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”.

materias cubiertas por el tratado, seguramente el sentido corriente de esta expresión será que ésta se extienda a las disposiciones relativas a la solución de controversias.¹¹⁹⁷ 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 éste puede considerarse ambiguo en el contexto de la CNMF. Como fue enfatizado en el 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”.¹¹⁹⁸

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 ésta es entrelazada en el texto del tratado, por ejemplo, en la CNMF.¹¹⁹⁹ 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 2 del APPRI Belux-Rusia; en opinión del tribunal arbitral no es posible. Así, mencionó tres razones para sostener su dicho. La primera, los artículos 9 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 1 y 7 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 8, 12 y 13 se relacionan con materias respecto a las cuales la aplicación de la CNMF es una posibilidad teórica”.¹²⁰⁰

¹¹⁹⁷ *Berschader vs. Rusia, SCC*, laudo, párr. 183.

¹¹⁹⁸ *Ibidem*, párr. 184.

¹¹⁹⁹ *Ibidem*, párr. 185.

¹²⁰⁰ *Ibidem*, párrs. 186-191.

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.¹²⁰¹ 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 artículo 4, 5 y 6”. 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.¹²⁰² 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 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 del la CNMF.¹²⁰³ 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 éste dispuso responder si la cláusula de solución de diferencias era una de las materias presuntamente excluidas de la aplicación de la CNMF. Así, éste sostuvo que los defensores de que la cláusula de solución de controversias está cubierta por la

¹²⁰¹ *Ibidem*, párr. 192.

¹²⁰² *Ibidem*, párr. 193.

¹²⁰³ *Ibidem*, párr. 194.

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.¹²⁰⁴ 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.¹²⁰⁵ El problema que encontró el tribunal, posición a la que nos unimos, es que estos argumentos tienen un carácter extremadamente general; éstos 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.¹²⁰⁶ Tras un análisis histórico y del contexto en el cual el tratado fue celebrado, el tribunal concluyó que ésta no fue la intención de las Partes, de otro modo lo hubieran incluido en el texto del artículo 2.¹²⁰⁷

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

¹²⁰⁴ *Ibidem*, párr. 195.

¹²⁰⁵ *Ibidem*, párr. 196.

¹²⁰⁶ *Ibidem*, párr. 197.

¹²⁰⁷ *Ibidem*, párrs. 199-202.

APPRI, cuando los términos del APPRI base así lo establecen clara e inequívocamente o cuando esto puede ser claramente deducido que ésta fue la intención de las Partes Contratantes.¹²⁰⁸

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 2 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 2. 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.¹²⁰⁹

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”.¹²¹⁰

¹²⁰⁸ *Ibidem*, párr. 206.

¹²⁰⁹ *Ibidem*, párr. 207.

¹²¹⁰ *Ibidem*, párr. 208.

En este orden de ideas, el tribunal rechazó las reclamaciones de la demandada.¹²¹¹

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

La controversia Telenor vs. Hungría¹²¹² 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.¹²¹³

Telenor demandó el pago de daños presuntamente sufridos a raíz de supuestas violaciones al APPRI Hungría-Noruega¹²¹⁴ 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.

¹²¹¹ *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”.

¹²¹² ***Telenor Mobile Communications AS vs. Republica de Hungría***, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 13 de septiembre 2006 (Goode, Allard, Marriott). También citado como caso ***Telenor vs. Hungría***, laudo.

¹²¹³ *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.

¹²¹⁴ 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**.

Inversiones realizadas por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, así como a sus ganancias, se les concederá un trato no menos favorable que aquel otorgado a inversiones realizadas por inversores de cualquier tercer Estado”.¹²¹⁵

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.¹²¹⁶

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 LIBOR¹²¹⁷ presupuestado para la moneda en la cual haya sido realizada la inversión hasta la fecha de pago. El

¹²¹⁵ **APPRI Noruega-Hungría**, artículo IV (1), *cfr. 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”.

¹²¹⁶ **APPRI Noruega-Hungría**, artículo VI (1).

¹²¹⁷ LIBOR es la abreviación del interés Interbancario del mercado de Londres (*London Interbank Offered Rate*).

pago de dicha compensación deberá ser efectivo realizable y libremente transferible”.¹²¹⁸

Por su parte, el artículo XI del APPRI Noruega-Hungría contiene la cláusula de solución de controversias redactada de forma por demás estrecha. Ésta 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

¹²¹⁸ **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”.

entre Estados y nacionales de otros Estados, del 18 de marzo de 1965 (el Convenio de Washington).”¹²¹⁹

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.¹²²⁰ 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 a analizar el fondo del asunto.¹²²¹ El tribunal arbitral solicitó a Telenor la descripción exacta del acto o los actos presuntamente constitutivos de una expropiación.¹²²² Tras la supuesta aclaración de los actos reclamados, réplicas y dúplicas de Telenor y Hungría al respecto,¹²²³ el tribunal comenzó con el análisis de lo que constituye una expropiación y si los actos argüidos por Telenor eran constitutivos de ésta. 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.¹²²⁴ 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

¹²¹⁹ **APPRI Noruega-Hungría**, 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)”.

¹²²⁰ **Telenor vs. Hungría**, laudo, párr. 26.

¹²²¹ *Ibidem*, párr. 34.

¹²²² *Ibidem*, párr. 37-38.

¹²²³ *Ibidem*, párrs. 39-58.

¹²²⁴ *Ibidem*, párrs. 69-72.

tribunal que sugiera cualquier actividad de parte del Gobierno húngaro que se aproxime remotamente al efecto de expropiación”.¹²²⁵

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 éste. 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. Sin embargo, Telenor olvidó invocar una cláusula específica contenida en un APPRI específico celebrado entre Hungría y un tercer Estado.¹²²⁶

Telenor hizo alusión a los casos *Maffezini vs. España* y *Siemens vs. Argentina*.¹²²⁷ El tribunal arbitral citó además el caso *Plama vs. Bulgaria* y *Salini vs. Jordania*¹²²⁸ y añadió que refrendaba el análisis realizado en el caso *Plama vs. Bulgaria*. Al respecto señaló:

“este tribunal refrenda totalmente el análisis y exposición del principio provisto por el tribunal *Plama*”.¹²²⁹

“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

¹²²⁵ *Ibidem*, párr. 79. Sobre expropiación indirecta véase: **OECD**, “Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law”, *Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Working Papers on International Investment*, OECD, no. 4, Washington, 2004, <http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf>, mayo 2010.

¹²²⁶ ***Telenor vs. Hungría***, laudo, párr. 83.

¹²²⁷ *Ibidem*, párrs. 85-88.

¹²²⁸ *Ibidem*, párr. 89.

¹²²⁹ *Ibidem*, párr. 90, *cf. orig.* “this tribunal wholeheartedly endorses the analysis and statement of principle furnished by the *Plama* tribunal “.

allá de aquellas dispuestas en el APPRI mismo en ausencia de un lenguaje claro de que ésta es la intención de las partes”.¹²³⁰

En primer lugar invocó la Regla de Interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena¹²³¹ 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”.¹²³²

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, aún 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.¹²³³ En tercer lugar, apuntó el tribunal, que 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”.¹²³⁴ 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 aquellos que ignoran analizar acerca de la verdadera intención de las partes de un

¹²³⁰ *Ibidem*, párr. 91.

¹²³¹ *Ibidem*, párr. 92.

¹²³² *Idem*.

¹²³³ *Ibidem*, párr. 93.

¹²³⁴ *Ibidem*, párr. 94.

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.¹²³⁵

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 Estados siete 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.¹²³⁶ 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.¹²³⁷

A continuación, el tribunal realizó una distinción clara entre el caso *Plama vs. Bulgaria* y el caso *Suez vs. Argentina*¹²³⁸ y refrendó los argumentos y razonamientos utilizados por el tribunal arbitral del caso *Plama vs. Bulgaria*.¹²³⁹ 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

¹²³⁵ *Ibidem*, párr. 95.

¹²³⁶ *Ibidem*, párr. 96.

¹²³⁷ *Ibidem*, párr. 97.

¹²³⁸ ***Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. vs. República Argentina***, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Jurisdiction, 16.May 2006. También citado como caso ***Suez vs. Argentina***.

¹²³⁹ ***Telenor vs. Hungría***, laudo, párr. 98.

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 para acceder al mecanismo de solución de controversias establecido en el propio tratado.¹²⁴⁰ 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*,¹²⁴¹ 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.¹²⁴²

Tras el razonamiento y el análisis antes citados, el tribunal rechazó las pretensiones de *Telenor* y declinó su jurisdicción para conocer del caso.¹²⁴³

E. 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.¹²⁴⁴

¹²⁴⁰ ***Suez vs. Argentina***, decisión a la jurisdicción, párr. 63.

¹²⁴¹ ***Telenor vs. Hungría***, laudo, párr. 98

¹²⁴² *Ibidem*, párr. 100.

¹²⁴³ *Ibidem*, párr. 108.

¹²⁴⁴ *Supra*, Capítulo 3, III, E.

Actualmente existen cuatro casos activos en el marco del CAFTA¹²⁴⁵ 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 Tratados. 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 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 éste.

Para el supuesto de atracción de una instancia revisoria

F. Atracción de pretensiones contractuales a través de la CNMF

¹²⁴⁵ *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 Julio 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 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 August 2010, aún no se ha emitido laudo arbitral;

1. 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.¹²⁴⁶ 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.¹²⁴⁷

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.¹²⁴⁸ Cuando un CEI prevé algún foro alternativo internacional para la solución de disputas,¹²⁴⁹ 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

¹²⁴⁶ **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*, Cameron May, Great Britain, 2005, págs. 295-296; **Wackernagel**, Clemens, "Das Verhältnis von treaty und contract claims in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit", *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, cuaderno 82, Wittenberg, enero 2009, págs. 1-38.

¹²⁴⁷ **Gill/ Birt**, "Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A comparative Review of the SGS Cases" en *Journal of International Arbitration*, Vol. 21 .Nr. 5, 2004, pag. 397; **Mehren**, George M. von/ **Salomon**, Claudia/ **Paroutsas**, Aspasia: *Navigating Through Investor-State Arbitrations – an overview of Bilateral Investment Treaty claims*, DRJ, vol. 59, No. 1, New York, Feb.-April 2004, pag. 70 y ss.

¹²⁴⁸ **Fernández Masía**, Enrique, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de las inversiones extranjeras*, op. cit., pag. 41.

¹²⁴⁹ **Rábago Dorbecker**, Miguel, *Derecho de la Inversión Extranjera en México*, op. cit., págs. 22-38.

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 AI 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.¹²⁵⁰

Cuando existe un AI aplicable al caso concreto y éste 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 AI; 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;¹²⁵¹ 2) a través de la aplicación de una cláusula amplia de

¹²⁵⁰ Véase: American Law Institute, Restatement of the Law, Foreign Relations Law of the United States, 1986, §712, Comment h, vol. 2, pag. 201: “not every repudiation or breach by a state of a contract with a foreign national constitutes a violation of international law”; **Fernandez Masía**, Enrique, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de las inversiones extranjeras*, op. cit., pag. 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”.

¹²⁵¹ **Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal vs. República Argentina**, ICSID Case No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación, 3 de Julio 2002. También citado como: caso **Vivendi I**, párrs. 60, 108-111; **Salini Costruttori and Italstrade vs. Reino de Marruecos**, Case No. ARB/00/06, Decision on Jurisdiction, 23. July 2001. También citado como: caso **Salini vs. Marruecos**, decisión a la jurisdicción, párr. 61; **Azurix Corp. vs. República Argentina**, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, 8. December 2003. También citado como: caso **Azurix vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción, párr. 79; **Noble Ventures, Inc. vs. Rumania**,

solución de controversias contenida en el AI en cuestión;¹²⁵² y, 3) cuando exista una cláusula de cumplimiento de las obligaciones, mejor conocida como cláusula paraguas (*umbrella clause*).¹²⁵³

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.

ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12. October, 2005. También citado como: **Noble Ventures vs. Rumania**, párr. 53; **Cremades**, Bernardo M., “Litigating Annulment Proceedings. The *Vivendi* Matter: Contract and Treaty Claims in: Annulment of ICSID Awards”, *IAI International Arbitration Series* no. 1, Washington, D.C., 2004, pag. 87 y ss.; **Fernández Masía**, Enrique, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de las inversiones extranjeras*, *op. cit.*, pags. 40-52, párrs. 16-21.

¹²⁵² **Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. Kingdom of Morocco**, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 julio 2001. También citado como caso Salini vs. Marruecos, decisión a la jurisdicción, párr. 61; **SGS Société Generale de Surveillance S.A. vs. República de Filipinas**, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29. January 2004. También citado como: caso **SGS vs. Filipinas**, decisión a la jurisdicción, párrs. 131, 132; **SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán**, ICSID Case No. ARB/01/13. Decision on Jurisdiction, 6. August 2003. También citado como caso **SGS vs. Pakistán**, decisión a la jurisdicción, párrs. 161, 162; **Dolzer, Rudolf/Schreuer, Christoph**, *Principles of International Investment Law*, *op. cit.*, pag. 244.

¹²⁵³ **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 2004, pag. 555 y ss.; **Cremades**, Bernardo M./ **Cairns**, David J.A., “Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes”, en **Horn/Kröll**, (eds.) *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, *op. cit.*, pags. 325-351; **Gaffney**, John P./**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 2007, pags. 5-67; **Gaillard**, 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, Cameron May, Gran Bretaña, 2005, pag. 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, pag. 157 y ss.; **Rodríguez Jiménez**, Sonia, “¿Violaciones contractuales o convencionales? La tendencia en los tribunales arbitrales CIADI”, *Estudios sobre contratación internacional*, Universidad Carlos III, Colex, Madrid, 2006, pp. 573-596; **Schreuer**, Christoph H. “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, Cameron May, Great Britain, 2005; **Wendlandt**, Matthew, “*SGS vs. Philippines* and the Role of ICSID Tribunals in Investor-State Contract Disputes”, *Texas International Law Journal*, vol. 43, no. 3, Texas, 2008, pags. 523-556.

2. Salini vs. Jordania (decisión a la jurisdicción, 29 de noviembre del 2004)

El caso Salini vs. Jordania,¹²⁵⁴ 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 adelante 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).¹²⁵⁵

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.¹²⁵⁶

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 2000.¹²⁵⁷ 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 ésta

¹²⁵⁴ **Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. The Hashemite Kingdom of Jordan**, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 29. November 2004 (Guillaume, Cremades, Sinclair). También citado como caso **Salini vs. Jordania**, decisión a la jurisdicción.

¹²⁵⁵ *Ibidem*, párrs. 14-15.

¹²⁵⁶ *Ibidem*, párrs. 16-17.

¹²⁵⁷ 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 julio 1996, en vigor el 17 enero 2000. En adelante **APPRI Italia-Jordania**.

sometería su controversia ante el CIADI de conformidad con el artículo 9 (3) (b) del APPRI Italia-Jordania.¹²⁵⁸

Este caso es muy interesante pues encierra diferentes cuestiones controvertidas en la práctica y la doctrina del arbitraje internacional en materia de inversiones, como 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.¹²⁵⁹ Por otra parte, toda la argumentación presentada por Salini persigue un solo fin: Salini pretendió a toda costa que 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*).¹²⁶⁰ Además, éste destacó tanto la cláusula de solución de controversias contenida en el APPRI Italia-Jordania contenida en el artículo 9, como la contenida en el contrato de construcción.¹²⁶¹ El artículo 9 prevé lo siguiente:

¹²⁵⁸ **Salini vs. Jordania**, decisión a la jurisdicción, párrs. 17, 19. **APPRI Italia-Jordania**, artículo 9. “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)”.

¹²⁵⁹ 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**, decisión a la jurisdicción, párrs. 64 “(d) whether Article 3(1) of the BIT (most favoured nation clause) gives jurisdiction to the Tribunal, in particular with respect to contractual claims”, párrs. 120-130.

¹²⁶⁰ **Salini vs. Jordania**, decisión a la jurisdicción, párr. 68.

¹²⁶¹ Para conocer el contenido completo de las cláusulas 67.1, 67.2, 67.3 y 67.4 véase **Salini vs. Jordania**, decisión a la jurisdicción, párr. 71.

“Artículo 9. 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).¹²⁶²

Salini intentó persuadir al tribunal arbitral para que el segundo resolviera que el artículo 9(2) del APPRI italo-jordano sólo aplicaba a procedimientos para la

¹²⁶² **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:

a) the Contracting Party's court having territorial-jurisdiction;

b) To The International Center For The Settlement of Investment Disputes (the Center)”.

