

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMO CAUCE DE PROTECCIÓN DE LOS INVERSORES EXTRANJEROS EN LOS APPRIS

JAVIER DíEZ-HOCHLEITNER

*Catedrático de Derecho Internacional Público
Abogado (*)*

1 · INTRODUCCIÓN

La expansión de las inversiones extranjeras en las últimas décadas se ha producido al tiempo que se desarrollaba un nuevo marco para su protección jurídica: me refiero a la celebración de los acuerdos bilaterales de promoción y protección recíprocas de las inversiones (los "APPRIs"), objeto de un artículo previo en esta revista¹.

De los más de dos mil doscientos APPRIs vigentes en la actualidad² (el primero, entre la RF de Alemania y Paquistán, data de 1959), sólo trescientos son anteriores a 1987³. España celebró su primer APPRI

con Marruecos y cuenta en la actualidad con una red convencional que alcanza a 65 Estados⁴, de los cuales 17 países latinoamericanos⁵ (entre los que no figura Brasil).

Este complejo entramado convencional no ha podido ser sustituido hasta la fecha por un tratado multilateral sobre protección de inversiones. Los esfuerzos desplegados por la OCDE —bajo cuyos auspicios se celebraron entre 1995 y 1998 negociaciones para la celebración de un Acuerdo Multilateral de Inversores (AMI)⁶— han resultado hasta la fecha infructuosos. No obstante, existen algunos tratados multilaterales —entre los que cabe destacar el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) o el Tratado sobre la Cata de la Energía⁷— que contienen disposiciones análogas a las de los APPRIs. Por otra parte, no ha de olvidarse la existencia de otros instrumentos multilaterales (el GATS en el ámbito de la OMC, el Código de liberalización de los movimien-

⁴ Más el acuerdo con Guinea Ecuatorial, que es objeto de aplicación provisional; datos a 11.5.2005 (véase la relación de APPRIs celebrados por España —con referencias al BOE— en <http://www.mcx.es/polco/>).

⁵ Acuerdos celebrados con Argentina (1991), Bolivia (2001), Chile (1991), Costa Rica (1997), Cuba (1994), Ecuador (1996), El Salvador (1995), Guatemala (2002), Honduras (1994), México (1995), Nicaragua (1994), Panamá (1997), Paraguay (1993), Perú (1994), República Dominicana (1995), Uruguay (1992) y Venezuela (1995); para mayor información, véase la dirección de Internet cit. en nota anterior.

⁶ Véase G. Sacerdoti, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *R. des C.*, vol. 269, 1997, págs. 251 ss. (especialmente págs. 292 ss.). Los principales documentos de negociación del AMI se encuentran en www.oecd.org/daf/mai/.

⁷ Capítulo XI del Tratado NAFTA, firmado en Ciudad de México, Ottawa y Washington D.C. entre los días 8 y 17.12.1992 (www.nafta-sec-alena.org/), y Parte III del Tratado sobre la Carta de la Energía, firmada en Lisboa el 17.12.1984 (BOE de 17.5.1995).

* Versión extractada del trabajo "Protección diplomática y arbitraje de inversiones", en *Libro homenaje al Profesor Pastor Ridruejo* (en prensa).

¹ Véase J. Illescas, "Los tratados de protección de inversiones y su utilidad para los inversores españoles en Latinoamérica", *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 5, 2003, págs. 83-93.

² Dato tomado de "Relations entre les accords internationaux sur l'investissement", OCDE, *Documents de travail sur l'investissement international*, núm. 2004/1 (disponible en www.oecd.org/).

³ Dato tomado del sitio de Internet de CIADI, en el que se puede consultar una relación (incompleta) de APPRIs, por orden cronológico y por Estados partes (www.worldbank.org/icsidl/).

tos de capital en el ámbito de la OCDE, etc.), así como ciertos tratados de integración regional (en particular, el Tratado CE)⁸, relevantes en la materia.

Como es sabido, los APPRIs se configuran como acuerdos de promoción de las inversiones de los nacionales de cada parte en el territorio de la otra parte mediante la asunción no sólo de la obligación de admitir las inversiones realizadas de conformidad con su propia legislación sino, sobre todo, de asegurarles un determinado estándar de protección⁹. El estándar de protección que ofrecen los APPRIs es bastante similar¹⁰. Las partes se obligan normalmente a otorgar a los inversores o inversiones procedentes de la otra parte: un trato justo y equitativo, el tratamiento que reciben las inversiones nacionales (trato nacional), una indemnización efectiva y adecuada en caso de expropiación directa o indirecta, la libre transferencia de las rentas obtenidas. Además, la inserción en todos ellos de cláusulas de la nación más favorecida ha traído aparejada una cierta multilateralización del régimen de protección que dispensan¹¹.

Pero la piedra angular del régimen de protección que ofrecen los APPRIs se encuentra en la internacionalización de los mecanismos de solución de las controversias entre el inversor extranjero y el Estado huésped de la inversión en relación con el incumplimiento por este último de las obligaciones asumidas. Estos mecanismos incluyen la posibilidad de que el inversor acuda al arbitraje internacional, incluido normalmente el arbitraje administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creado por el Convenio de Washington de 1965¹².

⁸ Sobre las relaciones entre los APPRIs y los demás tratados internacionales en materia de inversiones, véase "Relations entre les accords internationaux...", OCDE, cit. (pág. 2).

⁹ Para un análisis completo y comparado de los APPRIs, véase la siguiente obra (de referencia obligada): R. Dolzer y M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Dordrecht, 1995; también resultan de algún interés los informes de la UNCTAD, publicados en su *Series on issues in international investment agreements*, en particular, "Trends in International Investment Agreements: An Overview", 1999 (págs. 44 ss.) (disponibles en www.unctad.org/).

¹⁰ Los APPRIs celebrados hasta la fecha siguen básicamente dos modelos: el modelo europeo, basado en el proyecto de Convenio Abs-Shawcross adoptado en 1962 por la OCDE, y el modelo norteamericano (hoy en vías de revisión; véase *infra*); UNCTAD, "Trends in International...", cit.

¹¹ Véase epígrafe 3 de este trabajo.

¹² En relación con el Convenio CIADI, véase la célebre obra de C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2001 (que lleva a cabo un análisis artículo por artículo de su texto) y, en la doctrina española, la excelente monografía de J.A. Vives Chillida, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, 1998. Véase también la revista *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*.

Consecuentemente, la protección del inversor frente al Estado de inversión no va a depender ya de la voluntad del Estado de su nacionalidad de ejercer o no la *protección diplomática*.

El presente trabajo se circunscribe al estudio de algunas de las cuestiones que suscitan en la práctica las disposiciones de los APPRIs en materia de arbitraje entre Estados de inversión e inversores extranjeros, partiendo fundamentalmente —aunque no sólo— del análisis de la *jurisprudencia arbitral* y de los APPRIs celebrados por España con países de América Latina.

2 · EL DERECHO DEL INVERSOR EXTRANJERO A ACUDIR AL ARBITRAJE

2.1 · Variedad de disposiciones sobre arreglo de controversias

Las disposiciones sobre arreglo de controversias entre el Estado de inversión y los inversores del otro Estado parte presentan variaciones significativas entre unos APPRIs y otros. Sin embargo, la mayor parte de los acuerdos examinados responden a dos modelos determinados. Con arreglo al primer modelo (el más extendido), transcurrido un determinado plazo durante el cual debe intentar un arreglo amistoso con el Estado huésped, el inversor se encuentra con dos posibilidades excluyentes entre sí (se conoce por ello como modelo *fork-in-the-road*): acudir a los tribunales internos de aquél o al arbitraje internacional. En el segundo modelo, expirado el plazo en el que debe procurar un arreglo amistoso con el Estado (y a menos que haya alcanzado un acuerdo en contrario con éste), el inversor debe someter primero la controversia a los tribunales nacionales, pudiendo acudir al arbitraje internacional si, transcurrido un determinado período de tiempo, no hubieran dictado sentencia o no hubieran atendido sus pretensiones.

Los acuerdos celebrados por España con Bolivia, Chile, Cuba, El Salvador, Honduras, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela responden al primer modelo. En cambio, en los acuerdos de España con Argentina y Uruguay se prevé que, a menos que las partes en la controversia convengan en someter la controversia al arbitraje, el inversor no podrá acudir a él hasta transcurridos dieciocho meses desde que se inició el proceso judicial interno (pudiendo reclamar arbitralmente tanto si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído una decisión sobre el fondo como si, habiendo recaído, subsistiera la controversia entre las partes).

Los APPRIs con Costa Rica, Ecuador y República Dominicana presentan, por su parte, particularidades propias¹³.

En otro orden de consideraciones, los APPRIs suelen ofrecer a los inversores extranjeros la posibilidad de elegir entre varias reglas e instituciones arbitrales.

La mayor parte de los APPRIs celebrados por España con países latinoamericanos permiten al inversor elegir entre las reglas del arbitraje UNCITRAL y las del Convenio del CIADI. Es el caso de los acuerdos con Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá, Perú y Venezuela. Casi todos ellos (excepción hecha de los acuerdos con Ecuador, El Salvador y Panamá) aluden igualmente a las reglas del *Mecanismo complementario* del CIADI para el supuesto de que una de las partes no fuera parte en el Convenio de Washington¹⁴, supuesto que, a día de hoy, no se da respecto de ninguno de estos acuerdos. La referencia a las reglas del *Mecanismo complementario* en el acuerdo con México —junto al arbitraje UNCITRAL, CIADI y del Tratado NAFTA— tiene, en cambio, plena virtualidad, pues este país no es parte en el Convenio.

Otros APPRIs celebrados por España con países latinoamericanos ofrecen variantes propias. Así, los

acuerdos celebrados con Honduras, Nicaragua y Paraguay permiten al inversor elegir entre el arbitraje UNCITRAL, CIADI o de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Por su parte, el acuerdo con Cuba restringe la elección al arbitraje UNCITRAL y CCI, en tanto que el celebrado con la República Dominicana sólo permite acudir al arbitraje UNCITRAL (Cuba y República Dominicana no son partes en el Convenio del CIADI).

