

Práctica arbitral

El alcance de las Cláusulas de Nación más Favorecida en los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones: vexata quæstio¹ o “una tierra de nadie ferozmente disputada en el Derecho internacional”²

Roberto Carlos HERMIDA³

Sumario: I. Decisiones recientes del CIADI sobre la cláusula de la nación más favorecida. II. Argumentos enfrentados. 1. Tesis que interpretan negativamente la aplicación de la CNMF a la solución de controversias. Teorías restrictivas. 2. Tesis que interpretan positivamente la aplicación de la CNMF a la solución de controversias. Teorías flexibles. 3. Examen de la CNMF en el APPRI España–Uruguay. 4. El caso *BG Group Plc v. Argentina*. III. Conclusiones.

I. Decisiones recientes del CIADI sobre la cláusula de la nación más favorecida

Recientes decisiones del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo CIADI), donde se analizó el alcance de la cláusula de la nación más favorecida (en lo sucesivo CNMF) respecto de los mecanismos de solución de controversias incluidos en un tratado bilateral de inversión (en lo sucesivo, APPRI), han llegado a conclusiones contrarias. Esto se añade a otros casos ya resueltos, desde el antecedente *Maffezini v. Reino de España*⁴ de 25 enero 2000, fecha desde la cual la jurisprudencia no ha logrado consensos relevantes.

Algunos de estos casos son: *Wintershall v. Argentina*⁵; *Tza Yap Shum v. República del Perú*⁶; *Renta 4 S.V.S.A v. Federación Rusa*⁷; *BG Group Plc. v.*

¹ Expresión utilizada por el Tribunal en el párr. 193 del Laudo sobre Jurisdicción en *Tza Yap Shum v. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, de 19 junio 2009;

² “Párr. 40 del Laudo *Garanti Koza Llp v. Turkmenistan* (CIADI Caso No. ARB/11/20). En las dos más recientes decisiones no se ha llegado a ningún consenso, y el tribunal en *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan* describió la situación como “una tierra de nadie ferozmente disputada en el derecho internacional.”

³ Abogado. Estudio Hermida y Asociados, Buenos Aires–Argentina.

⁴ *Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7.

⁵ *Wintershall v. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, laudo final de 8 diciembre 2008.

⁶ *Tza Yap Shum v. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción de 19 junio 2009.

*República Argentina*⁸; *Telenor Mobile Communications AS v. República de Hungría*⁹; *Vladimir Berschader y Moïse Berschader v. Federación Rusa*¹⁰; *Plama Consortium Ltd. v. República de Bulgaria*¹¹; *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. v. Reino de Jordania*¹²; *Siemens AG v. República Argentina*¹³; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina*¹⁴; *AWG Group Ltd. v. República Argentina*¹⁵; *National Grid Plc. v. República Argentina*¹⁶; *InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. República Argentina*¹⁷; *Gas Natural SDG, S.A. v. República Argentina*¹⁸. También puede mencionarse el caso *BG Group Plc v. Argentina*, de 27 diciembre 2007, y el laudo dictado por el Tribunal *ad hoc*, realizado bajo las reglas UNCITRAL, que fue confirmado recientemente por la Corte Suprema de Estados Unidos¹⁹, en una decisión que revirtió la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia de 17 enero 2012, la cual había revocado el laudo dictado por el Tribunal Arbitral *ad hoc* que sesionó en la ciudad de Washington DC²⁰.

Entre los últimos laudos señalados, están los que se dieron en los casos *Kiliç v. Turkmenistán*²¹ de 7 mayo 2012; *Daimler Financial Services AG v.*

⁷ *Renta 4 S.V.S.A y otros v. Federación Rusa*, Caso SCC N° ARB. V 24/2007, Laudo sobre Jurisdicción de 20 marzo 2009.

⁸ *BG Group Plc. v. República Argentina*, Arbitraje CNUDMI, Laudo final de 24 diciembre 2007.

⁹ *Telenor Mobile Communications AS v. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB /04/15, Laudo 13 septiembre 2006.

¹⁰ *Vladimir Berschader y Moïse Berschader v. Federación Rusa*, Caso SCC N° Arb. V 080/2004, Laudo 21 abril 2006.

¹¹ *Plama Consortium Limited v. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB /03/24, Decisión sobre Jurisdicción de 8 febrero 2005.

¹² *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. v. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB /02/13, Decisión sobre Jurisdicción de 29 noviembre 2004.