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 9 (2) del APPRI Italia-Jordania cubre dichos pasos.¹²⁶³

El tribunal criticó la interpretación sostenida por Salini respecto al artículo 9 (2) del APPRI que nos ocupa, y agregó: “los argumentos trazados por las demandantes sobre el contexto no pueden prevalecer sobre el texto mismo”.¹²⁶⁴ El tribunal señaló que si bien el artículo 9 (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 9 (3). Además, podría considerarse que el artículo 9 (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 9 (2) es una cláusula excepcional incluida en el APPRI que nos ocupa.¹²⁶⁵ El tribunal finaliza

¹²⁶³ **Salini vs. Jordania**, decisión a la jurisdicción, párr. 76.

¹²⁶⁴ **Salini vs. Jordania**, decisión a la jurisdicción, párr. 77, *cf. orig.* “the arguments drawn by the Claimants from the context cannot prevail over the text itself”.

¹²⁶⁵ *Ibidem*, párr. 77-79.

dicho razonamiento y añade: “la intención común de las Partes está reflejada en este texto claro que el tribunal tiene que aplicar”.¹²⁶⁶

Tras comprobar que la controversia en cuestión se había tratado de una originada en un Acuerdo de Inversión entre una Entidad de Estado jordana y Salini,¹²⁶⁷ el tribunal señaló que la controversia encuadraba en el artículo 9 (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 9 (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”.¹²⁶⁸

Respecto a la CNMF las demandantes invocaron el artículo 3 del APPRI Italia-Jordania¹²⁶⁹ 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

¹²⁶⁶ *Ibidem*, párr. 79.

¹²⁶⁷ *Ibidem*, párrs. 80-92.

¹²⁶⁸ *Ibidem*, párr. 92, *cfr. 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”.

¹²⁶⁹ **APPRI Italia-Jordania**, artículo 3 “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”.

Italia-Jordania, pues éstas eran las consentidas por las Partes para ser sometidas al CIADI. El tribunal arbitral agregó que el artículo 3 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”.¹²⁷⁰ Es más, no existe indicio alguno de las Partes que pudiera ser interpretado como la intención común de éstas para que la CNMF aplicara a la solución de controversias. Por el contrario, de conformidad con el artículo 9 (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.¹²⁷¹ Así, el tribunal concluyó que el artículo 3 del APPRI Italia-Jordania no es aplicable a la cláusula de solución de controversias. Por tanto, las disputas previstas en el artículo 9 (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 9 (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.¹²⁷²

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

¹²⁷⁰ Con ello hizo referencia a los casos *Maffezini vs. España* y *Ambatielos*, donde si existieron CNMF redactadas en este sentido.

¹²⁷¹ *Salini vs. Jordania*, decisión a la jurisdicción, párr. 118.

¹²⁷² *Ibidem*, párr. 119.

el APPRI Argentina-España del caso Maffezini vs. España de la contenida en el APPRI Italia-Jordania en su artículo 3 (1) y (2). El método teleológico de interpretación fue empleado de manera moderada por el tribunal arbitral puesto que en la argumentación de éste 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.¹²⁷³ Además, analizó el caso Maffezini vs. España¹²⁷⁴ y comparó el caso Salini vs. Jordania con éste, 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*”.¹²⁷⁵

3. Impregilo vs. Pakistán (decisión a la jurisdicción, 22 de abril 2005)

La controversia Impregilo vs. Pakistán¹²⁷⁶ se suscitó entre Impregilo S.p.A. (Impregilo) una compañía italiana y Pakistán en el marco del APPRI Italia-Pakistán.¹²⁷⁷ 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

¹²⁷³ *Ibidem*, párrs. 106-112.

¹²⁷⁴ *Ibidem*, párrs. 113-116.

¹²⁷⁵ *Ibidem*, párrs. 115.

¹²⁷⁶ ***Impregilo S.p.A. vs. República Islámica de Pakistán***, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on jurisdiction, 22. April 2005 (Guillaume, Cremades, Landau). También citado como ***Impregilo vs. Pakistán***, decisión a la jurisdicción.

¹²⁷⁷ 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**.

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.¹²⁷⁸

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, el cual actuaba como un agente de WAPDA. *Pakistan Hydro Consultants* (PHC o el “Ingeniero” en adelante) fue seleccionado por WAPDA para realizar esta actividad.¹²⁷⁹

Según Impregilo fueron cometidas una serie de presuntas anomalías por WAPDA en contra de Impregilo a través del Ingeniero.¹²⁸⁰ El Ingeniero rechazó la mayoría de las pretensiones de GBC e Impregilo así como las reclamaciones por supuestos pagos adicionales erogados por Impregilo. En consecuencia, WAPDA rechazó pagar a GBC casi todos esos costos.¹²⁸¹

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 9 del APPRI Italia-Pakistán y el artículo 25(1) del Convenio de Washington.¹²⁸²

¹²⁷⁸ *Impregilo vs. Pakistán*, decisión a la jurisdicción, párrs. 8, 9.

¹²⁷⁹ *Ibidem*, párrs. 10, 11, 13 y 14.

¹²⁸⁰ *Ibidem*, párrs. 15-25.

¹²⁸¹ *Ibidem*, párr. 18.

¹²⁸² *Ibidem*, párr. 26.

Respecto a la jurisdicción *ratione personae* Impregilo arguyó que éste es un inversor italiano para los efectos del APPRI que nos ocupa y que en su calidad de líder de la *joint venture* éste 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.¹²⁸³ Como era de esperarse, el tribunal arbitral realizó una intensa prueba sobre la naturaleza jurídica de GBC, la cual era una *joint venture*.¹²⁸⁴ Impregilo era la empresa dominante de la *joint venture* con 57.80% de ésta. 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”.¹²⁸⁵

Además, el derecho suizo no contiene un régimen jurídico especial para la *joint venture*. Por tanto, ésta 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.¹²⁸⁶ En este orden de ideas, GBC tampoco está investido de personalidad jurídica bajo el derecho pakistaní.¹²⁸⁷ 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,¹²⁸⁸ de tal modo que cada

¹²⁸³ *Ibidem*, párr. 27.

¹²⁸⁴ *Ibidem*, párr. 115.

¹²⁸⁵ *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”.

¹²⁸⁶ *Ibidem*, párr. 119.

¹²⁸⁷ *Ibidem*, párr. 121.

¹²⁸⁸ *Ibidem*, párr. 131-134.

empresa de GBC debe reclamar en lo individual contra Pakistán.¹²⁸⁹ 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.¹²⁹⁰ En este orden de ideas el tribunal sostuvo:

“Como lo anotó Pakistán, esta conclusión va en el sentido de cierto número de decisiones de los 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”.¹²⁹¹

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*.¹²⁹²

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 1(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 éste por el APPRI Italia-Pakistán.¹²⁹³

¹²⁸⁹ *Ibidem*, párr. 135.

¹²⁹⁰ *Ibidem*, párr. 136-

¹²⁹¹ *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”.

¹²⁹² *Ibidem*, párr. 184 y 316 inciso (a).

¹²⁹³ *Ibidem*, párr. 30.

Es importante señalar que los contratos contenían cláusulas de solución de controversias. De conformidad con éstas, 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, ésta 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 contendientes. Si cualquier parte estuviera inconforme con la recomendación del comité, se comenzará un arbitraje en Lahore dentro de 14 días.¹²⁹⁴

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 éste conociera de las pretensiones contractuales (*contract claims*) derivados 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*).¹²⁹⁵ 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 3 y 9 del APPRI Italia-Pakistán cuyas partes relevantes disponen:

“artículo 3. 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

¹²⁹⁴ *Ibidem*, párr. 20.

¹²⁹⁵ *Ibidem*, párr. 186.

realizadas por, y a los ingresos acumulados de, sus propios nacionales o inversores de terceros Estados”.¹²⁹⁶

“artículo 9. 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 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 (...) “. ¹²⁹⁷

¹²⁹⁶ **APPRI Italia-Pakistán**, artículo 3, *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”.

¹²⁹⁷ **APPRI Italia-Pakistán**, artículo 9, *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

La demandante primero se basó en la aplicación del artículo 9 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”.¹²⁹⁸ Impregilo arguyó que la frase “cualquier controversia” era lo suficientemente amplia para que ésta no sólo 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*).¹²⁹⁹ La argumentación de Impregilo fue que los actos alegados 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 acciones y omisiones son atribuibles a Pakistán según el Derecho Internacional.¹³⁰⁰ 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 9 del APPRI Italia-Pakistán cubre controversias entre Impregilo y Pakistán originadas de la implementación de los contratos celebrados entre GBC y

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”.

¹²⁹⁸ **APPRI Italia-Pakistán**, artículo 9.

¹²⁹⁹ **Impregilo vs. Pakistán**, decisión a la jurisdicción, párr. 189.

¹³⁰⁰ *Ibidem*, párr. 190.

WAPDA. (2) si en caso de que el artículo 9 no se extienda a dichas disputas el tribunal tiene jurisdicción para conocerlas en virtud de la CNMF, contenida en el artículo 3 del APPRI en cuestión. (3) si el tribunal tiene jurisdicción sobre las pretensiones contractuales de Impregilo en virtud del artículo 9 y 3 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 9 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.¹³⁰¹ Tras realizar un análisis acerca de la situación jurídica de WAPDA, en el esquema de organización del Estado pakistaní,¹³⁰² 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”.¹³⁰³

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, éste 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

¹³⁰¹ *Ibidem*, párr. 198.

¹³⁰² *Ibidem*, párrs. 199-208.

¹³⁰³ *Ibidem*, párrs. 200, 209.

derecho contractual municipal (por ejemplo, las pretensiones contractuales de Impregilo).¹³⁰⁴ Así, el tribunal arbitral concluyó que el artículo 9 del APPRI Italia-Pakistán únicamente cubre “disputas originadas entre una Parte Contratante y el inversor de la otra”.¹³⁰⁵

El tribunal rechazó el argumento de la demandante porque la WAPDA no era una Parte Contratante para los efectos del Artículo 9, 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 3 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 3 (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-Pakistán¹³⁰⁶ 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)

¹³⁰⁴ *Ibidem*, párr. 210. Véase respecto a la responsabilidad de Estado por actos de entidades de Estado organizadas en forma de Corporación a **Chalmers**, Jane, “State Responsibility for Acts of Parastatals Organised in Corporate Form”, *American Society of International Law Proceedings* (ASIL), EE.UU., 1990, págs. 60-62; **Kene Omalu**, Mirian, *NAFTA and the Energy Charter Treaty. Compliance with Implementation and Effectiveness of International Investment Agreements*, The Hague, London, Boston, 1999, págs. 145-146.

¹³⁰⁵ *Ibidem*, párr. 211.

¹³⁰⁶ 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 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”.

a través del uso de la CNMF, la cláusula no ofrecería protección alguna; al respecto el tribunal apunto: “aún 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”.¹³⁰⁷ En este orden de ideas, el tribunal refutó la acción de Impregilo basada en la misma razón por la cual el tribunal rechazó la acción bajo el artículo 9: 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.¹³⁰⁸

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

¹³⁰⁷ *Impregilo vs. Pakistán*, decisión a la jurisdicción, párr. 223.

¹³⁰⁸ *Ibidem*, párrs. 291, inciso (a) y 316, inciso (b).

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”.¹³⁰⁹

Es cierto que con esta finalidad son celebrados la gran mayoría de los APPRIs y otros AIs; 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.

A. 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*; ésta 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.¹³¹⁰

¹³⁰⁹ Véase por ejemplo *Siemens vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción, párr. 81; *Renta 4 S.V.S.A et al. vs. La Federación Rusa*, Stockholm Chamber of Commerce, award on preliminary objections, 20. Marzo 2009. También citado como caso *Renta 4 vs. Rusia*, SCC, laudo sobre jurisdicción, párr. 90; *Douglas, Zachary, The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, párr. 669.

¹³¹⁰ *Douglas, Zachary, The International Law of Investment Claims, op. cit.*, pag. 355, párr. 659.

Como lo analizó el tribunal arbitral del caso *Plama vs. Bulgaria*¹³¹¹ 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”.¹³¹²

Sin embargo, en el año 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 dedicadas al comercio y la navegación mediante disposiciones sobre solución de controversias queda comprendida en el tratamiento general de los comerciantes cubiertos por la cláusula”.¹³¹³

El tribunal *Maffezini vs. España* erró en la interpretación de lo decidido en el caso *Ambatielos*; ¹³¹⁴ la Comisión de Arbitraje de éste 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 ésta 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.

¹³¹¹ ***Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria***, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8. February 2005. También citado como: caso ***Plama vs. Bulgaria***, decisión a la jurisdicción.

¹³¹² *Ibidem*, párr. 215, *cfr. 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”.

¹³¹³ ***Maffezini vs. España***, decisión a la jurisdicción, párr. 54.

¹³¹⁴ **McLachlan**, Campbell/Shore, Laurence/Weiniger, Matthew, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, *op. cit.* párr. 7.166.

Como lo afirmó el tribunal arbitral en *Salini vs. Jordania*¹³¹⁵ “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”.¹³¹⁶

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;¹³¹⁷ tal como sucedió en el caso *Siemens vs. Argentina*,¹³¹⁸ donde el tribunal arbitral apuntó que “la Demandada ha 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”.¹³¹⁹ 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.

¹³¹⁵ ***Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. Reino de Jordania***, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 29. November 2004, También citado como caso ***Salini vs. Jordania***, decisión a la jurisdicción.

¹³¹⁶ *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”.

¹³¹⁷ **Radi**, Yannick, “The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the ‘Trojan Horse’”, *EJIL*, no. 18, 2007, pags. 764.

¹³¹⁸ ***Siemens vs. República Argentina***, ICSID Case No. ARB/02/8, decisión sobre jurisdicción, 03. Agosto 2004. También citado como caso ***Siemens vs. Argentina***, decisión a la jurisdicción.

¹³¹⁹ *Ibidem*, párr. 112.

Aún asumiendo que la CNMF aplique a derechos adjetivos,¹³²⁰ es necesario determinar los límites a la jurisdicción del propio tribunal arbitral.

B. 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 AIJ.¹³²¹ 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”¹³²² de tal suerte que “dudas como la intención clara e inequívoca de las partes pueden surgir si dicho acuerdo es alcanzado en incorporación por referencia”.¹³²³ Así lo decidió el tribunal *Plama vs. Bulgaria*, posición apoyada por parte de la doctrina¹³²⁴ 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 de la disposición de la NMF de disposiciones de solución de controversias diferentes, excepto si los

¹³²⁰ **Hochtief Aktiengesellschaft vs. Argentine Republic**, ICSID Case No. ARB/07/31, Decision on Jurisdiction, 24 octubre 2011. También citado como caso **Hochtief vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción, párr. 75.

¹³²¹ **Plama vs. Bulgaria**, decisión a la jurisdicción, párr. 204.

¹³²² *Ibidem*, párr. 198.

¹³²³ *Ibidem*, párr. 199; véase también al respecto **Berschader vs. Rusia**, SCC, 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”.

¹³²⁴ **McLachlan, Campbell/Shore, Laurence/Weiniger, Matthew**, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, op. cit. párr. 7.165.

Estados lo han acordado explícitamente (como es el caso del APPRI Modelo del Reino Unido)”.¹³²⁵

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 *Beschader vs. Rusia* apoya esta posición.¹³²⁶

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 3 (3) del APPRI modelo del Reino Unido,¹³²⁷ que prevé:

¹³²⁵ ***Plama vs. Bulgaria***, decisión a la jurisdicción, 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)”.

¹³²⁶ ***Berschader vs. Russia***, SCC Case No. 080/2004 (*Belgium/Russia BIT*), Award, 21 April 2006. También citado como caso ***Berschader vs. Rusia***, SCC, laudo, párrs. 206, 207, 212.

¹³²⁷ **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*, *op.cit.*, pags. 559-567.

“para evitar duda se confirma que el tratamiento previsto en el párrafo 1 y 2 anteriores aplicarán a las disposiciones de los artículos 1 a 11 de éste Acuerdo”.¹³²⁸

La influencia británica respecto del alcance de la CNMF contenida en su APPRI modelo tuvo repercusiones en el contenido de cláusulas similares en los APPRIs Reino Unido-Albania,¹³²⁹ Reino Unido-Chile,¹³³⁰ Reino Unido-Honduras¹³³¹ y Reino Unido-Perú.¹³³² La redacción del artículo que contiene la CNMF de los APPRIs 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 3 del APPRI Reino Unido-Albania prevé:

“artículo 3. 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.