Especial mención merecen los acuerdos con Argentina y Uruguay, pues en ellos se prevé que, en caso de controversia, las partes acuerden someterla a las reglas de arbitraje UNCITRAL o del Convenio CIADI (u otras), disponiendo que, a falta de acuerdo, se apliquen las reglas del Convenio CIADI (a menos que las partes en el APPRI no fueran partes en el Convenio —a día de hoy lo son—, en cuyo caso se debería acudir al arbitraje UNCITRAL).

Los APPRIs ponen pues a disposición del inversor extranjero un mecanismo internacional de protección que, como demuestra la práctica, resulta muy eficaz. Un mecanismo cuya puesta en marcha, a diferencia de lo que sucede con la *protección diplomática* (salvo en los raros casos en que el Derecho interno del Estado la configura como un derecho del particular), no depende de la voluntad del Estado de su nacionalidad ni exige el agotamiento de los recursos internos del Estado reclamado (los APPRIs que siguen el modelo *fork-in-the-road* ni siquiera exigen acudir a ellos).

¹³ El art. 11.1 del APPRI con República Dominicana precisa que la obligación de procurar un arreglo amistoso debe entenderse "en la medida de lo posible y sin menoscabo de los procedimientos legales de la Parte Contratante receptora de la inversión", disposición de la que cabe deducir que el recurso a los tribunales internos no constituye una "elección de vías" que excluye el arbitraje; esta misma solución puede considerarse implícita en el Acuerdo con Ecuador.

En cuanto al acuerdo con Costa Rica, si bien el art. XI.2 parece configurar el arbitraje y los tribunales nacionales como vías alternativas y excluyentes entre sí, su apdo. 3 precisa que: "una vez que el inversor haya remitido la controversia a un tribunal arbitral, esta decisión será definitiva. Si el inversor hubiera sometido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, éste podrá, asimismo, recurrir a los tribunales de arbitraje mencionados en el presente artículo, siempre y cuando dicho tribunal nacional no hubiera emitido sentencia. En este último caso el inversor deberá adoptar las medidas que se requieran a fin de desistir definitivamente de la instancia judicial en curso".

¹⁴ El Consejo Administrativo del CIADI adoptó en 1978 el Reglamento del Mecanismo Complementario, autorizando al Secretariado del CIADI a administrar procedimientos de comprobación de hechos así como de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones en las que una de ellas no sea un Estado parte o un nacional de un Estado parte del Convenio de Washington (disponible en www.worldbank.org/icsid/).

2.2 · El convenio arbitral

Llegados a este punto conviene preguntarse dónde se encuentra el *convenio arbitral* que fundamenta el recurso al arbitraje. No cabe entender que nace del correspondiente APPRI, pues los Estados partes en él no pueden, obviamente, prestar el consentimiento al arbitraje en nombre y representación de sus nacionales. El Convenio CIADI es claro a este respecto cuando exige que la jurisdicción del Centro haya sido aceptada por escrito por las dos partes en la controversia (artículo 25.1).

El APPRI tan sólo configura el contenido de posibles convenios arbitrales entre cada uno de los Estados partes y los nacionales de la otra parte (objeto, ley aplicable, etc.) y expresa la voluntad de la parte estatal de quedar vinculados por ellos. Así, pues, el consentimiento del inversor reclamante debe producirse posteriormente. Pero, ¿en qué momento y cómo? Pues bien, debe entenderse que, a menos que el APPRI contenga alguna previsión al

respecto, se presta con la presentación de la solicitud de arbitraje y, por lo tanto, que el convenio arbitral se perfecciona en ese momento¹⁵. Así se desprende de diversas decisiones arbitrales, de las que mencionaremos el reciente laudo sobre jurisdicción adoptado por el Tribunal CIADI, en noviembre de 2004, en el asunto *Salini Costruttori c. Jordania*¹⁶. Hay que descartar, en cambio, la necesidad de que entre el Estado de inversión y el inversor extranjero se haya celebrado un contrato que contenga un convenio arbitral o que alcancen un compromiso arbitral (si así fuera, los APPRIs perderían toda su eficacia)¹⁷.

Distinto sería el caso si fuera el Estado de inversión el que deseara someter su controversia con el inversor extranjero al arbitraje. Esta posibilidad se contempla expresamente, por ejemplo, en los acuerdos celebrados por España con Nicaragua y República Dominicana (también parece desprenderse de los acuerdos con Argentina y Uruguay). Pues bien, a menos que, iniciado el procedimiento de arreglo amistoso previsto en todos ellos, las partes hubieran llegado a un compromiso arbitral (posibilidad que, como vimos, recogen expresamente los APPRIs con Argentina y Uruguay) no entiendo con qué fundamento podría presentar la reclamación arbitral el Estado de inversión. Por lo demás, en la medida que una reclamación *ex* APPRI sólo puede tener por objeto un presunto incumplimiento de las obligaciones que incumben al Estado de inversión en virtud de sus disposiciones, no alcanzo a comprender el interés que, en la práctica, pudiera tener el Estado de inversión en formular la reclamación.

2.3 · Supuestos de inversión a través de sociedades locales

Debe subrayarse que la protección de los APPRIs —y por, ende, el mecanismo de arreglo de controversias previsto en ellos— se extiende a las inver-

siones realizadas a través de una sociedad local. No nos referimos sólo a la protección de los derechos del inversor extranjero en tanto que accionista (derechos sociales, derecho al dividendo, etc.), aspecto que está fuera de discusión. En un trabajo publicado con Cristina Izquierdo Sans¹⁸ sostuvimos que dicha protección alcanza también las medidas que el Estado de inversión pueda adoptar respecto de la sociedad local que resulten contrarias al APPRI —y ello con independencia de que el APPRI lo contemple o no de manera expresa¹⁹—, al menos en los casos en que el inversor extranjero tiene su control efectivo. Nuestra posición se basa en una interpretación de los APPRIs atenta —de acuerdo con el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados— al objeto y fin de estos tratados²⁰, así como en el amplio concepto de inversión que figura en todos ellos²¹.

Son numerosos los pronunciamientos arbitrales que avalan esta posición. Baste citar el reciente el laudo del Tribunal CIADI de 3 de agosto de 2004

¹⁸ “Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRIs celebrados por España con países de Latinoamérica”, *Rev. Electrónica de Estudios Internacionales*, núm 7, 2003 (www.reei.org/reei7/reei.7.htm); también publicado en *Rev. Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2003, págs. 163-197.

¹⁹ Así, por ej., el APPRI España-Venezuela incluye dentro del concepto de inversor (ámbito subjetivo del tratado) a las sociedades “constituidas en una de las Partes contratantes y [que] estén efectivamente controladas por inversores de la otra Parte Contratante” (art. 1.1.b). Por su parte, los APPRIs celebrados por España con Bolivia, Costa Rica, México y Panamá (arts. 1.2) incorporan a las sociedades locales controladas por inversores de las otras partes en la definición de inversión (ámbito objetivo) (el tít. II del Apéndice del acuerdo con México, sobre solución de controversias, precisa que el inversor puede presentar reclamaciones contra el Estado huésped “en representación de una empresa de su propiedad o bajo su control...”). Además, en todos estos APPRIs —con excepción del acuerdo con México— se amplía la protección del inversor frente a cualquier medida de expropiación de activos de una sociedad local en la que participe un inversor extranjero, sin exigir que tenga su control.

Por otra parte, los APPRIs de España con Cuba y El Salvador extienden el ámbito de aplicación de algunos de sus preceptos en favor de dichas sociedades: el acuerdo con Cuba el relativo a la obligación de trato justo y equitativo y el acuerdo con El Salvador la cláusula concerniente a los supuestos de expropiación directa o indirecta (esta última cláusula también aparece en los APPRIs con Bolivia, Costa Rica, Panamá y Venezuela, como ya vimos).

²⁰ Véase a este respecto M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, 1994, pág. 249, y G. Sacerdoti, cit., pág. 313.

²¹ Todos los APPRIs considerados en este trabajo ofrecen una definición omnicompreensiva de inversión (“todo tipo de haberes...”), a la que sigue una relación de bienes a título meramente ejemplificativo.

¹⁵ Así, por ej., el APPRI España-México, al igual que el Tratado TLCAN, exige que el inversor haya notificado al Estado de inversión, por escrito y con 90 días de antelación, su intención de presentar una reclamación arbitral (punto 1 del tít. III del Apéndice sobre solución de controversias entre un Estado parte y un inversor de la otra parte).

¹⁶ As. CIADI ARB/02/13, § 65 (disponible en www.worldbank.org/icsid/).

Véase también laudo del Tribunal CIADI de 21.2.1997 en el asunto *AMT c. Zaire* (as. CIADI ARB/93/1; disponible en *ILM*, vol. 36, 1997).

¹⁷ Véase Schreuer, cit., págs. 210 ss.

en el asunto *Siemens c. Argentina* (decisión sobre jurisdicción)²².

Más polémico puede resultar el supuesto de una reclamación *ex APPRI* formulada por un inversor extranjero que sea accionista minoritario de una sociedad local. No cabe duda de que todo accionista que pueda ser considerado como inversor extranjero de acuerdo con un APPRI goza de *ius standi* para formular una reclamación con fundamento en sus disposiciones, pues todos los acuerdos incluyen en la definición de inversión las acciones en sociedades locales²³. Sin embargo, admitir que el accionista minoritario de una sociedad puede reclamar con fundamento en un APPRI no determina el alcance de la protección que éste le otorga, protección que podría entenderse limitada a sus derechos como accionista.

La cuestión puede venir expresamente resuelta por el propio APPRI²⁴. Si no fuera así, la definición amplia de inversión permite tal vez considerar que el accionista minoritario se encuentra en todo caso protegido frente a los daños sufridos indirectamente, esto es, causados a la sociedad local. Particular mención merece a este respecto la decisión sobre objeciones a la jurisdicción en el asunto *CMS c. Argentina*, dictada por un Tribunal arbitral CIADI el

17 de julio de 2003²⁵. Esta decisión abrió al camino al reciente laudo de 12 de mayo de 2005 por el que se condena a Argentina al pago de una importante compensación económica a CMS en tanto que accionista minoritario de la sociedad argentina “Transportadora de Gas del Norte” por los daños causados a ésta última en violación de la obligación de trato justo y equitativo consagrado en el APPRI Argentina-EE.UU.²⁶. Se trata del primer laudo dictado a resultas de las numerosas reclamaciones arbitrales dirigidas contra Argentina por inversores extranjeros tras las “medidas de emergencia” adoptadas entre 1999 y 2002.