¹³ *Siemens AG v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB /02/8, Decisión sobre Jurisdicción de 3 agosto 2004.

¹⁴ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB /03/19.

¹⁵ *AWG Group Ltd. v. República Argentina*, Arbitraje CNUDMI, decisión sobre Jurisdicción de 3 agosto 2006.

¹⁶ *National Grid Plc. v. República Argentina*, Arbitraje CNUDMI, Laudo 20 junio 2006.

¹⁷ *InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB /03/17, Decisión sobre Jurisdicción de 16 mayo 2006.

¹⁸ *Gas Natural SDG, S.A. v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB /03/10, Decisión sobre Jurisdicción de 17 junio 2005.

¹⁹ Supreme Court of the United States; *BG Group Plc, v. Republic of Argentina*—on writ of certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit [March 5, 2014].

²⁰ *BG Group Plc v. Argentina*, 27 diciembre 2007. Tribunal *Ad-Hoc*, formado por Alejandro Garro, Albert Jan van der Berg y Guillermo Aguilar Alvarez, este último como Presidente. Foro Judicial: *Republic of Argentina v. BG Group Plc*, Appeal from the United States District Court for the District of Columbia (No. 1:08-cv-00485).

²¹ *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, CIADI Caso No. ARB/10/1, decisión de 7 de mayo 2012, sobre el art. VII.2 del APPRI Turkey–Turkmenistan.

*Argentine*²² de 22 agosto 2012; e *ICS Inspection and Control Services Limited v. Argentina*²³ de 12 febrero 2012, donde los colegios arbitrales resolvieron en sentido negativo, rechazando la jurisdicción solicitada por los demandantes tras invocar la CNMF.

Por el contrario, en los casos *Garanti Koza LLP v. Turkmenistán*²⁴ de 3 julio 2013, y en *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*²⁵ de 21 junio 2011, la decisión fue positiva, es decir aceptando la jurisdicción del tribunal bajo el amparo de la CNMF. En este último caso el Tribunal *ad hoc* de Anulación, resolvió rechazar las causales de nulidad propuestas por Argentina en un laudo fechado el 24 enero 2014²⁶.

En *Kilic* y en *Daimler*, los APPRIs Turkmenistán–Turquía y Argentina–Alemania”, respectivamente – que resultaban ser allí los tratados base – se establece como una condición previa, que antes de que el inversor acceda a la jurisdicción arbitral del CIADI, el reclamo debe ventilarse en la jurisdicción local del Estado demandado por un lapso de 18 meses. En esta decisión el Tribunal sostuvo que la CNMF no abarca ni resulta aplicable a las disposiciones de solución de controversias del APPRI celebrado entre Turquía y Turkmenistán, negando de esa maneja al demandante que pudiera invocar las disposiciones sobre solución de controversias provenientes del APPRI firmado entre Suiza y Turkmenistan tal como lo había pedido. En consecuencia, el tribunal resolvió que no tenía jurisdicción para realizar un arbitraje, a menos que *Kilic* fuera excusado del recurso previo obligatorio ante los tribunales de Turkmenistán, aunque dicho recurso fuera manifiestamente inútil.

En *Daimler* por su parte, el laudo no fue unánime, ya que contó con la opinión disidente del árbitro Charles N. Brower, pero por decisión de la mayoría fue determinado que la CNMF no podía utilizarse para eludir el requisito de espera de 18 meses mientras se tramita un reclamo ante la justicia local, tal como se encuentra establecido en el APPRI Alemania –Argentina y por lo tanto, se desestimaron las reclamaciones de la demandante en su totalidad. En su opinión disidente el juez Charles Brower, destacó con énfasis que desde su punto de vista, el laudo de la mayoría tiene fallas en sus conclusiones, ya que, con relación a las disposiciones de la CNMF y el requisito del proceso ante un tribunal interno por 18 meses, sus argumentos, no solamen-

²² *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, CIADI Caso No. ARB/05/1. Este laudo se encuentra en un procedimiento de nulidad conforme el art. 52 del Convenio de CIADI, el cual está aún pendiente.

²³ *ICS Inspection and Control Services Limited (Reino Unido) v. República Argentina* (Caso CNUDMI–Corte Permanente de Arbitraje) Laudo sobre Jurisdicción emitido en La Haya el 10 febrero 2012.