¹³²⁸ **APPRI Modelo del Reino Unido**, *cf. orig.*, “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”. 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.

¹³²⁹ 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, el 30 de marzo de 1994, en vigor el 30 de agosto de 1995. También citado como **APPRI Reino Unido-Albania**.

¹³³⁰ 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**.

¹³³¹ 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, el 7 de diciembre de 1993, en vigor el 8 de marzo de 1995. También citado como **APPRI Reino Unido-Honduras**.

¹³³² 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**.

(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 1 a 11 de este Convenio [cursivas añadidas]*.¹³³³

El artículo 3 del APPRI Reino Unido-Chile¹³³⁴ y el artículo 3 del APPRI Reino Unido-Perú,¹³³⁵ están redactados en el mismo tenor.

¹³³³ **APPRI Reino Unido-Albania**, *cfr. 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 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 8. “Referencia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones”.

¹³³⁴ **APPRI Reino Unido-Chile**, artículo 3, *cfr. 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”.

¹³³⁵ **APPRI Reino Unido-Perú**, artículo 3, *cfr. 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

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,¹³³⁶ así como en diversos APPRIs celebrados por Turquía. Por ejemplo, el artículo IV (2) del APPRI Chile-Turquía¹³³⁷ 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*”.¹³³⁸ En el mismo sentido está redactado el artículo II del APPRI Turquía-USA¹³³⁹ y el artículo 3 del APPRI Turquía-Países Bajos.¹³⁴⁰

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”.

¹³³⁶ “**Turkey Model BIT (2000)**. Agreement Between The Republic of Turkey and [Country] Concerning The Reciprocal Promotion and Protection of investments”, impreso en **Douglas, Zachary**, *The International Law of Investment Claims, op.cit.*, pags. 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 investments of its investor or to investments of investors of any third country, whichever is the most favourable”.

¹³³⁷ 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 1 de marzo del 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 éste.

¹³³⁸ **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*”.

¹³³⁹ 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 [énfasis añadido]”.

¹³⁴⁰ Agreement on Reciprocal Encouragement and Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Turkey, hecho en Ankara el 27 marzo de 1986, en vigor el 1 de noviembre de 1989. También citado como **APPRI Turquía-Países Bajos**, artículo 3 “1) Each

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,¹³⁴¹ 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.

C. 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:

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 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 [énfasis añadido]”, **Netherlands Model BIT (1997)**.

¹³⁴¹ **APPRI Argentina-España**, artículo IV (2), *op. cit.*

“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”.¹³⁴²

“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 3 del TBI Argentina-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”.¹³⁴³

D. 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

¹³⁴² *Hochtief vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción, párr. 98.

¹³⁴³ *Ibidem*, párr. 99.

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.¹³⁴⁴

Hay que subrayar que esta justificación sólo 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 éstos no están contemplados en el APPRI base. Nos referimos al caso *Hochtief vs. Argentina*, donde el tribunal arbitral estableció que “la cláusula de la NMF estipula un estándar de trato y lo define en función del trato que ha de darse a terceros”.¹³⁴⁵ 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.¹³⁴⁶

E. La CNMF y las restricciones de política pública

¹³⁴⁴ *Plama vs. Bulgaria*, decisión a la jurisdicción, párr. 219, 224, 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, pag. 523 y ss.

¹³⁴⁵ *Hochtief vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción, párr. 81.

¹³⁴⁶ *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”.

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*.¹³⁴⁷ 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 APPRIs en “las consideraciones de política pública que puedan haber previsto las partes contratantes como condiciones fundamentales para su aceptación”.¹³⁴⁸ En palabras del tribunal arbitral:

“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

¹³⁴⁷ **Kessedjian**, Catherine, “Public order in European Law”, Erasmus Law Review, vol. 1 Issue 1, Erasmus School of Law at the Erasmus University in Rotterdam, the Netherlands, 2008, pag. 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”.

¹³⁴⁸ **Maffezini vs. España**, decisión a la jurisdicción, párr. 62

privado, como sucede con frecuencia. El alcance de la cláusula puede por consiguiente ser más limitado que lo que parece a primera vista.”¹³⁴⁹

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.¹³⁵⁰ 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 ésta es definitiva e irrevocable,¹³⁵¹ 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

¹³⁴⁹ *Idem.*

¹³⁵⁰ ***The Mavrommatis Palestine Concessions*** (Grecia c. R. U.), Corte Permanente de Justicia Internacional, 1924, Serie A, N° 2, 12; ***Interhandel Case*** (Suiza c. Estados Unidos de América), Corte Internacional de Justicia, Reports 1959, 27.

¹³⁵¹ Véase, por ejemplo, el **APPRI Chile-España** del 2 de octubre de 1991, Artículo 10(2).

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 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].¹³⁵²

Por otra parte, el tribunal arbitral en el caso *Plama vs. Bulgaria*,¹³⁵³ 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]”.¹³⁵⁴

¹³⁵² *Maffezini vs. España*, decisión a la jurisdicción, párr. 63. Queremos señalar que el laudo original es en español con traducción no oficial al idioma inglés.

¹³⁵³ *Plama vs. Bulgaria*, decisión a la jurisdicción. El laudo original es en inglés.

¹³⁵⁴ *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*”.

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.¹³⁵⁵ 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]”.¹³⁵⁶

Así, con los ejemplos citados observamos que existe una aplicación indistinta 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:

¹³⁵⁵ **Maffezini vs. España**, decisión a la jurisdicción, párrs. 62-63.

¹³⁵⁶ **Siemens A.G. vs. República Argentina**, ICSID Case No. ARB/02/8, decisión sobre jurisdicción, 03. Agosto 2004. También citado como caso **Siemens vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción, párr. 109.

(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.¹³⁵⁷

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 sistema.¹³⁵⁸ El sistema está en constante movimiento, generando cambios y transformaciones; sin embargo, el análisis de estos cambios es tarea de la Ciencia Política.¹³⁵⁹ 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; éstas 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”.¹³⁶⁰

¹³⁵⁷ 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*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pág. 56.

¹³⁵⁸ Dentro del sistema político existen además relaciones de poder, mando, obediencia, satisfacción de necesidades, legitimidad, apoyo, eficiencia, efectividad y eficacia.

¹³⁵⁹ Por ello, limitamos su mención en este estudio y sugerimos al lector acercarse a los textos de Alcántara Suárez para conocer la Ciencia Política.

¹³⁶⁰ **Peters**, *American Public Policy*, Franklin Wats Pubs, Nueva York, 1982, en **Pallares**,

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”.¹³⁶¹

“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”.¹³⁶² 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.¹³⁶³ Sin embargo, la acción de gobierno no se expresa directamente 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*).¹³⁶⁴ 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.¹³⁶⁵ 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

Francesc, “Las políticas públicas: El sistema político en acción”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), no. 62, Madrid, 1988, pags. 142-143.

¹³⁶¹ **Alcántara Sáenz**, Manuel, *Gobernabilidad, Crisis y Cambio*, *op. cit.*, pág. 106.

¹³⁶² *Cfr. orig.*, “Strategic use of resources to alleviate national problems of governmental concern”, véase **Chandler/ Plano**, *The Public Administration Dictionary*, Clio Dictionaries in Political Science, May, 1988, en **Alcántara Sáenz**, Manuel, *Gobernabilidad, Crisis y Cambio*, *op. cit.*, pág. 106.

¹³⁶³ Por ejemplo, el método desarrollado por Bardach que consistente 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*, CIDE/Miguel Angel Porrúa, México, 2004, pags. 14, 17-76.

¹³⁶⁴ **Pallares, Francesc**, “Las políticas públicas: El sistema político en acción”, *op. cit.*, pág. 144.

¹³⁶⁵ *Idem.*

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;¹³⁶⁶ 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,¹³⁶⁷ por ejemplo, modificar el sentido en el que se celebran los AIIs 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 AIIs celebrados por el Estado “A” serán productos de una política pública; por lo tanto, las normas contenidas en estos AIIs, que pueden ser cláusulas, también lo serán, así como el sentido en que éstas 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 APPRIIs en un periodo comprendido entre el año 1980 al 2000, puede analizarse cierto comportamiento de este Estado para determinar si el sentido en que fueron celebrados los AIIs puede ser parte de su política pública.

Si, continuando con el ejemplo, el Estado “A” celebró veinte AIIs 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 afirmación tendría que existir un cierto comportamiento uniforme en los “productos” (AIIs).

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

¹³⁶⁶ *Idem.*

¹³⁶⁷ *Idem.*

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 ésta 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*.

F. 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 éstos 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;¹³⁶⁸ éste es nacional, lo que significa que cada país tiene su propia concepción del mismo, por lo que puede ocurrir que una institución extranjera

¹³⁶⁸ Pérez Vera, Elisa *et. al.*, Derecho Internacional Privado, 2da. Edic. Edit. Colex, t. I, pags. 164 y ss., en **Mansilla y Mejía**, María Elena, “Naturaleza Jurídica del Orden Público en el Derecho Internacional Privado”, *op. cit.* pag. 346.

quebrante el orden público de un país y en otro no lo haga.¹³⁶⁹ 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. Éste 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.¹³⁷⁰

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”.¹³⁷¹ 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.¹³⁷²

Jacob Dolinger es quien mejor identifica las tres principales características del orden público, clasificándolas de la siguiente forma: a) relatividad/inestabilidad; b) contemporaneidad; c) factor exógeno.¹³⁷³

¹³⁶⁹ **Mansilla y Mejía**, María Elena, “Naturaleza Jurídica del Orden Público en el Derecho Internacional Privado”, *Anales de Jurisprudencia*, sexta época, tercera etapa, no. 261, sección de previa, México, 2003, pag. 342.

¹³⁷⁰ **Savigny** en **Biocca**, Stella Maris y otros. *Lecciones de Derecho Internacional Privado: parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997. pags. 197-198.

¹³⁷¹ *Ibidem*, pag. 198.

¹³⁷² *Ibidem*, pags. 198-199. 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.

¹³⁷³ **Dolinger**, Jacob, *Direito Internacional Privado (parte general)*. 5ta. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pags. 352-358.

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”.¹³⁷⁴

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 sólo podría realizarse derogando la norma, y es claro que una disposición no puede derogarse sólo 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 ésta sólo es con base en el orden público. Es decir, el orden público sólo se puede invocar ante una hipótesis en la que normalmente se aplicaría el derecho extranjero; sólo a través de la figura del orden público se puede evadir la aplicación de la norma extranjera. Sólo 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.¹³⁷⁵

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.

¹³⁷⁴ *Ibidem*, pag. 352, *cfr. orig.* “a noção de ordem pública não é idêntica de um país para outro, de uma região para outra, também não é estável, alterando-se ao sabor da evolução dos fenômenos sociais dentro de cada região”.

¹³⁷⁵ **Mansilla y Mejía**, María Elena, “Naturaleza Jurídica del Orden Público en el Derecho Internacional Privado”, *Anales de Jurisprudencia*, sexta época, tercera etapa, no. 261, sección de previa, México, 2003, pags. 333-351.

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 ésta 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 que 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 inversionista privado, como sucede con frecuencia”.¹³⁷⁶ 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.¹³⁷⁷ El tribunal *Plama* refrendó la posición del tribunal arbitral *Maffezini*.¹³⁷⁸

En el caso *Siemens vs. Argentina*¹³⁷⁹ 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.

¹³⁷⁶ *Maffezini vs. España*, decisión a la jurisdicción, párr. 62.

¹³⁷⁷ *Idem*.

¹³⁷⁸ *Plama vs. Bulgaria*, decisión a la jurisdicción, párr. 223.

¹³⁷⁹ *Siemens vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción, párr. 109.

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, sólo 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]”.¹³⁸⁰

El tribunal arbitral en el caso *Siemens vs. Argentina* adoptó, sin embargo, la posición defendida por Maffezini y señaló:

“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

¹³⁸⁰ *Ibidem*, párr. 105.

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.*¹³⁸¹ 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].¹³⁸²

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,¹³⁸³ 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

¹³⁸¹ *Maffezini vs. España*, decisión a la jurisdicción, párrs. 62, 63.

¹³⁸² *Siemens vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción, párrs. 105, 109.

¹³⁸³ Véase Denuncia de Bolivia y Venezuela del CIADI, *op. cit.*

estarán impedidos para someter sus controversias ante el CIADI, una vez que surtan efecto las respectivas denuncias del tratado.

G. 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,¹³⁸⁴ Reino Unido-Chile,¹³⁸⁵ Reino Unido-Honduras¹³⁸⁶ y Reino Unido-Perú,¹³⁸⁷ 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 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.¹³⁸⁸

¹³⁸⁴ 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, el 30 de marzo de 1994, en vigor el 30 de agosto de 1995. También citado como **APPRI Reino Unido-Albania**.

¹³⁸⁵ 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**.

¹³⁸⁶ 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, el 7 de diciembre de 1993, en vigor el 8 de marzo de 1995. También citado como **APPRI Reino Unido-Honduras**.

¹³⁸⁷ 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**.

¹³⁸⁸ **Wintershall vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción, párrs. 160, 167, 188.

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”.¹³⁸⁹ Sin duda alguna en un sistema jurídico, la protección de los derechos sustantivos va de la mano del ejercicio de éstos 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 (All) 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 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

¹³⁸⁹ *Hochtief vs. Argentina*, decisión a la jurisdicción, párr. 66

inversiones existen diferentes normas de carácter adjetivo inmersas en AI, como 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.¹³⁹⁰ Es decir, los Estados ostentan la jurisdicción original de las controversias, y a través de la celebración de los APPRIs, 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*,¹³⁹¹ 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 sólo puede aplicarse en relación con la materia que tenían presente ambos Estados cuando insertaron la cláusula en su tratado.¹³⁹²

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 consentimiento para someter la controversia

¹³⁹⁰ **Meessen**, Karl M., "State Immunity in the Arbitral Process", *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, Studies in Transnational Economic Law, vol. 18, The Hague, 2004, pag. 387 y ss.; **Langkeit**, Jochen: *Staatenimmunität und Schiedsgerichtsbarkeit*, Verlag Recht & Wirtschaft, Heidelberg, 1989; **Fox**, Hazel, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2002, pags. 68-99.

¹³⁹¹ *Ibidem*, párrs. 72, 75.

¹³⁹² *Ibidem*, párr. 77.

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),¹³⁹³ 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 éstos 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.¹³⁹⁴

Debe ser rechazada la presunción de las partes respecto a la intención que éstas 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”.¹³⁹⁵

Un temor legítimo mostrado por gran parte de la literatura y los tribunales arbitrales es la presencia del *treaty shopping*. Entendemos por éste 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

¹³⁹³ **Renta 4 S.V.S.A et al. vs. Russian Federation**, SCC No. 24/2007 (Spain/Russia BIT), Award on Preliminary Objections, 20 March 2009. También citado como caso **Renta 4 vs. Rusia**, SCC, laudo sobre jurisdicción.

¹³⁹⁴ **Hochtief vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción, párr. 79.

¹³⁹⁵ *Ibidem* párr. 81.

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*.¹³⁹⁶

¹³⁹⁶ Véase, por ejemplo, **Lawton Kirtley**, William, “The Transfer of Treaty Claims and Treaty-Shopping in Investor-State Disputes”, *JWIT*, vol. 10, nr. 3, junio 2009, pag. 427-461; **Renta 4 S.V.S.A et al. vs. Russian Federation**, SCC No. 24/2007 (*Spain/Russia BIT*), *Award on Preliminary Objections*, 20 March 2009. También citado como caso **Renta 4 vs. Rusia**, 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 resolution mechanism should not be held to be part of ‘treatment’ for MFN purposes because it would lead to forum shopping. That proposition may have adherents but may equally well be rejected. The use of the expression ‘forum shopping’ in a derogatory sense is but the assertion of an opinion. It does not deal with the countervailing consideration to the effect that dispute resolution mechanisms accepted by a State in various international instruments are all legitimate in the eyes of that State. Some may be inherently more efficient”; **Telenor Mobile Communications AS vs. Republica de Hungría**, ICSID Case No. ARB/04/15, Award 13. September 2006. También citado como caso **Telenor vs. Hungría**, párr. 93 “the effect of the wide interpretation of the MFN clause is to expose the host State to treaty-shopping by the investor amoung an indeterminate number of treaties to find a dispute resolution clause wide enough to cover a dispute that would fall outside the dispute resolution clause in the base treaty, and even then there would be questions as to whether the investor could select those elements of the wider dispute resolution that were apt for its purpose and discard that were not”.

CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

A. Generalidades sobre la cláusula de la nación más favorecida

1. La cláusula de la nación más favorecida envuelve el principio de no discriminación. Su propósito es establecer y mantener en todo momento igualdad fundamental sin discriminación ente todos los otros países involucrados y representa en términos prácticos, un seguro contra descuidos o errores en la redacción de los tratados. En derecho Comercial la CNMF está anclada como un “principio fundamental” junto con el “trato nacional”. Sin embargo, el TNMF es un estándar de protección relativo, esto es, el nivel de protección de éste al inversor o a su inversión se define en función del trato que reciben otros inversores o inversiones. Como estándar relativo, la CNMF dependerá de la conducta de un Estado en particular para determinar su ámbito de aplicación y alcance.
2. En derecho de las inversiones el TNMF no opera de manera automática como en el derecho comercial puesto que no existe una cláusula única, sino múltiples CNMF con redacciones distintas, por ello, la determinación sobre su ámbito de aplicación debe resolverse *in casu*.
3. La finalidad de una cláusula de la nación más favorecida es otorgar un tratamiento más favorable al beneficiario de ella respecto del tratamiento otorgado por el Estado garante a un tercer Estado. En este sentido, el Estado beneficiario obtiene para sí o para el beneficio de personas o cosas en una relación determinada con éste, el derecho a un trato igual respecto de terceros Estados o sus nacionales. El tratado celebrado con un tercero será incorporado por referencia (*incorporated by reference*) al tratado base sin realizar ningún acto adicional de transformación.
4. La incorporación de beneficios al tratado base no opera, sin embargo, de manera automática, sino que existen ciertas limitantes:

- a. El tratado referencia debe regular la misma materia (*subject matter*) que el tratado base, de otro modo no puede hablarse de “circunstancias similares”, o “situaciones similares”. El principio *ejusdem generis* es el corazón del trato de la nación más favorecida, mediante el cual únicamente pueden atraerse materias que estén dentro del ámbito de aplicación de la cláusula.
 - b. Existen límites externos a la aplicación de la CNMF los cuales serán delimitados por el contenido del tratado base.
5. Bajo la CNMF el Estado beneficiario únicamente puede reclamar los derechos que se encuentran dentro de los límites de la misma materia de la cláusula o de su estándar de protección.
 6. Los derechos adquiridos mediante la aplicación de la CNMF pueden extenderse a personas o cosas cubiertas por el estándar de la cláusula.
- B. Particularidades sobre la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a derechos adjetivos contenidos en la cláusula de solución de controversias de un Acuerdo Internacional de Inversión, como por ejemplo, los APPRIs.
1. A pesar de que durante largo tiempo la CNMF fue utilizada por inversores extranjeros de manera tradicional para obtener un trato más favorable respecto de derechos sustantivos contenidos en AIs y APPRIS celebrados entre el Estado anfitrión y terceros Estados, no quiere decir que dicho tratamiento sea exclusivo de ellos. En todo caso, no existía evidencia ni sustento jurídico para ello.
 2. Así, nació desde el año 2000, a raíz del caso *Maffezini vs. España* la cuestión sobre si el beneficio de la CNMF podía aplicarse a derechos adjetivos, en concreto, a la cláusula de solución de controversias contenida en un Acuerdo Internacional de Inversión base.
 3. El caso *Maffezini vs. España* es la base de la corriente que apoya que la protección de la CNMF es aplicable a derechos adjetivos, sin embargo, es necesario subrayar que el beneficio que pretendió atraerse fue la abolición

de un periodo de espera de dieciocho meses en combinación con el sometimiento de la controversia ante los tribunales locales, es decir, ninguna norma contenida en la cláusula de solución de controversias que impactara sustancialmente el orden público de los Estados contratantes externado en el contenido de la cláusula de solución de controversias.

4. Es necesario mirar con lupa la redacción de la CNMF que se pretenda interpretar. En ese sentido no es lo mismo “en todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable” (art. IV (2) APPRI Argentina-España)¹³⁹⁷ que “un trato menos favorable que el que se conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades de terceros Estados” (art. 3 (1) APPRI Argentina-Alemania).¹³⁹⁸ Sin duda alguna la redacción del primer ejemplo es más amplia que la del segundo.
5. El caso *Plama vs. Bulgaria* encabeza la llamada contracorriente al caso *Maffezini vs. España* que pugna por una interpretación estricta respecto de la aplicación de la CNMF a derechos adjetivos contenidos en la cláusula de solución de controversias. En el caso *Plama*, a diferencia del *Maffezini*, pretendió atraerse el consentimiento de Bulgaria y de todo el sistema de solución de controversias del CIADI para someter la controversia a la jurisdicción del Centro. En este caso, la CNMF estaba redactada de manera muy limitada.
6. En realidad la corriente *Maffezini* y la corriente *Plama* no son tan distantes una de la otra. A pesar de que sus conclusiones son opuestas, ambas decisiones pugnan por el alcance más bien limitado de la CNMF. Al

¹³⁹⁷ **APPRI Argentina-España**, “artículo 4 (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 inversiones de un tercer país”.

¹³⁹⁸ **APPRI Argentina-Alemania**, “artículo 3 (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”.

respecto se enuncian múltiples excepciones, puesto que la CNMF no puede atraer cuestiones permeadas por el orden público de un Estado, tales como:

- a. Agotamiento de recursos internos;
- b. Cláusula de bifurcación (*fork in the road*);
- c. Un mecanismo determinado de solución de controversias;
- d. Sometimiento a un sistema arbitral altamente especializado como el Tratado de la Carta de Energía, el TLCAN o el CAFTA.

7. El examen casuístico realizado a las decisiones arbitrales muestra que la atracción del periodo de espera de dieciocho meses en combinación con el sometimiento de la controversia ante tribunales locales es la única excepción contenida como materia de la cláusula de solución de controversias hasta ahora aprobada por los tribunales arbitrales para ser atraída mediante el uso de la CNMF. Así lo demuestran las decisiones *Maffezini vs. España*, *Siemens vs. Argentina*, *Camuzzi vs. Argentina*, *Gas Natural vs. Argentina*, *Suez/AWG vs. Argentina*, *Hochtief vs. Argentina*, con excepción del caso *Wintershall vs. Argentina*. En este último caso el tribunal arbitral negó la aplicación del beneficio de la CNMF para abolir el periodo de dieciocho meses, pues consideró la oferta plasmada en el APPRI Alemania-Argentina como una unidad inseparable en la que el consentimiento de Argentina y Alemania para someter una controversia al arbitraje del CIADI están condicionados al cumplimiento del sometimiento de la controversia ante los tribunales nacionales durante el periodo mencionado; condición prevista en la cláusula de solución de controversias del APPRI Argentina-Alemania como inseparable de la oferta principal al arbitraje.

8. Existen otros tribunales arbitrales que pugnan por una interpretación estricta de la CNMF, nos referimos a los casos *Plama vs. Bulgaria*, *Berschader vs. Rusia*, *Telenor vs. Hungría*, *Salini vs. Jordania*, *Impregilo vs. Pakistán*. Con ello, han negado la aplicación de sus beneficios para la incorporación de

determinados derechos adjetivos contenidos en un tercer APPRI al APPRI base.

9. No obstante, debe asumirse que la CNMF contenida en un tratado base impone una obligación de conceder a los inversores en el marco de un APPRI en concreto cierto TNMF. La CNMF prevé la forma en que debe tratarse a los inversores cuando éstos ejercen los derechos que les han sido conferidos por el APPRI base, sin embargo, no pretende otorgarles ningún derecho adicional a los conferidos por el propio APPRI base.
10. No puede suponerse la intención de las Partes Contratantes para generar derechos enteramente nuevos a través de la aplicación de la CNMF, cuando los mismos no estén previstos en el tratado base. La CNMF determina un estándar de trato y lo define en función del trato que ha de darse a terceros. Debe tomarse como referencia el estándar de trato otorgado a terceros, no el alcance de los derechos conferidos a éstos últimos.
11. La CNMF no constituye un *renvoi* a una gama de fuentes y sistemas de derechos y obligaciones totalmente diferentes a los contenidos en el tratado base, sino un principio aplicable al ejercicio de derechos y obligaciones efectivamente garantizado por el tratado base que contenga la CNMF.
12. Para prevenir el *treaty shopping*, en el supuesto excepcional – como lo es el del periodo de espera de dieciocho meses en combinación con el sometimiento de la controversia durante el mismo periodo – la CNMF no permite seleccionar los componentes de cada uno de los conjuntos de condiciones para fabricar un conjunto artificial de condiciones a las que ningún inversor ni tampoco ningún nacional del Estado anfitrión tendría derecho. No puede crearse un “súper tratado” atrayendo los elementos que se consideren más apropiados para la demandante, sino que éste debe basarse en la totalidad del régimen de solución de controversias, tal como lo establece el tratado referencia. Sin embargo, ésta premisa funcionará

únicamente si los límites jurisdiccionales del propio tribunal arbitral previstos en el tratado base son respetados.

13. Una opción para atraer la cláusula de solución de controversias contenida en un tratado referencia al tratado base es la existencia de una CNMF que contenga una intención clara e inequívoca de las Partes Contratantes para ello. Un ejemplo de este tipo de cláusulas está contenido en el artículo 3 (3) del APPRI Reino Unido-Albania,¹³⁹⁹ el cual establece:

“artículo 3. 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 1 a 11 de este Convenio [cursivas añadidas]”.

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

¹³⁹⁹ 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, el 30 de marzo de 1994, en vigor el 30 de agosto de 1995. También citado como **APPRI Reino Unido-Albania**.

FALLOS RELEVANTES

A. Casos CIADI y su Mecanismo Complementario

ADF Group Inc. vs. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9. January, 2003. También citado como caso **ADF vs. USA**

Aguas del Tunari vs. La República de Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Jurisdiction, 21. October 2005. También citado como caso **Aguas del Tunari vs. Bolivia**.

Alasdair Ross Anderson and others vs. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award, 19 mayo 2010. También citado como caso **Anderson vs. Costa Rica**. También citado como caso **Anderson vs. Costa Rica**, laudo.

Alasdair Ross Anderson and others vs. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award rendered on May 19, 2010. Laudo no público.

Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. vs. Jamaica, ICSID Case No. ARB/74/2, Decision on Jurisdiction and Competence, 6 julio 1975. También citado como caso **Alcoa vs. Jamaica**, decisión a la jurisdicción.

Amco Asia et al. vs. Indonesia (Amco), ICSID Case No. ARB/81/1, Resubmitted Case, Decision on Jurisdiction, 10. Mai 1988. También citado como caso **Amco vs. Indonesia**.

Antoine Goetz and others vs. Republic of Burundi, ICSID Case No. ARB 95/3, Award, 10 de febrero de 1999. También citado como caso **Goetz vs. Burundi**, laudo.

Asian Agricultural Products Limited vs. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, 27 de junio 1990. También citado como caso **Asian vs. Sri Lanka**, laudo.

ATA Construction, Industrial and Trading Company vs. Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/08/2, laudo 18 de mayo 2010, registro de inicio del procedimiento de anulación 27 de septiembre 2010.

Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. vs. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/00/5, decision on Jurisdiction, 27 de septiembre 2001. También citado como caso **Aucoven vs. Venezuela**, decisión a la jurisdicción.

Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. vs. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/00/5, Award, 23 septiembre 2003. También citado como caso **Aucoven vs. Venezuela**, laudo.

Azurix Corp. vs. República Argentina, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, 8. December 2003. También citado como caso **Azurix vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción.

Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. vs. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/98/7, laudo, 1 septiembre 2000. También citado como caso **Banro American vs. Congo**, laudo.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. Pakistán, ICSID Case No. ARB/03/29, decision on jurisdiction, 14 noviembre 2005. También citado como caso **Bayindir vs. Pakistán**, decisión a la jurisdicción.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. Pakistán, ICSID Case No. ARB/03/29, laudo, 27 agosto 2009. También citado como caso **Bayindir vs. Pakistán**, laudo.

Biwater Gauff (Tanzania) Limited vs. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22,

Award, 24 julio, 2008. También citado como caso **Biwater vs. Tanzania**, laudo.

Burlington Resources, Inc. vs. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, decisión a la jurisdicción, 2 junio 2010. También citado como caso **Burlington vs. Ecuador**, decisión a la jurisdicción.

Camuzzi International S.A. vs. República Argentina, ICSID Case No. ARB/03/7, decisión del tribunal de arbitraje sobre excepciones a la jurisdicción, 10 Junio 2005. También citado como: caso **Camuzzi vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción.

Cementownia "Nowa Huta" S.A. vs. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, laudo, 17 septiembre 2009. También citado como caso **Cementownia vs. Turquía**, laudo.

CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. vs. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/08/15, decisión a la jurisdicción, 30 diciembre 2010. También citado como **CEMEX vs. Venezuela**, decisión a la jurisdicción.

Československa obchodní banka, a.s. vs. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, decision on jurisdiction, 24 mayo 1999. También citado como **CSOB vs. Eslovaquia**, decisión a la jurisdicción.

CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, 17 Julio 2003. También citado como caso **CMS vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción.

CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, laudo, 12 mayo 2005. También citado como caso **CMS vs. Argentina**, laudo.

CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, solicitud de anulación de Argentina, 8 de septiembre 2005.

CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, decisión sobre anulación, 25 de septiembre 2007. También citado como caso **CMS vs. Argentina**, decisión sobre anulación.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal vs. República Argentina, ICSID Case No. ARB/97/3. También citado como: caso **Vivendi vs. Argentina**.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal vs. República Argentina, ICSID Case No. ARB/97/3, laudo, 21 de Noviembre 2000. También citado como: caso **Vivendi vs. Argentina**, laudo.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal vs. República Argentina, ICSID Case No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación, 3 de Julio 2002. También citado como: caso **Vivendi vs. Argentina**, decision sobre anulación.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 de febrero 2000.

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 febrero 2000, parr. 11. Costa Rica no interpuso objeción a la jurisdicción.

Consortium R.F.C.C. vs. Reino de Marruecos, ICSID Case No. ARB/00/06, Award, 22 Diciembre 2003. También citado como caso **RFCC vs. Marruecos**, laudo..

Consortium R.F.C.C. vs. Reino de Marruecos, ICSID Case No. ARB/00/6, Decision on Jurisdiction, 16. Juli 2001. También citado como caso **RFCC vs. Marruecos**, *decisión a la jurisdicción*.

Continental Casualty Company vs. República Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9, laudo 5 de septiembre 2008, registro de inicio de procedimiento de anulación 14 de enero 2009.

Corn Products International, Inc. vs. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/04/1, orden del tribunal de acumulación, 20 de mayo 2005. También citado como caso **Corn2 vs. México**, decisión sobre acumulación.

Corn Products International, Inc. vs. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/04/1, decisión sobre responsabilidad, 15 enero 2008. También citado como caso **Corn2 vs. México**, decisión sobre responsabilidad.

Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. vs. República de Perú, ICSID Case No. ARB/03/28, laudo 18 agosto 2008, registro de inicio de procedimiento de anulación 24 de siembre 2008.

Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España, ICSID Case No. ARB/97/7, Decisión sobre jurisdicción, 25. Enero 2000. También citado como caso **Maffezini vs. España**, decisión a la jurisdicción.

Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España, ICSID Case No. ARB/97/7 (2000), laudo, 13. November 2000. También citado como caso **Maffezini vs. España**, laudo.

Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Peru, S.A. vs. Republica de Perú, ICSID Case No. ARB/03/4, laudo, 7 de febrero 2005. También citado como caso **Lucchetti vs Perú**, laudo.

Enron and Ponderosa Assets vs. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14. Januar 2004. También citado como caso **Enron vs. Argentina**.

Eudoro Armando Olguín vs. Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5, Decision on Jurisdiction, 8. August 2000. También citado como: caso **Olguín vs. Paraguay**.

Europe Cement Investment and Trade S.A. vs. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, 13 agosto 2009. También citado como caso **Europe Cement vs. Turquía**, laudo.

Fedax N.V. vs Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Jurisdiction, 11 de julio 1997. También citado como caso **Fedax vs. Venezuela**, decisión a la jurisdicción.

Fedax N.V. vs Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Award, 9 de marzo 1998. También citado como caso **Fedax vs. Venezuela**, laudo.