3 · EL POSIBLE JUEGO DE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN RELACIÓN CON LAS DISPOSICIONES DE LOS APPRIS EN MATERIA DE ARREGLO DE CONTROVERSIAS

3.1 · Planteamiento de la cuestión

Como se ha visto en el epígrafe anterior, los mecanismos de arreglo de controversias entre una parte y los inversores de la otra parte previstos en los APPRIs presentan variantes significativas. Así, por ejemplo, mientras que los APPRIs celebrados por España con Argentina y Uruguay no permiten al inversor formular reclamación arbitral hasta que transcurran dieciocho meses desde que se inició el proceso judicial interno, los acuerdos de España con otros países latinoamericanos ofrecen al inversor la posibilidad de acudir directamente al arbitraje. También hemos podido comprobar que no todos estos acuerdos contemplan las mismas reglas e instituciones arbitrales o que, mientras que unos establecen que el plazo durante el cual el inversor debe procurar un arreglo amistoso sea de seis meses, otros lo reducen a tres.

Vistas la divergencias que presentan los APPRIs en esta materia, surge de inmediato la siguiente pregunta: ¿las cláusulas de la nación más favorecida que se incluyen en ellos comprenden las disposiciones en materia de arreglo de controversias? Así, por ejemplo, ¿puede un inversor español recurrir direc-

22 As. CIADI ARB/02/8 (§ 122 ss y 145 ss. (disponible en www.asil.org/ilib/Siemens_Argentina.pdf).

Véanse también los laudos de 21.6.1990 en el asunto *AAPL c. Sri Lanka* (as. CIADI, ARB/87/3; disponible en *ILM*, vol. 30, 1991); de 21.2.1997 en el asunto *AMT c. Zaire* (antes cit.); de 2.9.1998 en el asunto *Antoine Goetz c. Burundi* (as. CIADI ARB/95/3, § 89; disponible en www.worldbank.org/icsid); de 25.1.2000 (excepciones a la jurisdicción) en el asunto *Maffezini c. España* (as. CIADI ARB/97/7; disponible en la Web de *Worl Bank*, cit., y en *ICSID Review*, vol. 16, núm. 1, 2001); y de 13.9.2001 en el asunto *CME c. República Checa* (§ 392 y 591 ss.; disponible en www.asil.org/ilib/ilibo607.htm). Véase también la decisión del Comité *ad hoc* de anulación de 18.6.2002 en el asunto *Compañía de Aguas del Aconquija c. Argentina* (asunto *Vivendi*), § 50 (disponible en la Web de *Worl Bank*, cit., y en *ILM*, vol. 41, 2002).

23 Los APPRIs celebrados por España con países latinoamericanos, al igual que el art. 25 del Convenio CIADI (caso de ser aplicable), no dejan, a nuestro juicio, lugar a dudas a este respecto.

24 Es el caso, por ej., de los acuerdos celebrados por España con Bolivia, Costa Rica, Panamá, Venezuela y el Salvador que, como ya hemos explicado, extienden expresamente su protección frente a cualquier medida de expropiación de activos de una sociedad local en la que participe un inversor extranjero, sin exigir que dicho inversor extranjero tenga el control efectivo de la sociedad; también es el caso del acuerdo hispano-cubano que, por su parte, extiende el derecho a un trato justo y equitativo al inversor extranjero a través de sociedad local, sin exigir tampoco que tenga el control efectivo.

25 As. CIADI ARB/01/8, § 51 ss. del laudo (disponible en *ILM*, vol. 42, 2003).

Véanse asimismo el laudo de 8.12.1998 en el asunto *Lanco International c. Argentina* (as. CIADI 97/6, § 10; *ILM*, vol. 40, 2000) y la decisión de anulación de 18.6.2002 en el asunto *Compañía de Aguas de la Aconquija c. Argentina* (antes cit., § 50).

26 As. CIADI ARB/01/8 (disponible en <http://www.investment-claims.com>).

tamente al arbitraje internacional frente a Argentina con fundamento en el APPRI España-Argentina invocando —en virtud de la cláusula de la nación más favorecida inserta en su artículo IV.2— el APPRI Argentina-Estados Unidos de 1991, cuyo artículo VII no exige plantear previamente la controversia ante los tribunales del Estado de inversión?

La respuesta (en sentido positivo o negativo) puede venir dada por el propio APPRI. Así, por ejemplo, el APPRI Albania-Reino Unido dispone expresamente la aplicabilidad de la cláusula de la nación más favorecida a las disposiciones sobre solución de controversias. Recuérdese a este respecto que, de acuerdo con el artículo 9.1 del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (“CDI”) de 1978 sobre la cláusula de la nación más favorecida:

“Under a most-favoured-nation clause the beneficiary State acquires, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, only those rights which fall within the limits of the subject-matter of the clause”.

3.2 · El asunto *Maffezini c. España*

En el asunto *Maffezini c. España* la parte demandante invocó, con fundamento en la cláusula de la nación más favorecida contenida en el APPRI España-Argentina, las ventajas que Argentina otorga a los inversores chilenos en virtud del APPRI España-Chile. Pretendía con ello que no le fuera oponible la previsión del primer acuerdo —anteriormente referida— según la cual el inversor extranjero debe someter la controversia a los tribunales del Estado de inversión, no pudiendo presentar reclamación arbitral hasta transcurrido dieciocho meses (el artículo 10.2 del APPRI España-Chile permite al inversor optar entre los tribunales nacionales o el arbitraje internacional —modelo *fork-in-the-road*—). Frente a ello, España alegó el principio *ejusdem generis*, consagrado en el artículo 9 del Proyecto de la CDI, argumentando que las “materias” a que alude la cláusula de la nación más favorecida del APPRI España-Argentina “sólo pueden entenderse como referidas a materias de fondo o aspectos sustantivos del tratamiento otorgado a los inversores y no a cuestiones de procedimiento o de jurisdicción”.

Conviene recordar que el artículo III.2 del acuerdo hispano-argentino dispone 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 el laudo 25 de enero de 2000 sobre excepciones a la jurisdicción pronunciado en el asunto *Maffezini*, el Tribunal arbitral CIADI entendió que, al no contener la cláusula de la nación más favorecida del APPRI España-Argentina una mención expresa a las disposiciones sobre arreglo de controversias, era 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 [...]”²⁷. Y así, tras analizar la posición de España y de Argentina durante la negociación del APPRI (“en el momento de negociar el Acuerdo, Argentina todavía procuraba exigir alguna forma de agotamiento previo de recursos internos, mientras que España apoyaba la política de un derecho de sometimiento directo al arbitraje”), así como otros APPRIs celebrados por España (la mayoría de los celebrados por España siguen el modelo *fork-in-the-road*) y por Argentina (“Argentina abandonó más tarde su política anterior y, al igual que España y Chile, aceptó las disposiciones de los tratados que contemplaban el sometimiento directo de las controversias al arbitraje”), el Tribunal concluyó que:

*“A la luz de las consideraciones expuestas, el Tribunal es de la opinión que [...] la cláusula de la nación más favorecida incluida en el ABI Argentina-España comprende las disposiciones sobre solución de controversias de este tratado. Por consiguiente, sobre la base de los arreglos más favorables contenidos en el ABI Chile-España y la política jurídica adoptada por España respecto del tratamiento de sus propios inversores en el extranjero, el Tribunal concluye que el Demandante tiene derecho a someter la controversia actual al arbitraje sin presentarla previamente ante los tribunales españoles.”*²⁸

El laudo *Maffezini* encuentra un antecedente en el laudo de 1956 en el asunto *Ambatielos*, en el que la Comisión Arbitral sostuvo, en relación con la cláusula de la nación más favorecida contenida en el Tratado de Comercio y Navegación de 1886 entre Grecia y el Reino Unido, que:

“It is true that the ‘administration of justice’, when viewed in isolation is a subject-matter other than ‘commerce and navigation’, but it is not necessarily so when it is viewed in connection with the protection of the rights of traders. Protection of the rights

²⁷ Laudo cit., § 53.

²⁸ § 57 y 64.

of traders naturally finds a place among the matters dealt with by Treaties of commerce and navigation. Therefore it cannot be said the administration of justice, in so far as it is concerned with the protection of these rights, must necessarily be excluded from the application of the most-favoured-nation clause, when the latter includes 'all matters relating to commerce and navigation'."²⁹

3.3 · La aplicabilidad de la *jurisprudencia Maffezini* a otros casos

Ninguno de los demás APPRI celebrados por España con países latinoamericanos formula la cláusula de la nación más favorecida en los mismos términos que el acuerdo hispano-argentino³⁰. La mayoría de ellos dispone que el tratamiento "no será menos favorable que el otorgado por cada parte contratante a las inversiones realizadas en su territorio por inversionistas de un tercer país que goce del tratamiento de nación más favorecida"³¹. Se trata ciertamente de una formulación más restrictiva que la del APPRI España-Argentina. Sin embargo, los mismos argumentos esgrimidos en el laudo *Maffezini* permitirían en principio sostener la extensión de su ámbito de aplicación a las disposiciones sobre arreglo de controversias. Así lo ha entendido el Tribunal arbitral CIADI en su laudo de 3 de agosto de 2004 en el asunto *Siemens c. Argentina* (decisión sobre jurisdicción). En efecto, tras analizar la cláusula de la nación más favorecida contenida en el APPRI Argentina-Alemania —redactada en términos análogos a los que hemos transcrito— aplica la misma

solución que el laudo *Maffezini* (al que se refiere abundantemente)³².

Ahora bien, la aplicación de la *jurisprudencia Maffezini* a otros casos requiere un análisis pormenorizado de las circunstancias de celebración del APPRI considerado. Así lo entienden los árbitros que dictaron el laudo sobre excepciones a la jurisdicción en dicho asunto. En efecto, en él se advierte 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"³³.

