

# Investment Arbitration and Proceedings before Local Courts

**I**nvestment treaties generally provide protection to a non-exhaustive list of broadly defined assets, including shares and other interests in local companies. This has been interpreted by investment tribunals to mean that shareholders who qualify as protected investors (and sometimes, depending on the terms of the applicable treaties, the local company itself) may put forward international claims for measures affecting the company's assets. Of course, the local company itself will, in principle, also have the right to claim in local courts for any harm caused to its assets. In fact, company officials will usually be expected, if not required as a matter of national law, to bring national proceedings to protect the interests of the affected company and ultimately of its shareholders. This creates the prospect of parallel or subsequent claims being initiated by the local company and its foreign shareholders in respect of the same measure, before national and international fora respectively. Yet, does the initiation of national proceedings by the local company affect the foreign investor's ability to bring an international claim? The answer depends on several factors.

Investment treaties often contain provisions regulating the relationship between claims under the treaty and claims under contracts, or other national law claims. Firstly, the treaty may require the investor to exhaust local remedies (relatively uncommon in modern



**Gabriel Bottini**  
International Arbitration

**Home**

**Editorial**

Welcome to the Investment  
Arbitration Outlook

**Insight**

Investment Arbitration and  
Proceedings before Local  
Courts

**Global Briefing**

The European Proposal for an  
Investment Court System in  
Context

The Impact of the New United  
States Administration on  
Investment Policies

The Problematic Status  
of Intra-European Union  
Bilateral Investment Treaties

**In Focus**

Entry into Force of the  
Bilateral Investment Treaty  
between Spain and Saudi  
Arabia

Award in *Eiser Infrastructure  
Limited and Energía Solar  
Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom  
of Spain*

**Investment Arbitration:  
Contact Lawyers**



www.uria.com



investment treaties) or to submit the dispute to local courts, but only for a specific period of time or until a certain condition is fulfilled (the circumstances under which the investor may not need to follow these requirements are not discussed here). Secondly, the treaty may require the investor to choose between submitting the dispute to local courts or to an international arbitral tribunal, making any such choice final and binding (the so-called *electa una via* or fork-in-the-road provisions). This means that if the investor chooses to file its treaty claim before local courts, the choice is irrevocable and the investor will then be prevented from subsequently submitting the claim to international arbitration. Thirdly, the treaty may include a condition to

## Investment treaties often contain provisions regulating the relationship between claims under the treaty and claims under national law

submit the claim to arbitration under which the investor (and sometimes also the local company directly affected by the measure) must waive any claims against the measure. Finally, the investment treaty may be silent on the relationship between claims arising from its provisions and claims under contracts or national law. In this case, the position will essentially result from established principles of international law and general concepts developed in the decisions of investment tribunals.

Regarding the case in which the treaty provides a choice between national and international remedies, the question may arise as to whether a claim by the local company would constitute such a choice and thus prevent a subsequent claim by a shareholder before an international arbitral tribunal. In general, investment tribunals have found that a claim by the local company before national courts would not trigger the application of fork-in-the-road provisions. The reason is twofold: (i) the person bringing the domestic claim is not the investor (who has thus not made the choice) but the local company, and (ii) the claim before national courts is usually not based on the provisions of the treaty and thus is not a treaty claim, but

rather, on contractual provisions, i.e., the well-known distinction, based on the 'fundamental basis of the claim' between contract and treaty claims. The analysis may differ somewhat if the local claim is brought by the foreign investor or is based, even if only partially, on provisions of the investment treaty. Whatever their merits, calls to adopt a more flexible reading of fork-in-the-road provisions (for example, by considering that the final choice of forum has been made if the foreign investor has filed

**Home**

**Editorial**

[Welcome to the Investment Arbitration Outlook](#)

**Insight**

[Investment Arbitration and Proceedings before Local Courts](#)

**Global Briefing**

[The European Proposal for an Investment Court System in Context](#)

[The Impact of the New United States Administration on Investment Policies](#)

[The Problematic Status of Intra-European Union Bilateral Investment Treaties](#)

**In Focus**

[Entry into Force of the Bilateral Investment Treaty between Spain and Saudi Arabia](#)

[Award in \*Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain\*](#)

**Investment Arbitration:  
Contact Lawyers**

**Home****Editorial**[Welcome to the Investment Arbitration Outlook](#)**Insight**[Investment Arbitration and Proceedings before Local Courts](#)**Global Briefing**[The European Proposal for an Investment Court System in Context](#)[The Impact of the New United States Administration on Investment Policies](#)[The Problematic Status of Intra-European Union Bilateral Investment Treaties](#)**In Focus**[Entry into Force of the Bilateral Investment Treaty between Spain and Saudi Arabia](#)[Award in \*Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain\*](#)**Investment Arbitration:  
Contact Lawyers**[www.uria.com](http://www.uria.com)

**In general, investment tribunals have found that a claim by the local company before national courts may not trigger the application of fork-in-the-road provisions**

contract claims in local courts in respect of the same facts) have so far not generally been followed by investment tribunals. However, some recent decisions have arrived at a different solution, albeit based on provisions generally requiring that the dispute not be already submitted to other dispute settlement procedures.