Gas Natural SDG, S.A. vs. República Argentina, ICSID Case No. ARB/03/10, decisión a la jurisdicción, 17. Junio 2005. También citado como caso **Gas Natural vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción.

Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil vs. Estland, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25. Juni 2001. También citado como caso **Genin vs. Estonia**.

Gemplus, S.A., SLP, S.A. and Gemplus Industrial, S.A. de C.V. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/04/3, award, 16 junio 2010. También citado como caso **Gemplus vs. México**, laudo.

Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. vs. Ukraine, ICSID Case No. ARB/09/11, laudo, 1 diciembre 2010. También citado como caso **Global Trading vs. Ucrania**, laudo.

Helnan International Hotels A/S vs. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/19, laudo, 3 julio 2008. También citado como **Helnan vs. Egipto**, laudo.

Helnan International Hotels A/S vs. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/19, decisión sobre anulación, 14 junio 2010. Tambien citado como **Helnan vs. Egipto**, decisión sobre anulación.

Hochtief Aktiengesellschaft vs. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/31, Decision on Jurisdiction, 24 octubre 2011. También citado como caso **Hochtief vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción.

Hussein Nuaman Soufraki vs. United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, laudo, 7 julio

2004. También citado como caso **Soufraki vs. Emiratos Árabes**, laudo.

Hussein Nuaman Soufraki vs. United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, decisión sobre solicitud anulación, 5 julio 2007. También citado como caso **Soufraki vs. Emiratos Árabes**, decisión sobre solicitud de anulación.

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**.

Impregilo S.p.A. vs. República Islámica de Pakistán, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on jurisdiction, 22. April 2005. También citado como **Impregilo vs. Pakistán**, decisión a la jurisdicción.

Industria Nacional de Alimentos, S.A. y Indalsa Perú, S.A. (antes Lucchetti) vs. República de Perú, ICSID Case No. ARB/03/4, decisión sobre solicitud de anulación, 5 de septiembre 2007. También citado como **Lucchetti vs. República de Perú**, decisión sobre solicitud de anulación.

Industria Nacional de Alimentos, S.A. y Indalsa Perú, S.A.(antes Lucchetti) vs. República de Perú, ICSID Case No. ARB/03/4, opinión disidente de Sir Franklin Berman QC, 13 de agosto 2007. También citado como **Lucchetti vs. República de Perú**, opinión disidente.

Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and others vs. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/8, decision on jurisdiction, 8 marzo 2010. También citado como caso **Inmaris vs. Ucrania**, decisión a la jurisdicción.

Inceysa Vallisoletana S.L. vs. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, laudo, 2 agosto 2006.

Ioannis Kardassopoulos vs. Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, laudo 3 de marzo 2010, registro de inicio del procedimiento de anulación 16 de julio 2010.

Joy Mining Machinery Limited vs. Reino de Egipto, ICSID Case No. ARB/03/11, Award, 6. August 2004. También citado como caso **Joy Mining vs. Egipto**.

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others vs. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, primera decisión sobre anulación 3 de mayo de 1985, ICSID vol. 1 Rev-FILJ 90 (1986) 114. También citado como **Klöckner vs. Camerún**, decisión sobre anulación.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. vs. República de Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, laudo 25 de julio 2007, registro de inicio de procedimiento de anulación 19 de septiembre 2008. Procedimiento suspendido por acuerdo de las partes el 23 de noviembre del 2010.

The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen vs. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award of June 26, 2003. También citado como caso **Loewen vs. USA**, laudo.

M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. vs. Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31 julio 2007.

Malaysian Historical Salvors SDN BHD vs. Malaysia, ICSID Case no. ARB/05/10, Award on jurisdiction , 10 mayo 2007. También citado como caso **Malaysian Historical vs. Malasia**, decisión a la jurisdicción.

Malaysian Historical Salvors SDN BHD vs. Malaysia, ICSID Case no. ARB/05/10, decision on the application for annulment, 16 abril 2009. También citado como caso **Malaysian Historical vs. Malasia**, decisión sobre solicitud de anulación.

Malaysian Historical Salvors SDN BHD vs. Malaysia, ICSID Case no. ARB/05/10, dissenting opinion, 19 febrero 2009. También citado como caso **Malaysian Historical vs. Malasia**, opinión disidente.

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).

Maritime International Nominees Establishment vs. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4, decisión sobre solicitud de anulación, 14 diciembre 1989.

Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos, CIADI, CASO No. ARB(AF)/97/1, laudo, 30 agosto 2000. También citado como caso **Metalclad vs. México**, laudo..

Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. vs. Egipto, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12. April 2002, Rn. 71. También citado como caso **Middle East Cement vs. Egipto**.

Millicom International Operations B.V. and Sentel GSM SA vs. The Republic of Senegal, ICSID Case No. ARB/08/20, decisión a la jurisdicción, 16 julio 2010. También citado como **Millicom vs Senegal**, decisión a la jurisdicción.

Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al. vs. República Bolivariana de Venezuela, ICSID caso no. ARB/07/27, decisión a la jurisdicción, 10 junio 2010. También citado como caso **Mobil Corporation vs. Venezuela**.

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs. Republic of Chile (ICSID Case No. ARB/01/7), Award, 25. Mayo 2004. También citado como **MTD vs. Chile**, laudo.

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, decision on Annulment, 21. Marzo 2007. También citado como **MTD vs. Chile**, decisión sobre anulación.

Murphy Exploration and Production Company International vs. Republic of Ecuador, (ICSID Case No. ARB/08/4), decisión sobre jurisdicción, 15 diciembre 2010. También citado como caso **Murphy Exploration vs. Ecuador**, decisión a la jurisdicción.

Murphy Exploration and Production Company International vs. Republic of Ecuador, (ICSID Case No. ARB/08/4), opinión disidente a la decisión sobre jurisdicción, Horacio A. Grigera Naón, 19 noviembre 2010. También citado como caso **Murphy Exploration vs. Ecuador**, opinión disidente.

Nations Energy, Inc. and others vs. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/06/19, laudo, 24 noviembre 2010. También citado como **Nations Energy vs. Panamá**, laudo.

Noble Ventures vs. Rumania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12. Octubre 2005. También citado como caso **Noble Ventures**.

Noble Ventures, Inc. vs. Rumania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12. October, 2005. También citado como **Noble Ventures vs. Rumania**.

Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company vs. República de Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, decision on jurisdiction, 9. September 2008. También citado como caso **Occidental Petroleum & OPEC vs. Ecuador**.

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 August 2010.

Parkerings-Compagniet AS vs. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 septiembre 2007. también citado como caso **Parkerings vs. Lituania**, laudo.

Phoenix Action Ltd. vs. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 abril 2009.

Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8. February 2005. También citado como: caso **Plama vs. Bulgaria**, decisión a la jurisdicción.

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 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).

Railroad Development Corporation vs. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/07/23, second decision on objection to jurisdiction, 18 mayo 2010. También citado como caso **Railroad**

vs. Guatemala, segunda decisión a la jurisdicción.

Railroad Development Corporation vs. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/07/23, Decision on Objection to Jurisdiction, 17 noviembre 2008. También citado como caso **Railroad vs. Guatemala**, primera decisión a la jurisdicción.

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).

Robert Azinian and others vs. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, laudo, 1 noviembre 1999. También citado como caso **Azinian**.

Ron Fuchs vs. Georgia, ICSID Case No. ARB/07/15, laudo 3 marzo 2010, registro de inicio del procedimiento de anulación 16 de julio 2010.

RSM Production Corporation and others vs. Grenada, ICSID Case No. ARB/10/6, laudo 10 de diciembre 2010.

RSM Production Corporation vs. Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14, laudo 13 de marzo 2009, registro de inicio de procedimiento de anulación 10 de julio 2009.

Rumelii Telekom A.S., Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. vs. Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 Julio 2008. También citado como caso **Rumeli y Telsim vs. Kazajistán**, laudo.

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 29. November 2004, También citado como caso **Salini vs. Jordania**, decisión a la jurisdicción.

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 julio 2001. También citado como caso **Salini vs. Marruecos**, decisión a la jurisdicción.

Sempra Energy International vs. Republica Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16, decisión a la jurisdicción, 11. Mayo 2005. También citado como caso **Sempra Energy vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción.

Sempra Energy International vs. Republica Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16, laudo, 28. Septiembre 2007. También citado como caso **Sempra Energy vs. Argentina**, laudo.

Sempra Energy International vs. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, decisión sobre la solicitud de anulación, 29 de junio 2010. También citada como **Sempra vs. Argentina**, decisión sobre anulación.

SGS Société Generale de Surveillance S.A. vs. República de Filipinas, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29. Januar 2004. También citado como: caso **SGS vs. Filipinas**, decisión a la jurisdicción.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán, ICSID Case No. ARB/01/13. Decision on Jurisdiction, 6. August 2003. También citado como caso **SGS vs. Pakistán**, decisión a la jurisdicción.

Siemens A.G. vs. República Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6. February 2007. También citado como caso **Siemens vs. Argentina**, laudo.

Siemens A.G. vs. República Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, decisión sobre jurisdicción, 03. Agosto 2004. También citado como caso **Siemens vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción.

Sociedad Anónima Eduardo Vieira vs. República de Chile, Caso CIADI No. ARB/04/7, decisión del Comité ad hoc sobre la solicitud de anulación, 10 diciembre 2010.

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Decision on Jurisdiction and Dissenting Opinion, 14 de abril 1988. También citado como

SPP vs. Egipto.

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 mayo 2006. También citado como caso **Suez vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina, ICSID Case No. ARB/03/19, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto 2006. También citado como: caso **Suez/AWG vs. Argentina**, decisión sobre jurisdicción.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina, ICSID Case No. ARB/03/19, Decisión sobre la propuesta de recusación de un miembro del tribunal de arbitraje, 22 octubre 2007. También citado como caso **Suez/AWG vs. Argentina**, recusación de árbitro.

Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos, CIADI caso no. ARB(AF) /00/2, laudo, 29 mayo de 2003. También citado como caso **Tecmed vs. México**.

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**.

Telenor Mobile Communications AS vs. Republica de Hungría, ICSID Case No. ARB/04/15, Award 13. September 2006. También citado como caso **Telenor vs. Hungría**.

The Rompetrol Group N.V. vs. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, decision on jurisdiction, 18 abril 2008. También citado como caso **Rompetrol vs. Rumania**, decisión a la jurisdicción.

Togo Electricité and GDF-Suez Energie Services vs. República de Togo, ICSID Case No. ARB/06/7, laudo 10 de agosto 2010, registro de inicio del procedimiento de anulación el 4 de noviembre 2010.

Tokios Tokelés vs. Ucrania, ICSID Case No. ARB/02/18, decision on jurisdiction, 29. abril 2004. También citado como caso **Tokios Tokelés vs. Ucrania**, decisión a la jurisdicción.

Tokios Tokelés vs. Ucrania, ICSID Case No. ARB/02/18, opinión disidente a la decisión a la jurisdicción, Prosper Weil, 29. abril 2004. También citado como caso **Tokios Tokelés vs. Ucrania**, opinión disidente a la jurisdicción.

Tradex Hellas, S.A. vs. Albania, ICSID Case No. ARB/94/2, Decision on jurisdiction, 24. Dezember 1996. También citado como caso **Tradex vs. Albania**, decisión a la jurisdicción.

United Mexican States vs. Metalclad Corporation, Supreme Court of British Columbia, 2001 BCSC 664, 2 mayo 2001.

United Parcel Service of America II vs. Government of Canada, an Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, award on the Merits, 27 de mayo del 2007. También citado como caso **UPS vs. Canada, Capítulo 11 TLCAN**, ICSID, laudo.

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Profesor Campbell McLachlan, 12 agosto 2010. También citado como caso **Urbaser vs. Argentina**, recusación de árbitro.

Victor Pey Casado and President Allende Foundation vs. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, laudo 8 de mayo 2008, registro de inicio de procedimiento de anulación 6 de julio 2009.

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi vs. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, decisión a la jurisdicción, 11 abril 2007. También citado como caso **Siag vs. Egipto**, decisión a la jurisdicción.

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi vs. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, laudo, 1 junio 2009. También citado como caso **Siag vs. Egipto**, laudo.

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi vs. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No.

ARB/05/15, opinión disidente de Francisco Orrego Vicuña, 11 mayo 2009. . También citado como caso **Siag vs. Egipto**, opinión disidente al laudo.

Waste Management vs. Estados Unidos Mexicanos, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2. También citado como caso Waste Managment vs. México.

Waste Management vs. Estados Unidos Mexicanos, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2) laudo, 2 junio 2000. También citado como caso Waste Managment vs. México, laudo.

Waste Management vs. Estados Unidos Mexicanos, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2) opinión disidente de Keith Highet, 8. mayo 2000. También citado como caso Waste Managment vs. México, opinión disidente.

Waste Management vs. Estados Unidos Mexicanos, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3) laudo, 30 abril 2004. También citado como caso Waste Managment vs. México II.

Wena Hotels Limited vs. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/14), Decision on Jurisdiction, 29 junio 1999. También citado como caso **Wena Hotels vs. Egipto**, decisión a la jurisdicción.

Wintershall vs. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, 8 diciembre 2008. También citado como caso **Wintershall vs. Argentina**, laudo.

Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd vs. Gobierno de la Unión de Myanmar, ASEAN-I.D., Case No. Arb/01/1, Laudo, 31. Marzo 2003. También citado como **Yaung Chi vs. Myanmar**.

B. Casos de la Corte Internacional de Justicia (CIJ)

Acquisition of Polish Nationality, PCIJ, series B, No. 7.

Ambatielos (Grecia vs. Reino Unido), Arbitration Commission, Award, 6 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. Mayo 1953, general list no. 18. También citado como caso Ambatielos, **sentencia sobre el fondo**.

Ambatielos (Grecia vs. Reino Unido), ICJ, preliminary objection, 1. Julio 1952, general list, no. 15. También citado como caso **Ambatielos**, objeciones preliminares.

Anglo-Iranian Oil Company (UK vs. Iran), ICJ, Judgment on preliminary objections, 22. julio 1952, general list no. 16. También citado como caso **Anglo-Iranian Oil Company**.

Bankovic and Others vs. Belgium and 16 other Contracting States, European Court of Human Rights, Decision of admissibility, Application no. 52207/99 of 12 December 2001.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Bélgica vs. España), fallo del 5 de febrero de 1970 y del 24 de julio de 1964, impresos en: Naciones Unidas/Corte Internacional de Justicia, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991, Nueva York, 1992, pags. 93-95, 104-106.

Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America), judgment on Jurisdiction and Admissibility, 26 noviembre 1984, ICJ Reports, 1984. También citado como caso **Nicaragua vs. USA**.

Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France vs. United States of America), ICJ, Judgment. 27.08.1952, general list no. 11, pag. 176. También citado como **caso Concerniente a los Derechos de los Nacionales de USA en Marruecos**.

Caso concerniente a la disputa territorial Libia Árabe Jamahiriya/Chad - Case concerning Territorial Dispute Libyan Arab Jamahiriya/Chad, fallo, 3 de febrero de 1994, I.C.J. Reports, 1995.

Caso concerniente a las delimitaciones marítimas y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrain - Case concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, I.C.J., Reports, 1995.

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, I.C.J. Reports, 1991.

Caso Elettronica Sícula S.p.A. (ELSI), (Estados Unidos de América vs. Italia), ICJ, fallo del 20 de julio de 1989, general list no. 15. También citado como caso **ELSI**.

Caso Factory at Chorzów, (Alemania vs. Polonia), CPJI, jurisdiction, fallo del 26 de julio de 1927, series A/09.

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 2011.

Competencia de la Asamblea General para Admitir a un Estado como Miembro de las Naciones Unidas, CIJ, opinión consultiva, 3 de marzo 1950, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991, Naciones Unidas, Nueva York, 1992, lista general no. 6, pag. 13 y 14.

Condiciones de Admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas (artículo 4 de la Carta) - Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Art. 4 of the Charter), CIJ, opinión consultiva, 28 de mayo de 1948, I.C.J. Reports, 1948.

Interhandel (Suiza vs. United States of America) 1959, ICJ, judgment, 21.03.1959, preliminary objections, ICJ Reports 1959.

Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania - Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania (Second Phase), C.I.J., opinión consultiva, 18 julio 1950, ICJ Reports, 1950

Interpretation of the Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night, PICJ, Advisory Opinion, 15 November 1932, Ser. A/B50, pag. 380.