²⁴ *Garanti Koza Llp v. Turkmenistan*, CIADI Caso No. ARB/11/20, decisión sobre Jurisdicción de 3 julio 2013.

²⁵ *Impregilo S.p.A. v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo 21 junio 2011.

²⁶ Decisión del Comité *ad hoc* sobre la solicitud de anulación de 24 enero 2014. El Comité *ad hoc*, estaba compuesto por los árbitros Sr. Rodrigo Oreamuno, Eduardo Zuleta y la Sra. Teresa Cheng.

te resultan inconvincentes sino equivocados²⁷. Este desacuerdo surgió también sobre la forma de interpretar la jurisprudencia acerca de las disposiciones de las cláusulas CNMF y la solución de controversias. La mayoría reconoció que existe un campo dividido, afirmando que: “por lo menos nueve (tribunales) han encontrado que la cláusula NMF de un APPRI en particular (incluye solución de diferencias), mientras que otros diez han alcanzado el resultado opuesto”²⁸. Brower en cambio, se concentró en los tribunales que han examinado la cuestión de los litigios que involucran APPRI's de Argentina, llegando a la conclusión de que sobre once casos conocidos, nueve han dictaminado que la cláusula CNMF abarca la solución de diferencias.

En *Garanti*, la jurisdicción fue cuestionada por Turkmenistán, y con relación a la CNMF había argumentado que, si bien una CNMF puede posiblemente ser utilizada para superar una condición de clasificación, tal como un período de espera en lo relativo al mecanismo de la disputa según el APPRI, (como fue el caso en *Maffezini v. España y otros*) no se puede utilizar una “importación” del consentimiento a un sistema de arbitraje diferente como *Garanti* estaba tratando de hacer. El Tribunal no estuvo de acuerdo con esta interpretación, y sostuvo que el art. 3.3° del APPRI establece expresamente que el CNMF sobre el “tratamiento”, resulta aplicable a las disposiciones de solución de controversias del APPRI (tesis amplia). La decisión en este caso tampoco fue unánime, ya que el árbitro Laurence Boisson de Chazournes, emitió una opinión disidente, en la que afirmó que resolver a favor de *Garanti Koza LLP* implicaría una actitud *forum shopping*, yendo en contra de los principios fundamentales de las sentencias internacionales, y un argumento para eludir el consentimiento requerido de parte del estado contratante. Este árbitro sostuvo que para aplicar la CNMF en la resolución de conflictos, las partes deben estar primero de acuerdo con relación de resolución de conflictos, y en este caso, las partes no lo están.

En el laudo de *Impregilo S.p.A. v. República Argentina* de 21 junio 2011, la decisión fue positiva, aceptándose la jurisdicción del tribunal. Aquí el tratado base era el APPRI Argentina –Italia firmado el 22 mayo 1990 y en vigencia desde el 14 octubre 1993. La demandante, solicitó la aplicación de la CNMF contenida en el art. 3.1° del APPRI Argentina –Italia a fin de utilizar las disposiciones sobre resolución de controversias del APPRI Argentina – Estados Unidos²⁹ y de esa forma eludir la obligación de acudir a la jurisdicción local durante 18 meses antes de concurrir ante el CIADI. Aquí tampoco el laudo fue unánime, ya que la Profesora Brigitte Stern, integrante del tribunal, emitió una opinión disidente en lo relativo a la jurisdicción, y dentro de la cual ha desarrollado extensamente un conjunto de argumentos que la

²⁷ Párr. 38 de la Opinión Disidente de Charles Brower en el Laudo 22 agosto 2012 en *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, CIADI Caso No. ARB/05/1.

²⁸ Párr. 269 laudo laudo *Daimler* cit.

²⁹ Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito el 14 noviembre 1991y que entro en vigencia el 26 agosto 1992.

sitúan claramente dentro de la corriente de árbitros contrarios a la aplicación de la CNMF en materia de resolución de controversias.

II. Argumentos enfrentados

1. Tesis que interpretan negativamente la aplicación de la CNMF a la solución de controversias. Teorías restrictivas

Las batallas argumentales han sido numerosas, todas fundadas en sólidas y serias razones científicas que parecen haber dividido a los árbitros internacionales en “Capuletos y Montescos”, o cerrados defensores de posturas que continúan siendo enfrentadas. Se aprecia en la actualidad, que la cuestión está muy lejos de alcanzar una cierta uniformidad de criterios que permita aplicar el principio “*stare decisis*”³⁰ sobre este tema en el ámbito del arbitraje internacional. Este principio como sabemos constituye la esencia del sistema jurídico imperante en los países anglosajones llamado *common law*.