El laudo ofrece, a título ilustrativo, algunos ejemplos en los que, a juicio de los árbitros, la cláusula de la nación más favorecida no operaría por estar en juego "consideraciones de política pública":

*"En primer lugar, si una parte contratante ha condicionado su consentimiento para el arbitraje al agotamiento de los recursos internos [...] no podría prescindirse de esta exigencia invocando la cláusula de la nación más favorecida [...], debido a que la condición estipulada refleja una regla fundamental de derecho internacional. 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, esta estipulación no puede ignorarse mediante la invocación de la cláusula. Esta consideración es imperativa cuando se considera que de otro modo se alteraría el carácter definitivo de los arreglos pactados que muchos países estiman importantes como cuestión de política pública. En tercer lugar, si el acuerdo escoge un mecanismo determinado para el arbitraje, como por ejemplo el CIADI, esta opción no se puede cambiar invocando la cláusula, buscando someter la controversia a un sistema distinto de arbitraje. Finalmente, si las partes han acordado someterse a un sistema de arbitraje altamente institucionalizado que incorpore reglas de procedimiento precisas, como sucede, por ejemplo, con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y mecanismos similares, es claro que ninguno de ellos podría ser alterado mediante la aplicación de la cláusula pues estas disposiciones denotan la voluntad precisa de las partes contratantes."*³⁴

²⁹ Laudo de 6.3.1956, Naciones Unidas, *Reports of International Awards*, vol. XII, págs. 83-153 (en pág. 107).

Debe no obstante tenerse en cuenta, por una parte, que Grecia invocaba las disposiciones contenidas en otros tratados celebrados por el Reino Unido en relación con la presunta denegación de justicia sufrida por *Ambatielos* (disposiciones de carácter sustantivo y no procesal) y, por otra, que la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 19.5.1953 declarando que la controversia debía ser sometida al arbitraje se acompañó de una opinión disidente que, en relación con las consideraciones hechas por la Corte respecto del juego de la cláusula de la nación más favorecida contenida en el tratado Grecia-Reino Unido, descartaba su aplicación a las cuestiones relacionadas con la administración de justicia (sentencia en el asunto *Ambatielos* —fondo—, *ICJ Reports* 1953, pág. 34).

³⁰ Véase la redacción dada a otros APPRI en "Most-Favoured Nation Treatment in International Investment", OCDE, septiembre 2004, págs. 3 ss. (disponible www.oecd.org/).

³¹ Esta es la redacción que encontramos en los acuerdos con Ecuador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay; en términos similares se expresan los acuerdos con Costa Rica, Chile, Cuba El Salvador, Méjico, Panamá y Venezuela.

³² Laudo cit., § 79 ss.

³³ Laudo cit., § 62.

³⁴ § 63.

Consecuentemente, la solución *Maffezini* debe ser considerada con cautela en otros casos. De hecho, al menos en dos laudos posteriores dictados por tribunales CIADI no ha sido considerada aplicable. Así, en el laudo de 29 de mayo de 2003 en el asunto *TECMED c. México* el Tribunal descartó el posible juego de la cláusula de la nación más favorecida contenida en el APPRI España-México respecto de determinadas disposiciones (muy detalladas) de su Apéndice sobre arreglo de controversias³⁵ por cuanto:

“[...] the Arbitral Tribunal is of the view that Title(4) and (5) of the Appendix of the Agreement contains requirements relating to the substantive admissibility of claims by the foreign investor, i.e. its access to the substantive protection regime contemplated under the Agreement. Consequently, such requirements are necessarily a part of the essential core of negotiations of the Contracting Parties; it should therefore be presumed that they would not have entered into the Agreement in the absence of such provisions. Such provisions, in the opinion of the Arbitral Tribunal, therefore fall outside the scope of the most favoured nation clause contained in article 8(1) of the Agreement.”³⁶

En segundo lugar, el laudo sobre jurisdicción de noviembre de 2004 en el asunto *Salini Costruttori c. Jordania*, ya citado, llega incluso a expresar su reticencia respecto del laudo *Maffezini*, al indicar que “[T]he current Tribunal shares the concerns that have been expressed in numerous quarters with regard to the solution adopted in *Maffezini case*”, añadiendo que “[I]ts fear is that the precautions taken by authors of the award may in practice prove difficult to apply, thereby adding more uncertainties to the risk of ‘treaty shopping’”³⁷.

35 Puntos 4 y 5 del fít. II de a cuyo tenor:

“4. El inversor de una parte contratante podrá, por cuenta propia o en representación de una empresa de su propiedad o bajo su control directo o indirecto, someter una reclamación a arbitraje cuyo fundamento sea el que la otra parte contratante ha violado una obligación establecida en el presente Acuerdo, siempre y cuando el inversor o su inversión hayan sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella.

5. El inversor no podrá presentar una reclamación conforme a este Acuerdo, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual el inversor tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como de las pérdidas o daños sufridos.”

36 As. CIADI ARB(AF)/00/2 (§ 74 del laudo —que menciona, por error, el art. 8.1, en lugar del art. 3.2 del acuerdo—; disponible en www.worldbank.org/icsid/).

37 Laudo cit., § 115.

En este laudo el Tribunal descarta el juego de la cláusula de la nación más favorecida contenida en el APPRI Italia-Jordania de 1999 —cuyos términos recuerdan a la de la mayor parte de los APPRIs celebrados por España con países latinoamericanos— respecto de su artículo 9.1 sobre arreglo de controversias entre un Estado parte e inversores de la otra parte, a cuyo tenor: “[I]n the case the investor and an entity of the contracting parties have stipulated an investment agreement, the procedure foreseen in such investment Agreement shall apply”³⁸.

Por otra parte, no debe descartarse que los nuevos APPRIs que se celebren en el futuro incluyan mayores precisiones en cuanto al ámbito material de la cláusula de la nación más favorecida, como ocurre en el nuevo modelo de APPRI que impulsa EE.UU. (mucho más detallado en todas sus previsiones)³⁹.

Para terminar este epígrafe del trabajo, queremos recordar que, cualquier que sea la suerte que el futuro depara a la *jurisprudencia Maffezini*, el juego de la cláusula de la nación más favorecida no se extiende, en principio, a las ventajas que en materia de arreglo de controversias (tampoco en otras materias) las partes en los APPRIs conceden a los inversores de un tercer Estado “en virtud de su asociación o participación actual o futura en una zona de libre comercio, una unión aduanera, un mercado común, uniones económicas y monetarias o en virtud e cualquier otro acuerdo internacional de características similares”. Esta excepción —que tomamos del acuerdo España-México— se recoge con frecuencia en los APPRIs (al igual que otras referidas a aspectos fiscales, en materia de subvenciones, etc.) y encuentra reflejo —en términos más o menos similares— en todos los APPRIs celebrados por España con países latinoamericanos.

Incluso a falta de toda previsión en el correspondiente acuerdo, cabe sostener que la excepción “unión aduanera” opera en todo caso. Como es sabido, esta posición ha sido defendida por un sector importante de a doctrina, pero, sin embargo, no encuentra reflejo en el Proyecto de artículos de la CDI de 1978⁴⁰.

38 Véanse § 102-119 del laudo.

39 Véase el APPRI entre EE.UU y Uruguay de 25.10.2004, cuyo art. 4 limita el juego de la cláusula de la nación más favorecida al “establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones”.

40 Véase a este respecto mi libro *La posición del Derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, Madrid, 1997, págs. 193 ss.

4 · TRIBUNALES INTERNOS V. ARBITRAJE

La posible o, en su caso, necesaria intervención de los tribunales internos en una controversia *ex APPRI* viene determinada por sus disposiciones. Así, como ya hemos visto, en el caso de los APPRIs celebrados por España con países latinoamericanos se contemplan varias posibilidades: (i) exigencia de sumisión previa de la controversia a los tribunales del Estado de inversión, no pudiendo presentarse reclamación arbitral hasta transcurridos dieciocho meses (acuerdos con Argentina y Uruguay); (ii) el arbitraje y la jurisdicción de los tribunales internos se presentan como vías alternativas y excluyentes entre sí (*fork-in-the-road*); (iii) sólo se prevé el recurso al arbitraje internacional (acuerdos con Costa Rica y Ecuador); y (iv) posibilidad de acudir en cualquier momento al arbitraje internacional, incluso si la controversia hubiera sido sometida a los tribunales internos, siempre y cuando el tribunal nacional no hubiera emitido sentencia y el demandante desistiera de la instancia judicial en curso (acuerdo con Costa Rica). Si repasamos el contenido de otros APPRIs encontraremos otras previsiones, incluido el clásico requisito de agotamiento previo de los recursos internos⁴¹.

Estas disposiciones plantean, sin embargo, algunas dificultades en la práctica, de las que queremos destacar dos: (i) la posibilidad de que se produzca un conflicto de jurisdicción entre los tribunales internos y el correspondiente tribunal arbitral; y (ii) ¿cuándo ha de entenderse que el inversor ha optado por los tribunales internos en los supuestos de APPRIs que siguen el modelo *fork-in-the-road*?

4.1 · Posible conflicto de jurisdicción entre los tribunales internos y un tribunal arbitral

En cuanto a la primera cuestión, no cabe duda de que cuando el inversor extranjero acude al arbitraje, respetando —claro está— las disposiciones previstas en el correspondiente APPRI, los tribunales internos deben abstenerse de conocer del asunto o, si se hubieran iniciado las actuaciones, sobreseer el caso. El convenio arbitral entre el Estado de inversión y el inversor extranjero —que surge, en nuestra opinión, en el momento en que se presenta la reclamación arbitral y cuyo contenido viene determinado por las disposiciones del APPRI— excluye la jurisdicción de los tribunales internos.

El *efecto negativo* del convenio arbitral es comúnmente reconocido en las legislaciones nacionales sobre arbitraje —así en el artículo 11 de la Ley española de arbitraje de 2003, inspirada en la Ley Modelo de arbitraje de UNCITRAL— y en los instrumentos internacionales sobre arbitraje, incluido, por lo que se refiere al arbitraje CIADI, el Convenio de Washington de 1965 (artículo 26)⁴².