Jurisdiction of the European Commission of the Danube, PCIJ, series B, No. 8.

Lotus case (1927), CPIJ, Series A, No. 10.

Minority Schools in Albania, PCIJ, Series A/B, No. 64.

Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco case, PCIJ, series B, no. 4, advisory opinion, 1923.

Norwegian Loans (Francia vs. Noruega), fallo del 6 de julio de 1957, impreso en: Naciones Unidas/Corte Internacional de Justicia, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991, Nueva York, 1992, pags. 55-57.

Nottebohm Case (Lichtenstein vs. Guatemala), Second-Phase, ICJ, Judgement, 6 abril 1955, ICJ Reports pag. 4. También citado como caso **Nottebohm**.

Panevezys-Saldutiskis Railway, PCIJ, Series A/B 76.

Postal Service in Danzig, PCIJ, Series B, No. 8.

Status of Eastern Carelia Case (1923), CPIJ, Series B, No. 5, pag. 27.

Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, PCIJ, series A, no. 23.

Wimbledon, PCIJ, judgment 17 agosto 1923, Series A, No. 1.

C. Casos conforme a las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL (CNUDMI)

Berschader vs. Russia, SCC Case No. 080/2004 (Belgium/Russia BIT), Award, 21 April 2006. También citado como caso **Berschader vs. Rusia**, SCC, *laudo* (Correction of the Award, 9 June 2006).

Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) vs. The Republic of Ecuador, UNCITRAL Arbitration Rules, APPRI USA-Ecuador, Partial Award on the Merits, March 30, 2010. También citado como caso **Chevron vs. Ecuador**.

Ethyl Corporation vs. Canada, UNCITRAL (NAFTA), decision on jurisdiction, 24 junio 1998.

Gami Investments, Inc. vs. United Mexican States, UNCITRAL Arbitration Rules, NAFTA, award, 15 noviembre 2004. También citado como caso **Gami vs. México**, UNCITRAL, *laudo*.

Lauder vs. República Checa, UNCITRAL, Award, 3 septiembre 2001. También citado como caso **Lauder vs. República Checa**, UNCITRAL, *laudo*.

Methanex vs. United States of America, arbitraje de la CNUDMI (TLCAN), Primer Laudo Parcial, 7 de agosto de 2002, para su consulta en: <http://www.state.gov/documents/organization/12613.pdf>. También citado como **caso Methanex vs. USA**.

National Grid vs. Argentina, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction of June 20, 2006. También citado como **National Grid vs. Argentina**, decisión a la jurisdicción.

Pope & Talbot Inc. vs. Canadá, UNCITRAL (NAFTA), Award in Relation to Preliminary Notion By the Government of Canadá to Strike Paragraphs 34 and 103 of the Statement of Claim from the Record (The "Harmac Motion"), 24. Febrero 2000. También citado como **Pope & Talbot Inc.**, *laudo*, **The Harmac Motion**

Pope & Talbot vs. Canadá, UNCITRAL (NAFTA), Award in Respect of Damages, 31. Mayo 2001.

Pope & Talbot vs. Canadá, UNCITRAL (NAFTA), Award on the Merits of Phase 2. 10. abril 2001.

Ronald S. Lauder vs. Tschechische Republik, UNCITRAL, Award (Final), 3. September 2001.

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 Julio 2009.

D. Casos precedentes de otros foros

Award in the Matter of an Arbitration between Kuwait and the American Independent Oil Company (Aminoil), 24 de marzo de 1982; 21 ILM, 976-1053 (1982).

British Petroleum vs. Libya, 10 October 1973; 53 ILR (1979) 297-388.

Hazell vs. Hammersmith and Fulham LBC, House of the Lords, 1992, 2 AC 1.

Kahler vs. Midland Bank Ltd, British Court of Appeal, AC 56 (1950).

Lybian American Oil Company (Liamco) vs. Libya, 12 de abril de 1977; 20 ILM 1-87 (1981).

Renta 4 S.V.S.A et al. vs. Russian Federation, SCC No. 24/2007 (Spain/Russia BIT), Award on Preliminary Objections, 20 March 2009. También citado como caso **Renta 4 vs. Rusia**, SCC, *laudo* sobre jurisdicción.

Renta 4 S.V.S.A et al. vs. Russian Federation, SCC No. 24/2007 (Spain/Russia BIT), separate opinion of Charles Brower, 20 marzo 2009. También citado como **Renta vs. Rusia**, SCC, opinión separada.

Sapphire International Petroleum Lts. vs. National Iranian Oil Company, 35 I.L.R. 136 (1967). También citado como caso Sapphire.

Société Générale vs. The Dominican Republic, LCAI Case No. UN 7927, Award on Preliminary

Objections to Jurisdiction.

Sojuznefteexport (SNE) vs. Joc Oil Ltd., Bermuda Court of Appeal, de 7 Julio 1989, XV YBCA 384, 1990, pag. 407 y ss.

Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic (Calasiatic) Oil Company vs. Libia, 19 Enero 1977; 17 ILM 1-37 (1978).

BIBLIOGRAFÍA

A

Abbott, Frederick M., "The Political Economy of NAFTA Chapter Eleven: Equality Before the Law and the Boundaries of North American Integration", *HeinOnline – 23 Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 303 (1999-2000), pags. 303-309.

Acharya, Rohini/ **Daly**, Michael, *WTO Discussion Paper No. 7. Selected Issues Concerning the Multilateral Trading System*, Geneva, 2004, pag. 26 y ss.

Aisbett, Emma, "Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation versus Causation", University of California Berkeley, *Munich Personal RePEc Archive*, paper No. 2255, noviembre 2007, <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/2255>.

Alcántara Sáenz, Manuel, *Gobernabilidad, Crisis y Cambio: Elementos para el Estudio de la Gobernabilidad de los Sistemas Políticos en Épocas de Crisis y Cambio*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

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 v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*", *JWIT*, vol. 5 nr. 4, Agosto 2004, pag. 555 y ss.

_____, "The "Baby Boom" of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals. Shareholders as "Investors" under Investment Treaties", *JWIT*, vol. 6, nr. 3, junio 2005, pag. 387 y ss.

Alexeyev, Andriy/**Voitovich**, Sergiy, "Tokios Tokelès Vector: Jurisdictional Issues in ICSID Case Tokios Tokelès v. Ukraine", *JWIT*, vol. 9, nr. 6, diciembre 2008, pag. 519 y ss.

Alfaro, Carlos E., "The Growing Opposition of Argentina to ICSID Arbitral Tribunals. A Conflict between International and Domestic Law?", *JWIT*, vol. 6, nr. 3, 2005, pag. 417 y ss.

Álvarez Ávila, Gabriela, "Las características del arbitraje del CIADI", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, no. 2, 2002, pags. 206-229.

Álvarez Jiménez, Alberto, "Minimum Standard of Treatment of Aliens, Fair and Equitable Treatment of Foreign Investors, Customary International Law and the Diallo Case before the International Court of Justice", *JWIT*, vol. 9, nr. 1, febrero 2008, pags. 51-70.

B

Bagner, Hans, "How to Avoid Conflicting Awards. The Lauder and CME Cases", *JWIT*, Vol. 5, Nr. 1, February 2004, pag. 31 y ss.

Barceló III, John J., "Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective", *Vand. J. Transnat'l L.*, 36, 2003, 1115-1136.

Bardach, Eugene, *Los ocho pasos para el análisis de Políticas Públicas*, CIDE/Miguel Angel Porrúa, México, 2004.

Baur, Jürgen F./ **Hobe**, Stephan (Hrgs.), *Rechtsprobleme von Auslandsinvestitionen. Konzessionen, Vertragsanpassung, Vergabeverfahren*, Baden-Baden, 2003.

Beaudet, Séverine, "ICSID amended arbitration rules. Las Nuevas Reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones", <http://www.bcremades.com/archivos/pdf/espanol/Newsletter%20mayo%202006.pdf>.

Berger, Klaus Peter, "Renegotiation and Adaptation of International Investment *Vanderbilt journal of transnational law*, Jg./Bd. 36, 2003, pags. 1347-1380.

Bernasconi-Osterwalder, Nathalie, "Who Wins and Who Loses in Investment Arbitration? Are Investors and Host States on a Level Playing Field?—The Lauder/Czech Republic Legacy", *JWIT*, vol. 6, nr. 1, 2005, pag. 69-71.

Bernhard, Hrsg., *Encyclopedia of Public International Law* (véase völkerrechtlicher Nachschlagewerke, Lehrbücher, Dokumentensammlungen, Bibliographien und Internet-Seiten, A.).

Beutler, B. et al., *Die europäische Gemeinschaft: Rechtsordnung und Politik*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987.

Biggs, Gonzalo, "The Latin American Treatment of International Arbitration and Foreign Investment and the Chile-U.S. Free Trade Agreement", *ICSID Review*, vol. 19, nr. 1, 2004, pag. 61 y ss.

Biocca, Stella Maris y otros. *Lecciones de Derecho Internacional Privado: parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997. pp. 198.

Bishop, R. Doak, "CMS vs. Argentina – The Decision of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes and its Main Consequences for the Practice", *IDR*, 1/04, pag. 20 y ss.

_____, "Investment Claims: First Lessons from Argentina", *International Investment Law and Arbitration. Leading Cases from the ICSID, NAFTA, BT and Customary International Law*, Cameron May, 2005, pag. 425 y ss.

Blackaby, Nigel/ **Lindsey**, David/ **Spinillo**, Alessandro, eds., *International Arbitration in Latin America*, The Hague/London/New York, 2002.

Bleckmann, Albert, *Europarecht*, Heymanns, Berlin, 1990.

Böckstiegel, Karl-Heinz, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1971.

Borchard, E., *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, 1970.

Bradlow, Daniel D y **Escher**, Alfred (editors), *Legal Aspects of Foreign Direct Investment*, Haya/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1999.

Brand, Ronald A., "Sovereignty: The State, the Individual, and the International Legal System in the Twenty First Century", *HeinOnline – 25 Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 279 (2001-2002), pags. 279-295.

Broches, "Convention on the Settlement of Investment Disputes", XVIII YBCA 627, (1993) 693, párr. 194 et seq.

_____, "The Convention on the Settlement of Investment Disputed between States and Nationals of Other States", *Selected Essays. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Dordrecht/Boston/London, 1995, pag. 188 y ss.

_____, *Arbitration under the ICSID Convention*, ICSID, 1994, 16 pp.

_____, *Selected Essays. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Dordrecht/Boston/London, 1995.

Brower, Charles H. II, "NAFTA's Investment Chapter: Initial Thoughts About Second-Generation Rights", *Vanderbilt journal of transnational law*, Jg./Bd. 36, 2003, pags. 1533-1566.

_____, "Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter", *Vanderbilt journal of transnational law*, Jg./Bd. 36, 2003, pags. 37-94.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 6ta. ed., Oxford, 2003.

C

Carbonneau, Thomas E., "The Exercise of Contract Freedom in Making of Arbitration Agreements", *Vand. J. Transnat'l L.*, 36, 2003, pag. 1189-1232.

Carver, Jeremy, "How to Avoid Conflicting Awards. The Lauder and CME Cases", *JWIT*, vol. 5, nr. 1, febrero 2004, pag. 23 y ss.

Cavazos Villanueva, Gabriel, *The Fair and Equitable Treatment Standard*, Vdm Verlag Dr Mueller E K, Alemania, 2008.

Chandler/ Plano, *The Public Administration Dictionary*, Clio Dictionaries in Political Science, May, 1988, en **Alcántara Sáenz**, Manuel, *Gobernabilidad, Crisis y Cambio: Elementos para el Estudio de la Gobernabilidad de los Sistemas Políticos en Épocas de Crisis y Cambio*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pág. 106.

Chalmers, Jane, "State Responsibility for Acts of Parastatals Organised in Corporate Form", *American Society of International Law Proceedings (ASIL)*, EE.UU., 1990.

Chatterjee, C., "When Pre-Investment or Development Costs May or May Not Be Regarded as Part of "Investment" under Article 25(1) of the ICSID Convention—The *Mihaly* Case", *JWIT*, vol. 4 nr. 5, 2003, pag. 909 y ss.

Chen, An/**Chen**, Dong, "What Should Be China's Strategic Position in the Establishment of New International Economic Order? With Comments on Neo-Liberalistic Economic Order, Constitutional Order of the WTO and Economic Nationalism's Disturbance of Globalization", *JWIT*, vol. nr. , pag. y ss.

Chukwumerije, Okezie, "Interpreting Most-Favored-Nation Clauses in Investment Treaty Arbitrations", *JWIT*, vol. 8, nr. 5, octubre 2007, 597-646.

CIADI Secretariado, Carga de Casos del CIADI – Estadísticas, Edición 2010-1), CIADI, Washington, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>, 11 mayo 2010.

Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11. 31 de julio de 2001, en http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11_understanding_s.asp, noviembre 2011.

Congyan, Cai, "Change of the Structure of International Investment and the Development of Developing Countries BIT Practice – Towards A Third Way of BIT Practice", *JWIT*, vol. 8, nr. 6, diciembre 2007, 829-847.

_____, "Structure and Its Implications towards ICSID Mechanism: An empirical Analysis", *JWIT*, vol. 9 nr. 3, junio 2008, pags. 333-349.

Corte Internacional de Justicia, *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991*,

Cremades, Bernardo M.(ed.), *Enforcement of Arbitration Agreements in Latin America. Papers presented at the 1998 Vancouver IBA Conference*, Kluwer Law International, Hague-London-Boston, 1999.

_____, "Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment-Protection Treaties", en *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century – Liber Amicorum for Karl-Heinz-Boeckstiegel*, Carl Heymanns Verlag, Colonia/Berlin/Bonn/Munich, 2001, pag. 149-164.

_____, "Disputes Arising Out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues", *Conference on International Commercial Arbitration in Latin America*, New York., March 12, 2004, http://www.aryme.com/aryme/eng/adr_world_observer/observatorio/titulares_abierto/2004/200407/20040707.asp.

_____, "Has the Proliferation of BITs Gone Too Far? Is it Now Time for a Multilateral Investment Treaty?", *JWIT*, vol. 5, nr. 1, Febrero 2004, pag. 89 y ss.

Cremades, Bernardo M./ **Cairns**, David J.A., "Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes", en Horn/Kröll, (Eds.) *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, The Hague, Kluwer International Law, 2004, pag. 325-351.

_____, "Litigating Annulment Proceedings. The *Vivendi* Matter: Contract and Treaty Claims in: Annulment of ICSID Awards", *IAI International Arbitration Series no. 1*, Washington, D.C., 2004, pag. 87 y ss.

Cremades, Bernardo/**Cairns**, David, "la seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados", <http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/cremades.pdf>.

D

Dabrowski, Martin/ **Fisch**, Andreas/ **Gabriel**, Karl/ **Lienkamp**, Christoph, *Die Diskussion um ein Insolvenzrecht für Staaten. Bewertungen eines Lösungsvorschlages zur Überwindung der Internationalen Schuldenkrise*, Berlin, 2003.

De Ly, Filip, "Who Wins and Who loses in Investment Arbitration? Are Investors and Host States on a Level Playing Field? Lauder/Czech Republic Legacy", *JWIT*, vol. 6, nr. 1, 2005, pag. 59 y ss.

Delaume, G: *Transnational Contracts – Applicable Law and Settlement of Disputes* (looseleaf, 1993).

Denolf, Bert, "The impact of Corruption on foreign Direct Investment", *JWIT*, vol. 9, nr. 3, junio 2008, pags. 249-271.

Dodge, William, "Award in *Pope & Talbot, Inc. v. Government of Canada*", *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 23, 1999-2000, pag. 431-446.

_____, "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, pag. 357-383.

Dolinger, Jacob, *Direito Internacional Privado (parte general)*. 5ta. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Dolzer, Rudolf, "Meistbegünstigungsklauseln in Investitionsschutzverträgen", *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag*, Jürgen Bröhmer (coord.), Carl Heymanns Verlag, Colonia, Alemania, 2005, pags. 47-54.

_____, *Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht*, Springer Verlag, Heidelberg *et al.*, 1985.

Dolzer, Rudolf/ **Myers**, Terry, "After *Tecmed*: Most-Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements", *ICSID Review*, Vol. 19, Nr. 1, Spring 2004, pag. 49 y ss.

Dolzer, Rudolf/ **Stevens**, Margaret, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London, 1995.

Dolzer, Rudolf/**Schreuer**, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

Douglas, Zachary, "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration", *Brit. Y.B. Int'l L.*, Oxford, Gran Bretaña, 2003, pag. 151 y ss.

Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2009.

Dunn, F., *The Protection of Nationals*, Baltimore, EE.UU., 1932.

E

Ebenroth, *Code of Conduct – Ansätze zur vertraglichen Gestaltung internationalen Investitionen*, Konstanz, 1987, pag. 583 y ss.

Enriquez, Raymundo E., "Expropriation Under Mexican Law and its Insertion into a Global Context Under NAFTA", *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 23, 1999-2000, pag. 385-408.

Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation*, Bruselas, 2004.

Escher, Alfred, *Foreign Direct Investment in: Legal Aspects of Foreign Direct Investment*, The Hague, London, Boston, 1999, pag. 3-79.

F

Faya Rodríguez, Alejandro, "The Most-favored-Nation Clause in International Investment Agreements", *Journal of International Arbitration*, no. 25 (1), Kluwer Law International, Países Bajos, 2008, pags. 89-102.

Fernández Masía, Enrique, "Atribución de competencia a través de la Cláusula de la Nación Más Favorecida: Lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, no. 13, 2007, [http://www.reei.org/reei%2013/FdezMasia\(reei13\).pdf](http://www.reei.org/reei%2013/FdezMasia(reei13).pdf), junio 2010.

_____, “Duplicidad de procedimientos en la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras”, en Wöss/Rodríguez Jiménez (coord.), *arbitraje en materia de inversiones*, págs. 191-276.

_____, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de las inversiones extranjeras*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008.

Finke, Jasper: Die Parallelität internationaler Streitbeilegungsmechanismen. Untersuchung der aus der Stärkung der internationalen Gerichtsbarkeit resultierenden Konflikte, Dunker & Humboldt, Berlin, 2004.

Fisher, Jonathan/ **Bewsey**, Jane/ **Waters**, Malcolm/ **Ovey**, Elizabeth:

Fontecilla, Rafael, “Los Problemas”, Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Cuarta Época - Vol. III - Años 1961 a 1963 - N° 3, Chile, primera parte, http://www.analesderecho.uchile.cl/CDA/an_der_completa/0,1363,SCID%253D7575%2526ISID%253D21,00.html, mayo 2010.

Fortier, Ives L., “Caveat Investor: The meaning of “expropriation” and the Protection afforded investors under NAFTA”, *ICSID News*, vol. 20, nr. 1, 2003, pag. 10 y ss.

Fox, Hazel, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2002.

Foy, Patrick G., “Effectiveness of NAFTA’s Chapter Eleven Investor-State Arbitration Procedures”, *ICSID Review, FILJ*, vol. 18, nr. 1, 2003, pag. 44-108.

Freshfields Bruckhaus Deringer, *Public international law news*, January/February 2004.

_____, *Public international law news*, Septiembre/Octubre 2003.

Freyer, Dana H./Herlihy, “Most-Favored-Nation-Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How “Favored” is “Most-Favored”, *ICSID Review-FILJ*, vol. 20, 2005, pag. 58-83.

Frick, Joachim G, *Arbitration and Complex International Contracts*, Kluwer Law International, Netherlands, 2001.

G

Gaffney, John P./**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 2007, pag. 5 y ss.

Gaillard, 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*, Cameron May, Gran Bretaña, 2005, pag. 325 y ss.

Gaillard, Emmanuel/ **Banifatemi** Yas (Eds.), *Annulment of ICSID Awards*, IAI International Arbitration Series No. 1, Huntington, New York, 2004.

Gallagher, Kevin/B. L. Birch, Melisa, “Do Investment Agreements Attract Investment? Evidence from Latin America”, en *JWIT*, vol. 7, Nr. 6, 2006, pag. 961-974.

Gallus, Nick, “An Umbrella just for Two? BIT Obligations Observance Clauses and the Parties to a Contract” en *Arbitration Internacional*, Vol. 24 Nr. 1, 2008, pag. 157 y ss.

_____, “State Enterprises as Organs of the State and BIT Claims”, *JWIT*, vol. 7. Nr. 5, octubre 2006, pag. 761 y ss.

García Bolívar, Omar E., "Foreign Investment Disputes under ICSID. A Review of its Decisions on Jurisdiction", *JWIT*, vol. 5 nr. 1, febrero 2004, pag. 187 y ss.

García Castillo, Tonatiuh, *El Contrato de Estado Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, UNAM, México, 2008.

Gazzini, Tarcisio, "General Principles of Law in the Field of Foreign Investment", *JWIT*, vol. 10, Nr. 1, febrero 2009, pags. 103-119.

_____, "The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment", *JWIT*, vol. 8, Nr. 5, octubre 2007, pag. 691-716.

Gill/ Birt, "Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A comparative Review of the SGS Cases" en *Journal of International Arbitration*, Vol. 21 .Nr. 5, 2004, pag. 397.

Gomez-Robledo Verduzco, Alonso, *Derecho Internacional. Temas Selectos*, 5ª. ed., IJ-UNAM, México, 2008.

González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de Inversión*, Porrúa, México, 2010.

_____, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2004.

H

Hallward-Driemeier, Mary, "Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a BIT...and they Could bite", *World Bank Policy Research Working Paper Series, No. 3121*, World Bank, Washington, D.C., Agosto 2003. Para su consulta electrónica en: <http://ideas.repec.org/s/wbk/wbrwps.html>.

Herdegen, Matthias, „Rechtsprobleme des Internationalen Konzessionswesens – insbesondere aus völkerrechtlicher Sicht“, en **Karl**, Joachim, *Rechtsprobleme von Auslandsinvestitionen. Konzessionen, Vertragsanpassung, Vergabeverfahren*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Alemania, 2003.

_____, *Derecho Internacional Público*, IJ-UNAM/Fundación Konrad Adenauer, México, 2005.

_____, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 3ra. ed., C.H.Beck, Munich, 2002.

Herrera Ramírez, Viviana, "Efectos sorpresivos de la cláusula de la nación más favorecida (CNMF) en materia de inversiones extranjeras. (Estudio de la jurisprudencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones – CIADI)", *Revista Civilizar*, vol. 9, num. 16, enero-junio, 2009, Universidad Sergio Arboleda, Colombia, pags. 41-56, <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/1002/100212247004.pdf>, junio 2010.

Hillier, Timothy, *Principles of Public International Law*, 2da. Ed., London-Sydney, 1999.

Hobér, Kaj, "Has the Proliferation of BITs Gone Too Far? Is it Now Time for a Multilateral Investment Treaty?", *JWIT*, Vol. 5, Nr. 1, February 2004, pag. 93 y ss.

Horn, Norbert, "Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and Means", en **Horn**, Norbert/ **Kröll**, Stefan (eds.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, Studies in Transnational Economic Law, vol. 19, The Hague, 2004, pags. 3-31.

Horn, Norbert/ Kröll, Stefan (eds.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, Studies in Transnational Economic Law, vol. 19, Kluwer Law International, The Hague, 2004.

Hsu, Locknie, "MFN and Dispute Settlement", *JWIT*, vol. 7, no. 1, febrero 2006, pags. 25-37.

I

ICSID Secretariat, "Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration. Discussion Paper", 22 Octubre 2004, http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnouncePDF&AnnouncementType=archive&AnnounceNo=14_1.pdf, Washington, mayo 2010.

International Court of Justice, *Conditions of Admission of a State to membership in the United Nations (article 4 of the Charter)*, *Advisory Opinion of 28 may 1948*, **1948**.

International Court of Justice, Reports 1948.

Ipsen, Knut: *Völkerrecht*, 5ta. Ed., C.H. Beck, München, 2004.

J

Jarvin, Sigvard: *Objections to Jurisdiction in: The Leading Arbitrators' guide to International Arbitration*, Juris Publishing, New York, 2004.

K

Karl, Joachim, "Aktuelle Probleme des Investitions- und Enteignungsschutzes am Beispiel des Internationalen Konzessionsvertrages", *Rechtsprobleme von Auslandsinvestitionen. Konzessionen, Vertragsanpassungen, Vergabeverfahren*, Baden-Baden, 2003.

_____, "Internationaler Investitionsschutz Quo vadis?", in: *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 99 (2000), pag. 143 y ss.

Karl/ Constantinescu/ Lakatos/Partfitt/Waem, *The Energy Charter Treaty. A Reader's Guide*, ed. Energy Charter Secretariat, Bruselas, 2002.

Kaufmann-Kohler, G., "In search of transparency and consistency: ICSID reform proposal", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, issue 5, noviembre 2005.

Kazutake, Okuma, "Investment Disputes Settlement – by Focusing on ICSID Arbitration", *The Seinan Law Review*, vol. 34, No. 2, 3, 2002, pag. 75 y ss.

Kene Omalu, Mirian, "Direct Effect of International Investment Treaties", *NAFTA and the Energy Charter Treaty. Compliance with Implementation and Effectiveness of International Investment Agreements*, The Hague, London, Boston, 1999, pag. 61-111.

Kessedjian, Catherine, "Public order in European Law", *Erasmus Law Review*, vol. 1 Issue 1, Erasmus School of Law at the Erasmus University in Rotterdam, the Netherlands, 2008.

Klein, Bohuslav, "How to Avoid Conflicting Awards. The Lauder and CME Cases", *JWIT*, vol. 5, nr. 1, febrero 2004, pag. 19 y ss.

_____, "Who Wins and Who loses in Investment Arbitration? Are Investors and Host States on a Level Playing Field? Lauder/Czech Republic Legacy", *JWIT*, vol. 6, nr. 1, 2005, pag. 65 y ss.

Kramer, Stefan, "Die Meistbegünstigung", *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, 1989, pag. 473-481.

Kröll, Stefan: *Arbitration of Investment Disputes in: Comparative International Commercial Arbitration*, London, 2003, pag. 761-804.

Kühn, Wolfgang, "How to Avoid Conflicting Awards. The Lauder and CME Cases", *JWIT*, Vol. 5, Nr. 1, February 2004, pag. 5 y ss.

Kumar Kanungo, Anil, "India's Overseas Investment in Africa: An Initiative for South-South Cooperation", en *JWIT*, vol. 11, no. 5 octubre 2010, pag. 789 y ss.

_____, "Internationalization of Indian Firms: Overseas Investment A Key Strategy", en *JWIT*, vol. 12, no. 4, agosto 2011, pag. 551 y ss.

Kunoy, Bjorn, "Singing in the Rain. Developments in the Interpretation of Umbrella Clauses", en *JWIT*, Vol. 7 Nr. 2, Abril 2006, pag. 275 y ss.

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, pag. 523 y ss.

_____, "The MFN Standard and Foreign Investment. An Uneasy Fit?", *JWIT*, vol. 5, Nr. 6, 2004, pag. 861 y ss.

L

Laird, Ian A., "Distinction without a Difference? An Examination of the Concepts of Admissibility and Jurisdiction in *Salini vs. Jordan* and *Methanex vs. USA*", *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, Great Britain, 2005, pag. 201 y ss.

Lamm, Carolyn B., "Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", *ICSID Rev-FILJ*, 1991, pag. 462 y ss.

Langkeit, Jochen: *Staatenimmunität und Schiedsgerichtsbarkeit*, Verlag Recht & Wirtschaft, Heidelberg, 1989.

Larsen, Clifford, "ICSID Jurisdiction: The Relationship of Contracting States to Sub-State Entities", *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, Studies in Transnational Economic Law, vol. 18, The Hague, 2004, pag. 353 y ss.

Lauterpacht, Hersch, "Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties", *Brit. Y.B. Int'l L* 1949, no. 26, Oxford University Press, Gran Bretaña, reinpr. 1980, pags. 48-85.

_____, "The Development of the Law of International Organization by the Decisions of International Tribunals", *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, no. IV, t. 152, Sijthoff & Noordhoff, Países Bajos, 1976, pags. 377-478.

_____, *The Development of International Law by the International Court*, Stevens & Sons Limited, Londres, 1958.

Lawton Kirtley, William, "The Transfer of Treaty Claims and Treaty-Shopping in Investor-State Disputes", *JWIT*, vol. 10, nr. 3, junio 2009, pags. 427-461.

Leathley, Christian: *The Mercosur Dispute Resolution System*, *JWIT*, Vol. 4, Nr. 5, October 2003, pag. 787 y ss.

Leung, Priscilla M.F./**Wang**, Guiguo, "State Contracts in the Globalized World", *JWIT*, vol. 7 No. 6, diciembre 2006, pag. 829 y ss.

Lew, Julian/ **Mistelis**, Loukas/ **Kröll**, Stefan, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, London, 2003.

M

Malanczuk, Peter, "State-State and Investor-State Dispute Settlement in the OECD Draft Multilateral Investment Agreement", *Journal of International Economic Law*, 2000, pag. 417 y ss.

_____, *Akenhurst's Modern Introduction to International Law*, 7a. ed., Routledge Chapman & Hall, New York, 1997.

Maniruzzaman, "State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies", *Eur J Int Law*, no. 12, 2001, pags. 309-328.

_____, "National Laws Providing for Stability of International Investment Contracts: A Comparative Perspective", *JWIT*, vol. 8 Nr. 2, abril 2007, pag. 233 y ss.

_____, "The Relevance of Public International Law in Arbitrations concerning International Economic Development Agreements. An Appraisal of some Fundamental Aspects", *JWIT*, Vol. 6 Nr. 2, abril 2005, pag. 263 y ss.

Mann, "State Contracts with Aliens: Contemporary Developments in Compensation or Termination or Breach of International Law", 59 *Brit. Y.B. Int'l L.* 88 (1992).

Mansilla y Mejía, Maria Elena, "Naturaleza Jurídica del Orden Público en el Derecho Internacional Privado", *Anales de Jurisprudencia*, sexta época, tercera etapa, no. 261, sección de previa, México, 2003, pags. 333-351.

McGuile, Teresa, "Bilateral and Multilateral Investment Treaties", en Bradlow y Escher (eds.), *Legal Aspects of Foreign Direct Investment*, Haya/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1999, pag. 107-136.

McLachlan, Campbell/**Shore**, Laurence/**Weiniger**, Matthew, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, Oxford University Press, Great Britain, 2007.

Meessen, Karl M., "State Immunity in the Arbitral Process", *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, Studies in Transnational Economic Law, vol. 18, The Hague, 2004, pag. 387 y ss.

Mehren, George M. von/ **Salomon**, Claudia/ **Paroutsas**, Aspasia: Navigating Through Investor-State Arbitrations – an overview of Bilateral Investment Treaty claims, *DRJ*, vol. 59, No. 1, New York, Feb.-April 2004, pag. 70 y ss.

Méndez Silva, Ricardo, "Los principios del Derecho de los Tratados", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año III, no. 7, Sección de Artículos, UNAM, México, 1970, 93-108.

Mosoti, Victor: Non-Discrimination and its Dimensions in a Possible WTO Framework Agreement on Investment, *JWIT*, Vol. 4, Nr. 6, 2003, pag. 1011 y ss.

Motta Veiga, Pedro da: Foreign Direct Investment in Brazil: regulation, flows and contribution to development, *iisd*, Mayo 2004. Para su consulta en: http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_country_report_brazil.pdf

Muse, Robert L., "The Nationality of Claims Principle of Public International Law and the Helms-Burton Act", *Hastings International & Comparative Law Review*, 1996-1997, pag. 777 y ss.

N

Naciones Unidas. Corte Internacional de Justicia, *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991*, Nueva York/Ginebra, 1992.

Nassar, Nagla: Internationalization of State Contracts: ICSID, The Last Citadel, 14 *Journal of International Arbitration* 1997, pag. 185.

Neumayer, Eric/**Spess**, Laura, "Do bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?", *London School of Economics and Political Science, World Development*, Vol. 33, No. 10, Reino Unido, 2005, pags. 1567-1585.

O

OECD, "Draft Convention on the Protection of foreign Property", Paris, 1967.

_____, "Drafting Group No. 1 on Selected Topics Concerning Investment Protection. Report of the Drafting Group Concerning the Protection of Investor Rights Arising from other Agreements", *DAFFE/MAI/DG1(96)1/REV1*, 18 de marzo de 1996.

_____, "Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law", *Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Working Papers on International Investment*, *OECD*, no. 4, Washington, 2004, <http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf>, mayo 2010.

_____, "Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements", *Working Papers on International Investment* Number 2006/3, octubre 2006, Paris, Francia.

_____, "Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law", *Working Papers on International Investment*, no. 2004/2, septiembre 2004.