“Es notorio que es una cuestión sobre la que existen mayores divisiones en la jurisprudencia” sostuvo recientemente Zachary Douglas³¹. Las opiniones disidentes se han multiplicado, como también los trabajos doctrinarios, todos los cuales analizaron con mucho rigor científico la cuestión, postulando con énfasis sus puntos de vista y los argumentos que los enfrentan con quienes sostienen posturas contrarias.

Algunas de estas opiniones disidentes, han sido extensas y nutridas de valiosos argumentos que enfrentan con seriedad las posturas asumidas por la mayoría en los respectivos tribunales arbitrales. Por su parte, quienes acogieron en sus laudos las posturas favorables a la aplicación de la CNMF también han fundado sus decisiones en sólidas razones científicas.

La opinión disidente de Brigitte Stern en el caso *Impregilo* –firmado en mayoría por los árbitros Hans Danelius y Charles N. Brower–, y cuya anulación fue rechazada por el Tribunal *ad hoc* el 24 enero 2014, constituye una importante fuente para este análisis. El Tribunal en aquel laudo de 21 junio 2011, había sostenido lo siguiente:

“...El Tribunal de Arbitraje opina que el término “trato” en sí mismo es lo suficientemente amplio como para aplicarse también a las cuestiones procesales, tales como la resolución de controversias. Asimismo, la frase “todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo” ciertamente es lo suficientemente amplia como para incluir las normas de resolución de conflictos. El argumento de que el principio *ejusdem generis* limitaría esta aplicación a cuestiones similares a las “inversiones” y a las “las ganancias y actividades vinculadas con aquéllas” no resulta convincente, dado que la redacción no permite leer la frase “todas las demás cuestiones” como un equivalente de “todas las demás cuestiones similares” o “todas las demás cuestiones de la misma especie”. Tampoco re-

³⁰ El nombre completo de la doctrina es *stare decisis et quia non movere*, que significa, en traducción flexible, “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”. El *Black's Law Dictionary* define así el adagio citado: “adherir a los precedentes y no perturbar las cosas que han sido establecidas”, *Black's Law Dictionary*, 6^a ed., West, St. Paul, Minn., 1990, s.v. “*stare decisis*”.

³¹ Z. Douglas, “The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails”, *J. Int'l Disp. Settl.*, vol 2, n^o 1, 2011, pp. 97 y 98.

sulta convincente el argumento de que un concepto de alcance general como “todas las demás cuestiones” tornaría superfluos los términos “inversiones” y “ganancias y actividades vinculadas con aquéllas” mencionados previamente, dado que, de hecho, incluir ejemplos típicos, incluso en disposiciones de aplicación general, no es algo inusual en la redacción jurídica.³²

La Profesora Stern, en su extensa opinión disidente, analiza la cuestión desde distintas ópticas, todas enfocadas a desvirtuar la conclusión alcanzada por la mayoría.

Comienza preguntándose:

“¿Puede considerarse a la resolución de controversias como parte integrante del trato otorgado al inversor y puede al mismo tiempo considerarse que el trato sustantivo y la resolución de controversias son de naturaleza diferente y, por lo tanto, no ser susceptibles de asimilación por aplicación del principio “*ejusdem generis*”?”³³

Para responderse a esta pregunta buscó demostrar que de hecho, existen dos tipos de trato en términos jurídicos, que no implican que deban cumplirse las mismas condiciones para que puedan existir. En otras palabras, intenta demostrar que el trato sustantivo y el trato jurisdiccional deben ser tratados de manera diferente según el principio “*ejusdem generis*” precisamente porque las condiciones de admisibilidad para beneficiarse con cada tipo de trato no son las mismas. Llega a esta conclusión tratando de comprender qué, el trato sustantivo y el trato jurisdiccional no deberían ser tomados como si fueran iguales en su naturaleza. En otros términos, aceptando la distinción entre trato sustantivo/trato jurisdiccional, pero desde un enfoque diferente al que lo hace el tribunal en *Impregilo*.