Por otra parte, el inicio o el mantenimiento de las actuaciones por los tribunales internos contrariamente a las previsiones del APPRI no obsta, claro está, el ejercicio de jurisdicción por el Tribunal arbitral frente al que el Estado reclamado no podrá invocar la existencia de un supuesto de litispendencia. Formulada la reclamación arbitral, el Tribunal constituido deberá, eso sí, determinar, con arreglo al principio de la *competencia sobre la competencia*, si el reclamante observó las previsiones del APPRI, en otras palabras, si existe o no convenio arbitral. Estas consideraciones tienen respaldo en diversos pronunciamientos arbitrales, entre los que cabe mencionar el laudo de 19 de enero de 1979 en el asunto *LETSCO c. Liberia*⁴³.

¿Qué decir, sin embargo, en el caso de un APPRI que sólo prevé la sumisión al arbitraje de las controversias surgidas entre el inversor extranjero y el Estado de inversión? ¿Debe en tal caso entenderse que se excluye la jurisdicción de los tribunales nacionales? No alcanzo a ver con qué fundamento cabría hacer esta afirmación, pues, como indicamos anteriormente, mientras el inversor no formule reclamación arbitral —o manifieste de otro modo su voluntad— no cabe en principio entender que ha consentido el arbitraje⁴⁴.

4.2 · Elección de vías y reclamaciones administrativas

Por lo que se refiere a la segunda cuestión planteada, esto es, cuándo ha de entenderse que el inversor ha optado por los tribunales internos en los supuestos de APPRIs que siguen el modelo *fork-in-the-road*, la duda que en la práctica se puede plantear es si una reclamación administrativa supone o no elección de vías. La cuestión es expresamente resuelta

⁴¹ Véase, por todos, Schreuer, cit., págs. 391 ss.

⁴² Véase de nuevo Schreuer, cit., págs. 369 ss., y G.R. Delaume, "ICSID Arbitration and the Courts", *AJIL*, vol. 77, 1983, págs. 784 ss. (en pág. 785).

⁴³ Laudo de 31.3.1986 (rectificación de 17.6.1986) (as. ARB/83/2; disponible en *ILM*, vol. 25, 1987).

⁴⁴ Véase en este sentido Schreuer, cit., págs. 219-220.

en algunos APPRIs. Así, por ejemplo, el acuerdo hispano-mexicano dispone en el punto 2 del Título II del Apéndice sobre solución de controversias entre un Estado parte y un inversor de la otra parte que “[E]l inversor que inicie procedimientos ante cualquier Tribunal judicial o administrativo con respecto a la medida presuntamente violatoria de este Acuerdo, no podrá presentar una reclamación conforme a este Apéndice”, precisando más tarde que, sin embargo, “[L]o anterior no se aplica al ejercicio de recursos administrativos ante las propias autoridades ejecutoras de la medida presuntamente violatoria, previstos en la legislación de esa Parte contratante”.

Los demás APPRIs celebrados por España con países de América Latina que exigen al inversor optar entre los tribunales nacionales o el arbitraje no contienen, en cambio, precisiones a este respecto (aluden a los “tribunales internos” del Estado receptor de la inversión, excepción hecha del acuerdo con Chile que se refiere a la “jurisdicción” del Estado de inversión —artículo 10.2—). Entendemos, sin embargo, que la vía administrativa —incluida el eventual recurso a tribunales administrativos— no supone en principio elección de vías⁴⁵.

4.3 · Elección de vías y recurso de la sociedad local a los tribunales internos

Pero, ¿qué sucede si quien entabla acciones ante los tribunales nacionales es la sociedad local frente, por ejemplo, a medidas de carácter expropiatorio del Estado de inversión? Admitiendo que, como vimos, la protección del APPRI se extiende frente a tales medidas, ¿debemos entender que la actuación de la sociedad local supone una elección de vías que precluye el recurso al arbitraje por el inversor extranjero?

En la medida en que la sociedad local y el inversor extranjero tienen personalidad jurídica propia, la actuación de la sociedad local no puede en principio ser considerada como una elección de vías a efectos del APPRI siempre y cuando: (i) el APPRI no incluya a las sociedades locales dentro de su ámbito

de aplicación subjetiva⁴⁶; y, (ii) las sociedades locales no reclamen ante los tribunales nacionales con fundamento en las disposiciones del APPRI (suponiendo que pudieran hacerlo por formar parte del ordenamiento interno del Estado reclamando, como ocurre, por ejemplo, en Argentina, sino únicamente en el Derecho nacional del Estado de inversión o en un eventual contrato celebrado con este último⁴⁷.

La tesis que defendemos encuentra apoyo en varios pronunciamientos arbitrales, como el laudo del Tribunal arbitral CIADI de 18 de junio de 2001 en el asunto *A. Genin c. Estonia*⁴⁸ o el laudo del Tribunal arbitral UNCITRAL de septiembre de 2001 en el asunto *Lauder c. República Checa*, basado en el APPRI Estados Unidos-Chequia⁴⁹. La inversión considerada en este último asunto era la sociedad local CNTS, controlada por la sociedad holandesa CME de la que Lauder era propietario. Pues bien, a pesar de que CME y CNTS entablaron reclamaciones ante los tribunales checos como consecuencia de los hechos que dieron lugar a la controversia y de que, además, CME había formulado reclamación arbitral con fundamento en el APPRI Países Bajos-Chequia, el Tribunal UNCITRAL no admitió la tesis de Chequia según la cual, de conformidad con el APPRI Estados Unidos-Chequia, se había producido elección de vías. El Tribunal señaló a este respecto que:

*“The resolution of the investment dispute under the Treaty between Mr. Lauder and the Czech republic was not brought before any other arbitral tribunal or Czech court before —or after— the present proceedings was initiated. All other arbitration or court proceedings referred to by the Respondent involve different parties, and deal with different disputes.”*⁵⁰

Estos mismos argumentos —partes y controversias diferentes— llevaron al Tribunal incluso a descartar que se hubiera vulnerado el principio *lis abili pendens* (o que la actuación del Sr. Lauder pudiera ser

45 En el asunto *Compañía de Aguas del Aconquija* (laudo de 1.11.2000, más tarde anulado —as. CIADI ARB/97/3; disponible en *ILM*, vol. 40, 2001—), Argentina sostuvo que las demandantes se habían sometido a las jurisdicciones nacionales al proseguir los recursos administrativos ante las autoridades administrativas de Tucumán, argumento que, sin embargo, abandonó en fases subsiguientes del procedimiento.

46 El Acuerdo con México afirma expresamente que una sociedad local no puede pretender acudir al arbitraje con fundamento en sus disposiciones; diferente es el caso del APPRI hispano-venezolano que incluye a las sociedades locales controladas por inversores de la otra parte en la definición de inversor).

47 Véase J. Díez-Hochleitner y C. Izquierdo, cit., págs. 26 ss.

48 As. CIADI ARB/99/2, § 331-332 (disponible en www.worldbank.org/icsid).

49 Disponible en <http://www.investmentclaims.com/decisions/Lauder-Czech-FinalAward-3Sept2001.pdf>.

50 § 162; en este mismo sentido se pronunciaría el Tribunal arbitral en el asunto *CME v. República Checa*, antes cit., § 401-415 del laudo.

considerada como abusiva desde el punto de vista procesal)⁵¹.

Sin embargo, la decisión de anulación del laudo en el asunto *Compañía de Aguas del Aconquija c. Argentina (Vivendi)* parece adoptar una posición distinta:

“[...] una reclamación por parte de CAA [Compañía de Aguas de Aconquija, filial argentina de la sociedad francesa Compagnie Générale des Eaux] contra la Provincia de Tucumán por violación del Contrato de concesión ante los tribunales en lo contencioso administrativo de Tucumán estaría *prima facie* dentro del alcance del Artículo 8(2) [del APPRI Argentina-Francia] y constituiría una elección de fuero y jurisdicción ‘de carácter definitivo’, siempre y cuando se constate que dicha reclamación fuera idéntica en su extensión a una diferencia relativa a inversiones efectuadas bajo el TBI.”⁵²

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la demanda arbitral se basaba en el APPRI franco-argentino que, al igual que el APPRI España-Venezuela, incluye a la sociedad local en la definición de inversor, permitiéndole, pues, no sólo reclamar ante los tribunales nacionales sino incluso presentar reclamación arbitral ex APPRI con fundamento en sus disposiciones⁵³. Por otra parte, debe recalcar que el Comité señala en su decisión que para que se produzca elección de foro se ha de constatar que dicha reclamación es “*idéntica en su extensión a una diferencia relativa a inversiones efectuadas bajo el TBI*”, es decir —entendiendo— que tenga el mismo objeto y causa que la reclamación arbitral.

Cabe preguntarse si la solución que propugnamos resultaría asimismo aplicable en el caso del APPRI España-México, pues el punto 2 del Título II de su Apéndice sobre arreglo de controversias afirma que el inversor “*tampoco podrá presentar una reclamación conforme a este Apéndice en representación de una empresa, si esta última ha iniciado procedimientos ante cualquier Tribunal judicial o administrativo con respecto a la medida presuntamente violatoria*” (excluidos los recursos administrativos)⁵⁴.

¿No es posible entender que, de acuerdo con el precepto transcrito, el recurso al arbitraje por el inversor extranjero se excluye únicamente en el caso de que la reclamación de la sociedad local ante los tribunales del Estado de inversión tenga el mismo objeto que la reclamación arbitral? Esto es, que tenga por objeto una reclamación por infracción de obligaciones consagradas en el APPRI —tales como la obligación de trato justo y equitativo o la obligación de indemnizar en caso de medidas de carácter expropiatorio—.

A nuestro juicio, nada permite pensar que la voluntad de España y México fuera instaurar un nuevo modelo de *fork-in-the-road*, conforme al cual cualquier tipo de actuación de las sociedades locales bajo control de un inversor extranjero ante los tribunales del Estado de inversión excluye el recurso al arbitraje internacional por dicho inversor.

Las disposiciones sobre arreglo de controversias del Capítulo XI del Tratado NAFTA, que inspiran en muchos aspectos el sistema de solución de controversias del APPRI España-México, puede aportar alguna luz al respecto. De forma parecida a lo que se prevé en el APPRI España-Costa Rica (y a diferencia del APPRI hispano-mexicano), el artículo 1.121 del Tratado NAFTA dispone que el inversor extranjero pueda acudir al arbitraje aun cuando hubiera iniciado procedimientos ante los tribunales internos. Pero añade que la renuncia (i) debe provenir tanto del inversor extranjero como de la empresa local⁵⁵ y (ii) que ha de abarcar “*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*” de las disposiciones correspondientes del Tratado”.