In principle, investment treaties that require the investor to waive any local claim against the relevant measure as a condition to submit its claim to arbitration, such as the North American Free Trade Agreement ('NAFTA') or the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement ('CETA'), do not allow parallel local and international claims. Here, the investor may have initiated claims against the measure in local courts and will still not be prevented from subsequently filing an arbitration claim, even if it invoked the treaty in the local proceedings. By the same token, the investor must conclude any proceedings pending in local courts and waive its right to bring new ones before starting the international arbitration, even if the local proceedings do not involve the treaty (but only the measure in

question). When the arbitration claim by the foreign investor refers to harm to the local company or its assets, the waiver requirement generally applies to both the claimant investor and the local company.

When the investment treaty is silent on the impact of related local proceedings, in principle, filing claims in national courts should not affect the investor's ability to initiate an international arbitration, either simultaneously or subsequently. Since the different proceedings would pertain to different legal orders, i.e., national and international, the doctrines of *lis pendens* and *res judicata* would not, as such, apply. This conclusion is reinforced in the case where it is the local company and not the foreign investor who brings the local proceedings and thus the parties are different. Or when the cause of action before the national court is exclusively contractual and therefore does not involve the same grounds as the treaty claim. However, both in the case where the treaty is silent on the issue or when the treaty requires the investor to choose between local and international proceedings, there will often be different considerations to bear

in mind in determining whether to challenge the relevant measure in the national courts.

On the one hand, as noted, to the extent the domestic proceedings are filed by the local company and are exclusively based on contractual or national law provisions, the investor will generally not be prevented from initiating an arbitration invoking treaty breaches on the basis that it has already made the choice set out in fork-in-the-road provisions. Furthermore, as a matter of national law, the local company may be required to bring legal action against measures affecting its rights (not least when the investment is in a highly regulated sector and

public law provisions apply). While such legal action would not necessarily affect the investor's rights under international law, even if the treaty does not require prior recourse to local courts the investment tribunal may in some circumstances find that the investor (or the local company) should have made a reasonable effort to challenge the measure domestically. Depending on the facts of the case and the standard of treatment involved, the failure to make such an effort may affect the merits of the investor's claim. On the other hand, the investor should carefully consider the text of the investment treaty (including, in particular, any fork-in-the-road provision)

and the terms of any prospective claim before national courts in order not to jeopardise its ability to bring a treaty claim, on the grounds that by initiating a local claim it has made a final choice of the local forum. In this respect, the facts of the case may also be relevant. For example, relevant factors may be not only whether it is the local company who sues in the national courts rather than the foreign investor, but also whether the latter is in a position to control the company's actions.

In conclusion, if the applicable conditions are met, investment treaties offer an alternative forum for investors, but do not necessarily discourage the use of local courts. Furthermore, some

investment treaties may actually require recourse to local remedies. In principle, adopting reasonable procedures to preserve rights under national law makes sense, at least from a national law perspective, and will generally not affect the availability of treaty remedies, but much will depend on the circumstances of the case. In any event, double recovery is not permitted under international law. Thus, if the damage in question has already been compensated in national proceedings, an investment tribunal will not grant compensation for the same harm (although determining whether the harm in question is the same is not always straightforward).

## Filing claims in national courts should not affect the investor's ability to initiate an international arbitration



**Home**

**Editorial**

[Welcome to the Investment Arbitration Outlook](#)

**Insight**

[Investment Arbitration and Proceedings before Local Courts](#)

**Global Briefing**

[The European Proposal for an Investment Court System in Context](#)

[The Impact of the New United States Administration on Investment Policies](#)

[The Problematic Status of Intra-European Union Bilateral Investment Treaties](#)

**In Focus**

[Entry into Force of the Bilateral Investment Treaty between Spain and Saudi Arabia](#)

[Award in \*Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain\*](#)

**Investment Arbitration:  
Contact Lawyers**

## Arbitraje de inversión y procedimientos ante tribunales locales

▾ **Gabriel Bottini**  
Arbitraje internacional



Los tratados de protección de inversiones generalmente otorgan protección a una lista no exhaustiva de activos definidos de modo amplio (incluyendo acciones y otras participaciones en sociedades locales). Esto ha sido interpretado por los tribunales de inversión en el sentido de que los accionistas que califican como inversores protegidos (y, a veces, dependiendo de los términos del tratado aplicable, la propia sociedad local) pueden interponer demandas internacionales por medidas que afecten a los activos de la sociedad.