_____, "Resolution of the Council on the Draft Convention on the Protection of Foreign Property", adoptado por el Council en su 15a. reunión el 12 de octubre de 1967, Paris, 1967.

_____, *The Multilateral Agreement on Investment. Draft consolidated text*, *OECD*, *DAFFE/MAI(98)7/REV1*, 22 de abril de 1998.

_____, *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, *OECD Publishing*, 2011, <http://www.oecd.org/dataoecd/43/29/48004323.pdf>, noviembre 2011.

Operti Badan, Didier, "Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR", *Lexis Nexis Online*, Argentina, Lexis No. 0003/000044, JA 1999-III.843.

Oppenheim, L., *Tratado de Derecho Internacional Público*, Bosch, Barcelona, 1961.

Oppenheim's International Law, **Jennings**, Robert/**Watts**, Arthur (eds.), 9a. ed., 1996.

Orlu Nmehielle, Vicent O., "Enforcing Arbitration Awards under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention)", *Annual survey of international & comparative law*, tomo 7, 1, 2001, pag. 21 y ss.

P

Pallares, **Francesc**, "Las políticas públicas: El sistema político en acción", *Revista de*

Estudios Políticos (nueva época), no. 62, Madrid, 1988, pags. 141-162.

Parra, Antonio, "Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment", *ICSID Review-FILJ*, vol. 12, 1997.

_____, Zu Regelungen über die Streitbeilegung in bilateralen Investitionsschutzabkommen *ICSID Rev. FILJ* 1997, pag. 287 y ss.

Pascual Vives, Francisco José, "El arbitraje de inversiones en los recientes APPRI españoles", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, no. 18, 2009, http://www.reei.org/reei18/doc/Articulo_PASCUAL_FranciscoJose.pdf, junio 2010.

Pearce, Clyde C./ COE, Jack, "Arbitration Under NAFTA Chapter Eleven: Some Pragmatic Reflections upon the First Case Filed Against Mexico", *HeinOnline – 23 Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 311 (1999-2000), pag. 311-344.

Pengelly, Nicholas, "*Albon vs. Naza Motor Trading*: Necessity for a Court to find that there is an Arbitration Agreement Before Determining that it is Null and Void", *Arbitration International*, vol. 24, Nr. 1, LCIA, 2008, pag. 171 y ss.

Perera, Srilal M., "State Responsibility. Ascertaining the Liability of States in Foreign Investment Disputes", *JWIT*, vol. 6, Nr. 4, August 2005, pag. 499 y ss.

Perezcano, Hugo: Has the Proliferation of BITs Gone Too Far? Is it Now Time for a Multilateral Investment Treaty?, *JWIT*, Vol. 5, Nr. 1, February 2004, pag. 101 y ss.

Peters, *American Public Policy*, Franklin Wats Pubs, Nueva York, 1982, en **Pallares, Francisc**, "Las políticas públicas: El sistema político en acción", *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), no. 62, Madrid, 1988, pags. 142-143.

Peterson, Eric, *Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making*, International Institute for Sustainable Development (iisd), Canadá, noviembre 2004.

Pinsole, Philippe, "Jurisdictional Review of ICSID Awards", *JWIT*, Vol. 5, Nr. 4, August 2004, pag. 613 y ss.

Prieß/Berrisch, *WTO-Handbuch. World Trade Organisation*, C. H. Beck, Munich, 2003.

Provost, René, *State Responsibility in International Law*, Wiltshire, 2002.

R

Rábago Dorbecker, Miguel, *Derecho de la Inversión Extranjera en México*, Porrúa México, Universidad Iberoamericana, México, 2004.

Radi, Yannick, "The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse', *EJIL*, no. 18, 2007, 757-774.

Ranjan, Prabhash, "International Investment Agreements and Regulatory Discretion: Case Study of India", *JWIT*, vol. 9, Nr. 2, abril 2008, pags. 209-240.

Redfern, Alan/Hunter, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Thomson Sweet & Maxwell, 1999.

Reed, Lucy/ **Paulsson**, Jan/ **Blackaby**, Nigel, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2004.

Reinisch, August, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Reino Unido, 2009.

Roberts, Anthea, "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The dual role of States", *The American Journal of International Law*, vol. 104, 2010, pages. 179-225.

Rodríguez Jiménez, Sonia, "¿Violaciones contractuales o convencionales? La tendencia en los tribunales arbitrales CIADI", *Estudios sobre contratación internacional*, Universidad Carlos III, Colex, Madrid, 2006, pp. 573-596.

_____, "El arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en Latinoamérica. Nuevas Tendencias: México, Argentina, Ecuador y Bolivia", en Mendez Silva, Ricardo (coord.), *Contratación y Arbitraje Internacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010, pages. 423-483.

_____, *El Sistema Arbitral del CIADI*, Porrúa/Universidad Iberoamericana/Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

Rojas Amandi, Víctor, "la interpretación del derecho de la Unión Europea", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 32, Sección de Previa, México, 2002, pag. 491-507.

Rubins, Noah D., "Investment Arbitration in Brazil", *JWIT*, Vol. 4, Nr. 6, 2003, pag. 1071 y ss.

S

Sacerdoti, Giorgio, "Has the Proliferation of BITs Gone Too Far? Is it Now Time for a Multilateral Investment Treaty?", *JWIT*, Vol. 5, Nr. 1, 2004, pag. 97 y ss.

_____, "Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards", *ICSID Review*, vol. 19, Num. 1, 2004, pag. 1 y ss.

Sampliner, Gary H., "Arbitration of Expropriation Cases under U.S. Investment Treaties – A threat to Democracy or the Dog That Didn't Bark?", *ICSID Review, FILJ*, vol. 18, num. 1, 2003, pag. 1 y ss.

Sanders, Pieter, "Commentary on UNCITRAL Arbitration Rules", *II YBCA* 172 (1977).

Santiago Tawil, Guido: Arbitration in Latin America – Current Trends and Recent Developments, *IDR*, Alemania, num. 1, 2004, pag. 15 y ss.

Sauvant, Karl P./Sachs, Lisa, eds. *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford University Press, Reino Unido, 2009.

Savarese, Eduardo, "BIT Clauses Bearing on the Ratione Temporis Jurisdiction of ICSID Tribunals. A Survey on the Constituent Elements of Investor-State Legal Disputes under BITs", *JWIT*, vol. 10, nr. 4, agosto 2004, pages. 601-616.

Schill, Stephan W., "Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses", *Berkeley Journal of International Law (BJIL)*, vol. 27, nr. 2, septiembre 2009, pag. 496-569.

Schreuer, Christoph H., "Commentary on the ICSID Convention", 12 ICSID Rev-FIJI 365 (1997).

_____, "Interpretation of Treaties by Domestic Courts, *BYIL*, no. 45, 1971.

_____, "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*, Cameron May, Great Britain, 2005.

_____, "Travelling the BIT Route—Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", *JWIT*, Vol. 5, Nr. 2, April 2004, pag. 231 y ss.

_____, "Calvo's Grandchildren or The Return of Local Remedies in Investment Arbitration", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Koninklijke Brill NV, Países Bajos, 2005, pag. 1-17.

_____, *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2001.

_____, "Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration", *TDM*, vol. 3, issue no. 2, abril 2006.

Schwarzenberger, Georg, *International Law as Applied by International Court and Tribunals*, Stevens & Sons, Londres, 1945.

Seidl-Hohenveldern, Ignaz, *International Economic Law*, 3ra. ed., Haya/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1999.

Siehr, Kurt, *Internationales Privatrecht: Deutsches und Europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis*, F.C. Müller, Heidelberg, 2001.

Sinclair, Anthony C.: "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, Vol. 20, Nr. 4, 2004, pag. 411 y ss.

Soranajah, M. "State responsibility and bilateral investment treaties", *Journal of World Trade Law*, No. 20, 1986, pags. 79-98.

_____, *The International Law on Foreign Investment*, 2da. Ed., Cambridge University Press, Reino Unido, 2004.

_____, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2000.

Spiermann, Ole, "Individual Rights, State Interest and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties", *Arbitration International*, LCIA, Vol. 20, No. 2, London, 2004, pag. 179-212.

Steel Hector Davis LL.P.: El arbitraje en el Mundo de las instituciones Financieras: La Perspectiva Latinoamericana, XXIII Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario, San Salvador, el Salvador, 5 al 7 de Mayo de 2004.

Suarez Anzorena, Carlos Ignacio: *Vivendi v. Argentina: on the Admissibility of Request for Partial Annulment and the Ground of a Manifest Excess of Powers in: Annulment of ICSID Awards*, IAI International Arbitration Series No. 1, Washington, D.C., 2004.

T

Tams, Christian J., "An Appealing Option? The Debate About an ICSID Appellate Structure", *Essays in Transnational Economic Law*, no. 57, Institut für Wirtschaftsrecht Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht. Juristische Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Halle-Wittenberg, junio 2006, www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/Heft57.pdf, mayo 2010.

Theodorou, Heleni, "Verhandlungen über ein Multilaterales Investitionsabkommen im Rahmen der OECD", *Investitionsschutzverträge vor Schiedsgerichten*, Berlin, 2001, pag. 488 y ss

TLCAN. Comisión de Libre Comercio del TLCAN, *Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11*. 31 de julio de 2001, http://www.economia.gob.mx/?P=5500_5502, mayo 2010.

Tobin, Jennifer/ **Rose-Ackermann**, Susan, "Bilateral Investment Treaties: Do they stimulate Foreign Direct Investment?", Yale Law & Economics, Research Paper No. 293, 2 mayo 2005. Para su consulta electrónica en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=557121.

Torres del Moral, Antonio, "Interpretación Teleológica de la Constitución", *Revista de Derecho Político*, UNED, num. 63, Madrid, 2005, pags. 9-40, <http://e-spacio.uned.es/fez/view.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-2005-63-FD102EAB>, mayo 2010.

Tsatsos, Aristides, "ICSID Jurisprudence: Between Homogeneity and Heterogeneity A Call for Appeal?", *Transnational Dispute Management*, vol. 6, issue 1, marzo 2009.

_____, *Die Rechtsprechung der ICSID-Schiedsgerichte: Zwischen Homogenität und Heterogenität (Die Debatte über die Schaffung einer ICSID-Berufungsinstanz)*, juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Alemania, 2008.

U

UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2000. Para su consulta electrónica en: <http://www.unctad.org/en/docs/poiteiad2.en.pdf>.

_____, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2007. Para su consulta electrónica en: http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf.

_____, *Contratos de Estado*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2004, colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión, p.

_____, *Development implications of international investment agreements. IIA Monitor No. 2 (2007)*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2007, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, p.

_____, *Dispute Settlement: International Centre for Settlement of Investment Disputes. 2.2 Selecting the Appropriate Forum*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2003.

_____, *Dispute Settlement: Investor-State*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2003.

_____, *Dispute Settlement: State-State*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2003.

_____, *Fair and Equitable Treatment*. UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 1999.

_____, *International Investment Instruments: A Compendium*, New York/Geneva, 1996, Volume I.

_____, *International Investment Instruments: A Compendium*, New York/Geneva, 1996, Volume II.

_____, *Lessons from the MAI*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 1999.

_____, *Most Favoured Nation Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1999.

_____, *Most-Favoured-Nation Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2010.

_____, *National Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 1999. También citado como UNCTAD 1999b.

_____, *Progress Report: Implementation of Post-Doha technical Assistance work in the area of investment*. Report by the UNCTAD Secretariat, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2003.

_____, *Trends in International Investment Agreements: an Overview*. UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1999.

_____, *World Investment Report 1996 – Investment, Trade and International Policy Arrangements*, New York/Geneva, 1996.

_____, *World Investment Report 2009. Transnational Corporations, Agricultural Production and Development*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009.

_____, *World Investment Report 2011. Non-Equity Modes of International Production and Development*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2011.

_____, *Informe sobre las inversiones en el mundo. Las empresas transnacionales y el desafío de las infraestructuras*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2008.

_____, *Prospects for FDI Flows, TNC Strategies and Policy Developments, 2004-2007*, Nueva York, Ginebra, mayo 2004.

_____, *World Investment Report 2004. The Shift Towards Services*, New York/Ginebra, 2004.

United Nations. International Law Commission, “Decisions of national courts relating to the most-favoured-nation clause”, *YBILC*, vol. II, A/CN.4/269, 1973, pag. 117-153.

_____, “Final Draft Articles on Most Favored Nation Clauses”, *YBILC*, vol. II, parte 2, 30th session, 1978.

_____, “First Report on the Most-Favored Nation-Clause”, *YBILC*, vol. II, 1969, pag. 157 y ss.

_____, “*Most-Favored-Nation Clause. Report of the Working Group*”, A/CN.4/L.719, Ginebra, 20. Julio 2007.

_____, “The Most-Favoured-Nation Clause (with commentaries)”, *YBILC*, vol. II, part two, 1978, pags. 8-73.

_____, Draft articles on the Law of Treaties with commentaries, *YBILC*, vol. II 1966, pag. 187-274.

V

Vega Cánovas/Posadas Urtusuástegui, “El Capítulo 11 del TLCAN. Protección a la inversión extranjera”, en *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación jurídica: Diez años después*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005, págs. 125-158.

Vega Cánovas/Posadas/Winham/Mayer, *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM/El Colegio de México, México, 2005.

Velluzzi, Vito, “Interpretación sistemática: ¿Un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, no. 21, vol. 1, Universidad de Alicante. Área de Filosofía del Derecho, Alicante, 1998, pags. 65-82.

Vives Chillida, Julio A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Mc Graw Hill, Madrid *et al.*, 1998.

Von Moltke, Konrad, *A Model International Investment Agreement for the Promotion of Sustainable Development*, International Institute for Sustainable Development (iisd), Canadá, noviembre 2004.

Von Wobeser, Claus, “el régimen legal de la inversión extranjera en el TLCAN y sus efectos en los flujos de capital hacia México”, en **Leycegui/Fernández de Castro** (coords.), *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, ITAM/Miguel Ángel Porrúa, México, 2000, págs. 225-280.

W

Wackernagel, Clemens, “Das Verhältnis von treaty und contract claims in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit”, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, cuaderno 82, Wittenberg, enero 2009, 38 pags.

Wälde, Thomas, “Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration-Controversial Issues”, *JWIT*, Vol. 5, Nr. 3, June 2004, pag. 373 y ss.

_____, “Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Selected Key Issues based on Recent Litigation Experience”, *Arbitrating Foreign Investment Disputes - Procedural and Substantive Legal Aspects*, Studies in Transnational Economic Law, vol. 18, The Hague, 2004, pag. 193 y ss.

_____, “The “Umbrella” Clause in Investment Arbitration – A Comment on Original Intentions and Recent Cases”, en *JWIT*, Vol. 6 Nr. 2, abril 2005, pag. 183 y ss.

_____, “The „Umbrella“(or Sancity of Contract/Pacta sunt servanda) Clause in Investment Arbitration: A Comment on the SGS v. Pakistan”, Jurisdictional Decision of August 6, 2003, CEPMLP/Dundee.

Weiler, Todd (Ed.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, Gran Bretaña, 2005.

Weiler, Todd (Ed.): *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, New York, 2004.

Wendlandt, Matthew, “SGS v. Philippines and the Role of ICSID Tribunals in Investor-State Contract Disputes”, *Texas International Law Journal*, vol. 43, no. 3, Texas, 2008, pags. 523-556.

Werner, Jacques, “Some Comments on the NAFTA Chapter 11 Case ADF Group Inc. and United States of America”, *JWIT*, Vol. 4, Nr. 1, 2003, pag. 113 y ss.

Wisner, Robert/**Gallus**, Nick: Nationality Requirements in Investor-State Arbitration, *JWIT*, Vol. 5, Nr. 6, December 2004, pag. 927 y ss.

Wiwen-Nilson, Tore: How to Avoid Conflicting Awards. The Lauder and CME Cases, *JWIT*, Vol. 5, Nr. 1, February 2004, pag. 37 y ss.

Wolfgram, Susann, *Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nach dem Vertrag über die Energiecharta*, serie Europäisches und internationales Integrationsrecht, Lit., Band 3, Alemania, 2001.

Y

Yannaca-Small, K. “Improving the System of Investor – State Dispute Settlement: An Overview”, OCDE Working Papers on International Investment, 2006.

Z

Ziegler, Andreas, “The Nascent International Law on Most Favoured-Nation (MFN) clauses in Bilateral Investment Treaties (BITs), *European Yearbook of International Economic Law 2010*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2010, pags. 77 y ss.