Sin embargo, el Anexo 1120.1 del Tratado NAFTA contiene previsiones específicas en relación con México, disponiendo que “(b) cuando una empresa mexicana que sea una persona moral propiedad de un inversionista de otra Parte o que esté bajo su control directo o indirecto, alegue en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo mexicano, que México ha violado presuntamente una obligación establecida en: (i) la Sección A [...] el inversionista no podrá alegar la presunta violación en un procedimiento arbitral conforme a esta sección”. En otras palabras, el referido Anexo

51 § 171 (véanse también § 172, 174 y 177).

52 Decisión de anulación de 18.6.2002, antes cit., § 55.

53 Así parece desprenderse del laudo de 1.11.2000 en el asunto *Compañía de Aguas del Aconquija* (luego anulado), antes cit., § 24 (nota 6).

54 Ningún otro APPRI celebrado por España con países de Latinoamérica incluye una disposición semejante, ni siquiera aquellos que —al igual que el de España-México— mencionan de manera expresa a las sociedades locales controladas por inversor de la otra parte al definir el concepto de *inversión* protegida (los APPRIs con Bolivia, Costa Rica y Panamá).

55 “[C]uando la reclamación se refiera a pérdida o daño de una participación en una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto” o cuando el inversor extranjero “actúa en representación” de la empresa local.

prohíbe que el inversor extranjero inicie y luego renuncie a recursos internos basados en la violación de las disposiciones del Tratado NAFTA (no en cambio basados en la violación del Derecho mexicano) para acudir al arbitraje, debiendo desde un principio realizar a ese respecto una elección de vías⁵⁶.

No obstante, en relación con el mencionado artículo 1.121 del Tratado NAFTA, el laudo del Tribunal arbitral CIADI de 2 de junio de 2000 en el asunto *Waste Management c. México* señaló que:

“[...] *proscribe expresamente la iniciación o continuación de procedimientos conforme al derecho de cualquiera de las partes respecto de la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el artículo 1.116 del TLACN. Claramente las disposiciones a las que se refiere el TCLAN constituyen obligaciones de derecho internacional para los Estados firmantes de este Tratado, pero una violación al contenido de dichas obligaciones bien podría constituir en forma simultánea una conducta ilegítima al amparo de la legislación del estado correspondiente. En este caso, su denuncia ante diversos foros constituiría una indebida duplicidad de procedimientos por una misma causa.*”⁵⁷

Cuestión distinta es si un inversor español en México podría, al amparo de la *jurisprudencia Maffezini*, examinada en el epígrafe anterior de este trabajo, invocar mecanismos de solución de controversias contenidos en otros APPRIs celebrados por México que le resulten más favorables, tales como los contenidos en los APPRIS entre México y Alemania (1998), Austria (1998) o Finlandia (1999), que excluyen el arbitraje únicamente si el tribunal nacional hubiera dictado sentencia en primera instancia sobre el fondo del asunto.

Ahora bien, debe tenerse presente que, en cualquier caso, las actuaciones de la sociedad local ante los

tribunales nacionales pueden causar *interferencias* en la reclamación arbitral (así, las alegaciones de la sociedad local ante los tribunales internos podrán ser invocadas por el Estado reclamado y la indemnización que pudiera obtener la sociedad local será tomada en consideración por el tribunal arbitral). En este sentido el Tribunal arbitral en el asunto *Lauder* se refirió al riesgo de que “*damages be concurrently granted by more than one court or arbitral tribunal, in which case the amount of damages granted by the second deciding court or tribunal could take this fact into consideration when assessing the final damage*”⁵⁸.

4.4 · Elección de vías y medidas cautelares

Para terminar, podemos preguntarnos si la solicitud de medidas cautelares ante un tribunal nacional —ya sea por el inversor extranjero o por la sociedad local— debe ser considerada como una elección de vías. También esta cuestión puede venir expresamente resuelta en el APPRI (no es el caso de los APPRIs celebrados por España con países latinoamericanos). Caso contrario, deberá atenderse a lo dispuesto en el reglamento arbitral que resulte aplicable. Y así, en el caso de un arbitraje CCI, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.2 de su Reglamento de arbitraje, habrá de entenderse que la solicitud de medidas cautelares ante los tribunales internos antes del inicio del procedimiento arbitral “*y en circunstancias apropiadas aún después*” no excluye el arbitraje, pues dicha solicitud “*no contraviene el convenio arbitral ni constituye una renuncia a éste y no afecta los poderes del tribunal arbitral al respecto*” (es decir, para adoptar el mismo medidas cautelares, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del propio artículo 23)⁵⁹. Lo mismo cabe decir en el caso de un arbitraje conforme a las reglas UNCITRAL⁶⁰.

⁵⁶ Véase a este respecto el laudo del Tribunal CIADI de 16.12.2002 en el asunto *Marvin Feldman c. México*, as. CIADI ARB(AF)/99/1, § 71 ss. (disponible en www.worldbank.org/icsid/).

⁵⁷ Asunto CIADI ARB(AF)/98/2, § 28 (disponible en www.worldbank.org/icsid/).

La sociedad local ARCAVE, en cuya “representación” actuaba *Waste Management*, había interpuesto ante los tribunales internos varias demandas de reclamación de cantidad por impago de facturas e incumplimientos de diversas obligaciones derivadas de un contrato de línea de crédito y de un contrato de concesión (a las que el inversor extranjero no renunció al presentar la demanda arbitral), siendo estas mismas medidas las que dieron lugar a la reclamación arbitral formulada por *Waste Management*, considerando que eran imputables a México y contrarias al Capítulo XI del Tratado NAFTA.

⁵⁸ Laudo antes cit., § 172.

En el mismo sentido se pronuncia el laudo de 13.9.2001 en el asunto *CME v. República Checa*, varias veces cit.: “[...] *The fact that the object of the two proceedings, compensation for injury to the Claimant’s investment, is the same, does not deprive the parties in the Treaty proceedings nor in the civil court proceedings of jurisdiction. An affirmative award and/or a judgement may have impact on the quantum of the damages adjudicated in the proceedings or give the right to the respective defendant to raise legal defences in the respective enforcement proceedings with the argument that the adjudicated damage claim has been already remedied under the award and/or judgement of the respective other proceeding*” (§ 410).

⁵⁹ Reglamento en vigor desde 1.1.1998 (disponible en <http://www.iccwbo.org/>) (traducción propia).

⁶⁰ Véase art. 26 del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL, aprobado por Resolución 31/98 de la Asamblea General de NN.UU. (disponible en la dirección de Internet cit. en nota anterior).

En el supuesto de que se acuda al arbitraje CIADI, la cuestión resulta más problemática ya que el Convenio de Washington de 1965 sólo contempla la adopción de medidas provisionales por el tribunal arbitral (artículo 47). ¿Significa ello que el Convenio CIADI excluye la solicitud de medidas cautelares ante los tribunales nacionales (y que, en consecuencia, tal solicitud implicaría una elección de vías)?

La doctrina se ha encontrado tradicionalmente dividida sobre esta cuestión⁶¹. Sin embargo, el Consejo Administrativo del CIADI modificó en 1984 las Reglas procesales aplicables al arbitraje, añadiendo un nuevo apartado 5 a su artículo 39 conforme al cual “*nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales, antes de la iniciación del procedimiento, o durante la sustanciación del procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses*”⁶². En este mismo sentido se ha pronunciado posteriormente algún tribunal arbitral⁶³.

Las consideraciones anteriores pueden ser extrapoladas, *mutatis mutandis*, a los supuestos en que el APPRI prevé que el inversor extranjero puede acudir en cualquier momento al arbitraje internacional, aun cuando la controversia hubiera sido sometida a los tribunales internos —siempre y cuando el tribunal nacional no hubiera emitido sentencia o el demandante desistiera de la instancia judicial en curso— (recuérdense a este respecto las distintas disposiciones del APPRI España-Costa Rica y del Tratado NAFTA). Algunos acuerdos que siguen este modelo regulan expresamente la cuestión, como es el caso del Tratado NAFTA, cuyo artículo 1.121 no extiende el requisito de renunciar a los procedimientos ante los tribunales internos “*en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme al derecho de la Parte contendiente*”. En el mismo sentido se expresa el artículo 8 del APPRI México-Suecia de 3 de octubre de 2000.

5 · ¿ARBITRAJE COMERCIAL O DE DERECHO INTERNACIONAL? TREATY CLAIMS V. CONTRACT CLAIMS

5.1 · *Contract claims* y *treaty claims*: caracterización

Una reclamación arbitral basada en un APPRI ha de tener por objeto una medida imputable al Estado de inversión que resulte contraria a sus disposiciones. En la práctica, con frecuencia se suscita a este respecto la duda de hasta qué punto la violación por el Estado o por un órgano del Estado de un contrato celebrado con el inversor extranjero —o, en su caso, con una empresa local controlada por un inversor extranjero— puede ser asimilada a una violación del APPRI.

La distinción entre *treaty claims* y *contract claims* está claramente establecida en la jurisprudencia arbitral, tal y como se desprende de la decisión de anulación del laudo en el asunto *Compañía de Aguas del Aconquija* (2002) o de los laudos en los asuntos *Genin* (2001) y *Salini Costruttori* (2004), ya citados⁶⁴. Como es obvio, una reclamación contractual tiene su base en el propio contrato y debe ser resuelta conforme a la ley y a los mecanismos de solución de diferencias acordados por las partes.

Ahora bien, lo anterior no significa que la violación de un contrato no pueda al mismo tiempo ser considerada como contraria al APPRI. Merecerá esta consideración cuando resulte de medidas contrarias a la obligación que, conforme al APPRI, incumbe al Estado receptor de la inversión de otorgar al inversor extranjero un trato justo y equitativo, así como no discriminatorio, o cuando el incumplimiento contractual provenga de medidas que puedan ser calificadas como expropiatorias y no hubiera mediado la correspondiente indemnización.