Naturalmente, la misma sociedad local también tendrá, en principio, el derecho a reclamar ante los tribunales locales por cualquier daño causado a sus activos. De hecho, normalmente se espera (e incluso puede existir una obligación legal en este aspecto) que los administradores de la sociedad inicien procedimientos ante los tribunales locales para proteger los intereses de la sociedad afectada y, en última instancia, de sus accionistas. Esto crea la posibilidad de acciones paralelas o sucesivas: las iniciadas por la sociedad local ante tribunales nacionales y las iniciadas por sus accionistas extranjeros ante tribunales internacionales. La cuestión que se plantea es si el hecho de que la sociedad local haya ejercitado acciones ante tribunales nacionales puede afectar a la posibilidad de que los inversores extranjeros inicien una reclamación internacional. La respuesta depende de varios factores.

Los tratados de protección de inversiones frecuentemente contienen disposiciones que regulan la relación entre las acciones ejercitadas bajo el tratado y las ejercitadas en virtud de contratos u otras acciones conforme al derecho nacional.

En primer lugar, es posible que el tratado exija que el inversor agote los recursos locales (poco común en tratados de inversiones modernos) o que el inversor someta la disputa a los tribunales locales, aunque solo durante un periodo de tiempo específico o hasta que una condición determinada se haya cumplido (las circunstancias en que el inversor puede estar exento de cumplir estos requisitos no se discuten en este artículo).

En segundo lugar, el tratado puede otorgar al inversor la elección entre someter la controversia a tribunales locales o a un tribunal arbitral internacional, de forma que esta elección sea definitiva y vinculante (estas disposiciones son comúnmente llamadas *electa una via* o *fork-in-the-road*). Por lo tanto, si el inversor elige ejercitar su acción bajo el tratado ante tribunales locales, la elección es irrevocable y el inversor no podrá posteriormente someter su reclamación a arbitraje internacional.

En tercer lugar, es posible que el tratado incluya la condición de que el inversor (y a veces también la sociedad local directamente afectada por la medida) renuncie a ejercitar cualquier acción local en contra de la medida.

Finalmente, el tratado puede no contener ninguna estipulación sobre la relación entre las acciones ejercitadas bajo sus disposiciones y las contractuales o ejercitadas bajo derecho local. En este caso, la posición dependerá esencialmente de los principios de Derecho internacional y de los conceptos generales desarrollados por las decisiones de tribunales de inversión.

Con respecto al supuesto en que el tratado establece la elección entre tribunales nacionales o internacionales, puede surgir la cuestión de si una acción ante tribunales domésticos ejercitada por la sociedad local implica que se ha elegido esta vía y que, por tanto, el propietario extranjero de las participaciones en la sociedad local no puede interponer una acción posterior ante un tribunal arbitral internacional. En general, los tribunales de inversión han concluido que una acción iniciada por la sociedad local ante tribunales nacionales no supone la aplicación de las disposiciones *fork-in-the-road*. Esto se debe a dos motivos: (i) que el demandante en el procedimiento local es la sociedad doméstica y no el inversor (quien, por tanto, no ha hecho tal elección); y (ii) que la acción ejercitada ante tribunales nacionales no está

normalmente basada en las disposiciones del tratado y, por tanto, no es una reclamación con base en el tratado, sino en disposiciones contractuales. Es decir, se aplica la conocida distinción basada en "la base fundamental de la reclamación", que diferencia entre demandas con base en un tratado y demandas con base en un contrato. El análisis puede variar en cierto modo si es el inversor extranjero el que interpone la acción local o si ésta está basada, aunque sea parcialmente, en el tratado de inversiones.

Sin perjuicio de si es la posición correcta, los llamamientos a adoptar una interpretación más flexible de las disposiciones *fork-in-the-road* (por ejemplo, por considerar que la elección final de foro se ha realizado si el inversor extranjero ejercita acciones contractuales ante tribunales locales basándose en los mismos hechos) en general hasta el momento no han sido seguidos por tribunales de inversiones. Sin embargo, algunas decisiones recientes han llegado a una conclusión diferente, aunque se han basado en disposiciones que requerían que la disputa no se hubiera sometido a otros sistemas de resolución de disputas antes de iniciar la reclamación internacional.

En principio, los tratados de inversiones que requieren que el inversor renuncie a cualquier acción local contra la medida relevante como condición para poder iniciar un arbitraje internacional, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte ("**NAFTA**", por sus siglas en inglés) o el Acuerdo Económico y Comercial Global suscrito entre Canadá y la Unión Europea ("**CETA**", por sus siglas en inglés), no permiten procedimientos locales e internacionales paralelos. En estos casos, aunque el inversor hubiera iniciado reclamaciones contra la medida ante tribunales locales, nada le impediría interponer una acción posterior ante un tribunal arbitral, incluso si se basó en las disposiciones del tratado en el procedimiento local. Pero, bajo este tipo de cláusulas, el inversor debe concluir cualquier procedimiento pendiente ante los tribunales locales y renunciar a su derecho de ejercitar nuevas acciones locales antes de comenzar un arbitraje internacional, incluso si en los procedimientos locales no se invocó el tratado (aunque involucren la misma medida). Cuando la reclamación del inversor extranjero se refiere a un daño causado a la sociedad local o a sus activos, el requisito de renuncia se aplica, generalmente, tanto al inversor demandante como a la sociedad local.

Finalmente, cuando el tratado de inversión no contiene disposiciones sobre el impacto de procedimientos locales, en principio el ejercicio de acciones ante tribunales nacionales no debería afectar a la capacidad del inversor extranjero de iniciar un arbitraje internacional, ya sea simultánea o posteriormente. Como ambos procedimientos pertenecerían a ordenamientos jurídicos diferentes, es decir, al nacional y al internacional, respectivamente, las doctrinas de *lis pendens* y *res iudicata* no serían aplicables *per se*. Esta conclusión se ve reforzada si es la sociedad local y no el inversor extranjero la que demanda en los procedimientos locales y, por tanto, las partes son distintas. O cuando el objeto de la acción y la causa de pedir ante el tribunal nacional es exclusivamente contractual y, por tanto, los fundamentos de la acción son distintos a los de la reclamación bajo el tratado. Sin embargo, tanto en el caso en que el tratado no estipule nada sobre la cuestión, como cuando el tratado exija al inversor que elija entre procedimientos locales o internacionales, con frecuencia habrá consideraciones diferentes a tener en cuenta para determinar si es conveniente impugnar la medida en cuestión ante los tribunales nacionales.

Por un lado, como se ha indicado, si los procedimientos locales son iniciados por la sociedad local y están basados exclusivamente en disposiciones contractuales o de derecho nacional, generalmente, nada impedirá que el inversor inicie un arbitraje invocando incumplimientos del tratado pese a la existencia de una cláusula *fork-in-the-road*. Además, es posible que la sociedad local esté obligada bajo el derecho nacional a interponer acciones legales contra las medidas que afecten a sus derechos (especialmente cuando la inversión se ha realizado en un sector regulado y son aplicables disposiciones de derecho público). En estos casos, aunque no interponer la acción local no afectaría necesariamente a los derechos del inversor bajo derecho internacional (aun si el tratado no exige el sometimiento previo a tribunales locales), el tribunal de inversión podría, en determinadas circunstancias, decidir que el inversor (o la sociedad local) debió haber hecho esfuerzos razonables por impugnar la medida localmente. Dependiendo de los hechos del caso y del estándar de tratamiento alegado, no haber hecho tal esfuerzo podría afectar al fondo de la demanda del inversor.

Por otro lado, el inversor debería considerar con detenimiento la letra del tratado (incluyendo, especialmente, cualquier cláusula *fork-in-the-road*) y los términos de cualquier potencial demanda ante los tribunales nacionales, para evitar poner en peligro sus posibilidades de demandar bajo el tratado, ya que el inicio de un procedimiento local puede llegar a considerarse como una elección definitiva del foro local. En este sentido, los hechos del caso también pueden ser importantes. Por ejemplo, factores relevantes pueden incluir no solamente si es la sociedad local la que demanda ante los tribunales nacionales en vez del inversor extranjero, sino también si este último controla o no las acciones de la sociedad local.

En conclusión, si las condiciones aplicables concurren, los tratados de inversión ofrecen un foro alternativo a los inversores, sin necesariamente desincentivar el uso de tribunales locales. Además, algunos tratados de protección de inversiones pueden efectivamente exigir que se ejerciten acciones ante tribunales locales. En principio, tiene sentido iniciar procedimientos razonables para preservar derechos bajo el derecho nacional, al menos desde la perspectiva del derecho local, sin que, generalmente, estos procedimientos afecten a la posibilidad de recurrir a los remedios del tratado. No obstante, ello dependerá en gran medida de las circunstancias del caso. Sea como fuere, la doble indemnización no está permitida en derecho internacional. Por ello, si el daño en cuestión ya ha sido compensado en un procedimiento local, un tribunal de inversión no concederá ninguna indemnización por el mismo daño (aunque la determinación de si el daño en cuestión es el mismo no sea siempre sencilla).