En este sentido, el laudo en el asunto *Consortium RFCC c. Marruecos* indica que una violación de un APPRI “[...] *peut certes résulter d’une violation du con-*

64 Véanse asimismo los laudos de Tribunales CIADI de 1.11.1999 en el asunto *Azinian c. México* (as. CIADI ARB(AF)/97/2, § 83 ss.; disponible en *ILM*, vol. 39, 2000 y en www.worldbank.org/icsid/); de 9.3.1998 en el asunto *Fedax c. Venezuela* (as. CIADI ARB/96/3; disponible en *ILM*, vol. 37, 1998); de 22.12.2003 en el asunto *Consortium RFCC c. Marruecos* (as. CIADI ARB/00/6; disponible en la Web de *World Bank*, cit.); y de 6.8.2004 en el asunto *Joy Mining Machinery c. Egipto* (laudo sobre jurisdicción —as. CIADI ARB/03/11—, disponible en la Web de *World Bank*, cit.). También el laudo UNCITRAL de 1.7.2004 en el asunto *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador* (administrado por la *London Court of International Arbitration*, as. UN 3467; laudo no publicado).

61 Véase Schreuer, cit., págs. 382 ss.

62 Disponible en www.worldbank.org/icsid/

63 Laudo del Tribunal arbitral CIADI de 21.4.1986 en el asunto *Atlantic Triton c. República de Guinea*, as. CIADI ARB/84/1 (publicado en *JDI*, 1995-1, págs. 181 ss.).

trat, mais sans qu'une éventuelle violation du contrat ne constitue, ipso iure et en elle-même, une violation du Traité"⁶⁵. Y es que, como se afirma en la decisión de anulación del laudo en el asunto *Compañía de Aguas del Aconquija*:

"[...] son cuestiones distintas las de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento del contrato. Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencias a su propio derecho aplicable -en el caso del TBI, por el derecho internacional; en el caso del Contrato de concesión, por el propio derecho del contrato, en otras palabras, el derecho de Tucumán. [...] Una causa de pedir bajo un tratado no es lo mismo que una causa de pedir bajo un contrato; requiere una demostración clara de conducta que en las circunstancias es contraria a la norma relevante del tratado."⁶⁶

La situación puede ser distinta en los supuestos en que un APPRI incluye lo que se ha dado en llamar una *umbrella clause*, por la que las obligaciones contractuales se convierten en obligaciones convencionales. Así, en el asunto *SGS c. Filipinas*, el APPRI considerado incluía una cláusula según la cual "[E]ach contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other contracting Party". Pues bien, a la vista de su tenor, el Tribunal arbitral concluyó en su laudo de 29 de enero de 2004 que la disposición "[...] makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments"⁶⁷.

En cambio, en el asunto *SGS c. Paquistán*, aun admitiendo la posibilidad de que un APPRI pueda disponer que "[...] all breaches of each State's contracts with the investors of the other State are forthwith converted into and to be treated as breaches of the BIT", el Tribunal arbitral entendió en su laudo de 6 de agosto de 2003 que "[...] in this case, there is no clear and persuasive evi-

dence that such was in fact the intention of both Switzerland and Pakistan adopting Article 11"⁶⁸ of the BIT"⁶⁹.

En otro orden de cuestiones, al considerar su jurisdicción (planteada la correspondiente excepción por el Estado reclamado) respecto de una reclamación *ex APPRI* que trae causa de una violación de un contrato, bastará con que el Tribunal arbitral compruebe que el reclamante alega violaciones del acuerdo y que éstas pueden entrar en el ámbito de aplicación de sus disposiciones. El laudo arbitral en el asunto *Salini Costruttori (2004)* es particularmente ilustrativo a este respecto. Tras repasar la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en la materia⁷⁰ —manifestando su acuerdo con ella—, el Tribunal arbitral señala que "[...] it reflects the balance to the struck between two opposing preoccupations: to ensure that courts and tribunals are not flooded with claims which have no chance of success and sometime are even of an abusive nature; but to ensure that, in considering issues of jurisdiction, courts and tribunals do not go into the merits of cases without sufficient prior debates"⁷¹. La cuestión se plantea en distintos términos, claro está, cuando el APPRI incluye una *umbrella clause* (a la que antes hemos hecho referencia).

5.2 · Derecho aplicable a cada tipo de reclamación

Volviendo sobre las consideraciones formuladas por el laudo en el asunto *Vivendi* sobre el derecho aplica-

⁶⁵ Laudo cit., § 48.

⁶⁶ Laudo varias veces cit., § 96 y 113.

No obstante, aplicando sus propios criterios, el Comité de anulación concluyó que: "La reclamación no era simplemente reducible a un número dado de reclamaciones bajo el derecho civil o administrativo relativas a un número correspondiente de actos individuales que se alegan violar el Contrato de Concesión o el derecho administrativo argentino. Les estaba permitido a los demandantes reclamar y, en efecto, reclamaron que estos actos tomados en su conjunto, o al menos algunos de ellos, implicaron un incumplimiento de los artículos 3 y/o 5 del TBI" (§ 112).

⁶⁷ Decisión sobre jurisdicción (as. CIADI ARB/02/06, § 128; disponible en www.worldbank.org/icsid/).

⁶⁸ El art. 11 del APPRI Suiza-Paquistán dispone que "each contracting party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other contracting Party".

⁶⁹ Decisión sobre excepciones a la jurisdicción (as. CIADI ARB/01/13, § 173).

Este aspecto de la decisión es abiertamente criticado por la decisión de 29.1.2004 sobre excepciones a la jurisdicción en el asunto *SGS c. Filipinas*, cit. (§ 114 ss.); en uno y otro asunto los tribunales arbitrales estaban llamados a interpretar cláusulas similares contenidas en los APPRIs entre Suiza y Filipinas y entre Suiza y Paquistán.

⁷⁰ Véase, en particular, la sentencia de 12.12.1996 en el asunto de las *Plataformas petrolíferas* (Irán c. EE.UU.) (objeciones preliminares) (*ICJ Reports 1996*, II, págs. 810 ss, § 16 ss.) y la Ordenanza de 2.6.1999 en el asunto de la *Legalidad del uso de la fuerza* (Yugoslavia c. Italia) (*ICJ Reports 1999*, I, págs. 490 ss., § 25); en esta última, la CIJ señala que "in order to determine, even prima facie, whether a dispute within the meaning of Article IX of the Genocide Convention exist, the Court cannot limit itself to noting that one of the Parties maintains that the Convention applies, while the other denies it; [...] the Court must ascertain whether the breaches of the Convention alleged by Yugoslavia are capable of falling within the provisions of the instrument and whether, as a consequence, the dispute is one which the Court has jurisdiction *ratione materiae* to entertain pursuant to Article IX".

⁷¹ Laudo cit., § 151; véase asimismo el laudo en el asunto *SGS c. Filipinas*, antes cit., § 26.

ble respecto de un *treaty claim* y un *contract claim*, no hemos de olvidar que, junto a sus disposiciones y las de otros tratados en vigor entre las partes, los APPRI suelen mencionar asimismo el Derecho interno del Estado de inversión —incluidas sus normas en materia de *conflicto de leyes*— y las normas pertinentes de Derecho internacional general. Es el caso de los APPRI celebrados por España con países latinoamericanos, excepción hecha del acuerdo con México que elude toda mención al Derecho nacional.

La referencia al ordenamiento interno del Estado reclamado debe tomarse con cautela, pues el tribunal arbitral constituido con fundamento en un APPRI carece de jurisdicción, como se ha visto, para resolver controversias meramente contractuales (o basadas en el Derecho interno de una parte). Aun cuando tenga su origen en un incumplimiento contractual, el objeto de la controversia no puede ser otro que la violación del propio APPRI, por lo que, a nuestro juicio, deben ser sus disposiciones así como las normas de Derecho internacional general las que sirvan de base para su resolución. La decisión del Comité de anulación de 5 de febrero de 2002 en el asunto *Wena c. Egipto* resulta ilustrativa a este respecto⁷².

Desde esta perspectiva, parece evidente que el Derecho interno de la parte reclamada únicamente opera a la hora de determinar los hechos (por ejemplo, si el trato dispensado al inversor extranjero es distinto del que reciben los inversores nacionales o si la medida considerada ha sido arbitrariamente adoptada de acuerdo con los procedimientos internos) o para interpretar, en su caso, las normas internas frente a las cuales reclama el inversor. En la medida en que la controversia tenga su origen en un incumplimiento contractual, el tribunal arbitral no debe entrar en la dimensión comercial de la disputa —a la que resultará aplicable el Derecho nacional o cualesquiera otras normas designadas por las partes como ley aplicable y que habrá de ser resuelta por los medios acordados por ellas—. Ello, claro está, a menos que el APPRI contenga una *umbrella clause* que convierta automáticamente todo incumplimiento contractual en incumplimiento del APPRI, en cuyo caso debe entenderse, como hiciera el Tribunal arbitral en el asunto *SGS c. Filipinas* (2004), antes citado, que:

“[...] it does not convert the issue of the extent or consent of such obligations into an issue of international law. That issue [...] is still governed by the investment agreement. [...] The proper law of the CISS agreement is the law of Philippines, which in any event this tribunal is directed to apply by Article 42(1) of the ICSID Convention.”⁷³

En cualquier caso, no cabe duda de que las disposiciones del APPRI y las normas de Derecho internacional general prevalecen en caso de conflicto sobre el Derecho interno del Estado de inversor, por lo que, como ha señalado Prosper Weil, los intentos por delimitar el papel del Derecho interno y del Derecho internacional resultan a la postre inútiles⁷⁴.

5.3 · Otras diferencias

Otra cuestión distinta que debemos abordar es si el recurso a los tribunales nacionales —por el inversor extranjero o la empresa local controlada por él— para la solución de la controversia en su dimensión comercial supondría o no elección de vías (en un APPRI que siga el modelo *fork-in-the-road*), o si para acudir al arbitraje previsto en el APPRI el inversor estaría obligado a desistir de los procedimientos entablados ante ellos en relación con dicha dimensión de la controversia (en los APPRI que permiten acudir al arbitraje en cualquier momento renunciado o desistiendo de los procedimientos entablados ante los tribunales internos). A mi juicio, la respuesta debe ser, en principio, negativa en ambos casos por las razones y con las salvedades que señalamos en el epígrafe 4.3 de este trabajo. Por lo que se refiere a la primera cuestión, el laudo UNCITRAL de 1 de julio de 2004 en el asunto *Occidental Explo-*

⁷² As. CIADI ARB/98/4, § 26 ss. (disponible en *ILM*, vol. 41, 2002).

Véase G. Santiago Tawil, “Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el Derecho aplicable”, *La Ley* (Argentina), 20.11.2002, págs. 1 ss. (en p. 3).

⁷³ Laudo cit., § 127.

⁷⁴ Véase su trabajo “The State, the Foreign Investor and International Law: The Non longer Stormy Relationship of a ménage à trois”, *ICSID Review*, vol. 15, 2000, págs. 401 ss. (en págs. 409 ss). Véase también a este respecto la decisión del Comité de anulación en el asunto *Wena c. Egipto*, antes cit.

A pesar de otorgar al Derecho internacional un papel en principio meramente complementario respecto del Derecho interno del Estado de inversión, la decisión de anulación de 16.5.1986 en el asunto *Amco Asia c. Indonesia* (as. CIADI ARB/81/1; disponible en *ILM*, vol. 25, 1986) también reconoce su prevalencia sobre este último en caso de conflicto: “where the rules of the applicable domestic law are in collision with such norms [de Derecho internacional]” (§ 20). El posterior laudo de 5.6.1990 en dicho asunto acaba reconociendo que “[...] international law is fully applicable and to classify its role as ‘only’ ‘supplemental and corrective’ seems a distinction without a difference” (reproducido parcialmente en *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XVII, 1992, págs. 73 ss., en pág. 75).

ration and Production Company c. Ecuador resulta esclarecedor, cuando afirma que:

“[...] the distinction between these different types of claims [treaty claims y contract claims] has relief on the test of triple identity. To the extent that a dispute might involve the same parties, object and cause of action it might be considered the same dispute and the “fork in the road” mechanism would preclude its submission to concurrent tribunals. A purely contractual claim would normally find difficulty in passing the jurisdictional test of treaty-based tribunals, which will of course require allegation of a specific violation of treaty rights as the foundation of their jurisdiction”⁷⁵

Lo mismo cabe decir en el caso de que las partes sometan la controversia contractual a otros mecanismos acordados por ellas, como, por ejemplo, al arbitraje comercial internacional (recuérdese nuestro breve relato de los hechos en el asunto *Lauder c. República Checa*). Y es que, como indica el laudo del Tribunal CIADI en el asunto *Joy Mining Machinery* (2004) *“[...] a basic distinction can be made between commercial aspects of a dispute and other aspects involving the existence of some forms of State interference with the operation of the contract involved”⁷⁶*.

En cuanto a las partes en la controversia, debe quedar claro que la reclamación *ex* APPRI habrá de dirigirse en todo caso contra el Estado de inversión. En cambio, una eventual reclamación contractual ante los tribunales nacionales deberá dirigirse contra el órgano del Estado que celebró el contrato en la medida en que posee personalidad jurídica distinta a la del propio Estado de acuerdo con su Derecho interno. Así, en el caso *Vivendi*, la decisión del Comité de anulación señaló a este respecto que *“[...] el Estado Argentino no es responsable por el cumplimiento de los contratos concluidos por Tucumán, que posee personalidad jurídica separada bajo su propio derecho y es responsable por el cumplimiento de sus propios contratos”⁷⁷*.

Por lo demás, el hecho de que el inversor extranjero —o la sociedad local bajo su control— hubiera aceptado la inclusión en el contrato de una cláusula de sumisión a los tribunales internos del Estado de inversión no comporta, como resulta evidente, una renuncia por su parte al arbitraje *ex* APPRI. En este sentido se ha manifestado el laudo CIADI de 3

de agosto de 2004 en el asunto *Siemens c. Argentina*, tras admitir que una violación contractual puede dar lugar a un incumplimiento del correspondiente APPRI⁷⁸. El tribunal arbitral también rechaza en su laudo el argumento de Argentina según el cual en el caso de un arbitraje CIADI la aceptación de una cláusula contractual de sumisión a los tribunales internos comporta, de acuerdo con el artículo 26 del Convenio de Washington (ya mencionado en este trabajo), una renuncia implícita al arbitraje *ex* APPRI:

“This provision [el artículo 26 del Convenio de Washington] presumes exclusivity of the remedies under the Convention unless the parties had agreed otherwise. Article 26 does not provide that what may be agreed otherwise excludes the remedies under Convention. In that case, the remedies under the Convention are not exclusive but neither are those otherwise agreed.”⁷⁹

¿Debe sin embargo aplicarse una solución distinta en el caso de reclamaciones meramente contractuales basadas en una *umbrella clause* contenida en el correspondiente APPRI? Así lo entendió el Tribunal arbitral en el asunto *SGS c. Filipinas*, referido anteriormente en el epígrafe 5.1. En efecto, a pesar de afirmar su jurisdicción respecto de tales reclamaciones, estimó que:

“[...] the Tribunal should no exercise its jurisdiction over a contractual claim when the parties have already agreed on how such a claim is to be resolved, and have done so exclusively. SGS should not be able to approbate and reprobate in respect of the same contract: if it claims under the contract, it should comply with the contract in respect of the very matter which is the foundation of its claim.”⁸⁰

Consecuentemente, el Tribunal arbitral resolvió la suspensión del procedimiento hasta que la reclamación contractual fuera ventilada —conforme a la cláusula de jurisdicción contenida en el contrato— ante los tribunales de Filipinas. Esta solución mereció la opinión disidente de uno de los árbitros⁸¹, señalando —a mi juicio, con razón— que a la pos-

⁷⁵ Laudo cit., § 52.

⁷⁶ Laudo cit., § 72.

⁷⁷ Laudo cit., § 96.

⁷⁸ Laudo cit., § 180 ss.

Véanse en el mismo sentido los laudos de 8.12.1998 en el asunto *Lanco International*, cit. (§ 40), de 21.11.200 en el asunto *Compañía de Aguas de Aconquija* —luego anulado—, cit. (§ 53-54 y de 17.7.2003 en el asunto *CMS*, cit. (§ 76).

⁷⁹ *Ibid.*, § 181.

⁸⁰ Laudo cit., § 136 ss.

⁸¹ Opinión del árbitro Antonio Crivellaro.

tre equivalía a limitar la jurisdicción del Tribunal arbitral a los supuestos de *treaty claims* (incluidos, eso sí, los supuestos de violaciones contractuales que también puedan ser consideradas contrarias al APPRI) y —añado yo— a dejar sin efecto la *umbrella clause*.

Las numerosas reclamaciones con fundamento en APPRIs contra Argentina presentadas en los últimos años, como consecuencia de las *medidas de emergencia* adoptadas, ha dado lugar a un debate en torno a la posibilidad de exigir a todo inversor extranjero que contrate con el Estado la renuncia expresa al arbitraje internacional *ex APPRI*⁸². A este respecto, cabe preguntarse si esta exigencia podría articularse por ley —como requisito en el ámbito de la contratación pública— o mediante la inserción “voluntaria” de cláusulas contractuales en dicho sentido.

A mi juicio, cualquiera de estas fórmulas carecería de eficacia. Así, en primer lugar, una norma interna que impusiera la renuncia a cualquier reclamación arbitral basada en un APPRI como una condición general de contratación debería reputarse como contraria al propio APPRI y, en consecuencia, no oponible frente al particular en una reclamación

arbitral. Entiendo que lo mismo ocurre en el caso de una renuncia “voluntaria” incluida en el contrato, pues admitir lo contrario equivaldría a considerar que, al aceptar la sumisión de sus controversias con los inversores extranjeros en un APPRI, el Estado no adquiere una obligación frente a la otra parte, sino únicamente frente a sus nacionales (modificable por ello mediante contrato). Esta solución supondría además admitir que un Estado renuncia o puede renunciar mediante un APPRI a su derecho a la *protección diplomática* de sus nacionales en favor de un mecanismo de arreglo de las controversias disponible por éstos, lo que carece de todo fundamento en Derecho Internacional.

Para evitar que sus controversias con inversores extranjeros sean ventiladas en tribunales arbitrales internacionales, a Argentina no le queda otra vía que denunciar los APPRIs de los que es parte —así como, en su caso, el Convenio CIADI— y prohibir el mediante ley que puedan ser sometidas —mediante compromiso o cláusula contractual— a arbitraje internacional⁸³. Una solución a todas luces disparatada para que un país que necesita atraer nuevas inversiones extranjeras.

⁸² En un artículo de Carlos E. Alfaro Argentina, titulado “ICSID Arbitration and BITs Challenged By the Argentine Government” y publicado el 21.12.2004 en *Mondaq.com*, se puede leer que, para hacer frente a las numerosas reclamaciones arbitrales presentadas formuladas inversores extranjeros, el Gobierno argentino “has threatened to investigate the concessions as to the level of compliance by the privatized companies with the investments agreed upon in the contracts. Apparently the strength of this position is based on the assumption that the majority of these companies did not comply with the contractual conditions of the concessions. The objective: to force the companies to withdraw the claim under arbitration if they want to renegotiate their contracts”. Por otra parte, en otro artículo más reciente, titulado “Argentina: Argentina vs. ICSID: Unconstitutionality of the BITs and ICSID Jurisdiction — the Potential New Government Defenses Against the Enforcement of the ICSID Arbitral Award — Issues That May Subject the Award to Revision by the Argentine Judiciary”, publicado el 17.5.2005 igualmente en *Mondaq.com*, el mismo autor da cuenta de la posibilidad de que el Gobierno promueva la revisión judicial de la constitucionalidad de los laudos del CIADI que se dicten a resultas de tales reclamaciones.

⁸³ En diciembre de 2004 el diputado J. Falu presentó un proyecto de ley (Proyecto de Ley 698-D-04) en este sentido. En efecto, su art. 1 dispone que “el Estado nacional, los organismos autárquicos y descentralizados que de él dependan y las sociedades con participación estatal mayoritaria no pueden convenir la jurisdicción de tribunales arbitrales, nacionales o internacionales, para la resolución de conflictos patrimoniales de cualquier naturaleza”; el art. 2 añade por otra parte que “el Poder Ejecutivo comunicará ante los organismos que correspondan la denuncia de los tratados donde la Nación Argentina hubiera asumido obligaciones que contradigan lo prescrito en el artículo 1 de la presente”.