Una primera consideración dentro de este análisis está basada en la distinción entre una CNMF referida a la protección de las inversiones y otra referida a la protección de los inversores. Sostiene Stern, que esta distinción entre derechos sustantivos y derechos procesales no siempre es evidente y ha resultado en sutiles aunque extrañas ramificaciones, como lo fue en el caso de *RosInvest Co*³⁴. En dicho caso, la cláusula CNMF incluida en los párrafos relevantes del art. 3 del APPRI Reino Unido –Unión Soviética establecía:

Trato a las Inversiones. (1) Ninguna Parte Contratante someterá dentro de su territorio a las inversiones o a las ganancias de los inversores de la otra Parte Contratante a un trato menos favorable que el que le conceda a las inversiones o a las ganancias de los inversores de un tercer Estado.

(2) Ninguna Parte Contratante someterá dentro de su territorio a los inversores de la otra Parte Contratante, con respecto a la gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición de sus inversiones, a un trato menos favorable que el que le conceda a los inversores de un tercer Estado.

Sostiene allí, que estas son declaraciones paralelas, y que resulta sorprendente que se haya considerado en el primer párrafo un límite para a los dere-

³² *Impregilo S.p.A. v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17. Laudo 21 junio 2011–Párrafo 99 de la versión en español.

³³ Profesora Brigitte Stern “Opinión concurrente y disidente”, Párrafo 37 *Impregilo S.p.A. v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo 21 junio 2011.

³⁴ *RosInvestCo UK Ltd. v. Federación Rusa*, Caso SCC N° V079/2005, Laudo sobre Jurisdicción, octubre de 2007.

chos sustantivos y en el segundo se incluye también derechos procesales, aunque el acceso al arbitraje internacional no se mencionó en la larga lista de los diferentes aspectos del trato de los inversores que se benefician de la CNMF.

Ahondando en el análisis del párrafo (1) del art. 3 del APPRI Reino Unido-Unión Soviética, e intentando examinar todos los casos aún los resueltos en forma positiva, recuerda que el tribunal en el caso de *RosInvest Co*, se formuló la siguiente pregunta: “¿Es posible que el término trato incluya la protección de una cláusula de arbitraje?”. La respuesta fue negativa al menos en lo que respecta al trato de las inversiones, y según el tribunal: “si bien la protección de una cláusula de arbitraje que incluye la expropiación es un aspecto muy relevante de dicho ‘trato’... no afecta directamente a las ‘inversiones’”. La solución es inversa en lo que respecta al trato de los inversores, aunque cabe señalar una vez más que la enumeración de los aspectos de la situación del inversor que se mencionan expresamente en la cláusula NMF no incluye el mecanismo de resolución de controversias”.

A pesar de ello, el tribunal consideró que “es difícil tener alguna duda de que una expropiación interfiere con el uso y goce de la inversión por parte del inversor y que el sometimiento al arbitraje forma una parte muy importante de la protección correspondiente para el inversor al otorgarle, en caso de interferencia con su ‘uso’ y ‘goce’, opciones procesales que revisten una importancia obvia y significativa en comparación con la única opción de impugnar dicha interferencia ante los tribunales locales del estado receptor”. Sobre esta base, el tribunal consideró que tenía jurisdicción más allá de la que ofrecía el art. 8 del APPRI Reino Unido/Unión Soviética.

Sostiene la Profesora Stern, que si se lee esta decisión en forma literal, significa que cuando la CNMF se refiera únicamente a las inversiones y no a los inversores, no debería aplicarse al mecanismo de resolución de conflictos dado que ello es un derecho jurisdiccional del que sólo puede ser titular un inversor y no una inversión. Aplicado al caso *Impregilo* el APPRI Argentina/Italia le brinda un trato de nmf a las inversiones, y por lo tanto este análisis resultaría en el rechazo de la incorporación de cualquier aspecto de la disposición sobre resolución de controversias contenida en el APPRI Argentina/Estados Unidos al tratado base y privaría al Tribunal de competencia para entender en el caso. Sin embargo, afirma: “...que esta es una distinción artificial, que resultaría en decisiones diversas para cláusulas nmf muy similares y, sobre este punto en especial, me convence más la conclusión adoptada en el caso Siemens en cuanto a que “a efectos de aplicación de la CNMF, no cabe dar un significado especial al empleo de los términos ‘inversor’ e ‘inversión’ en el Tratado”, ello como resultado de que “el trato de las inversiones incluye trato de los inversores” como también ocurre en *Plama*, donde se siguió la misma postura y el tribunal señaló que “no le otorga una relevancia particular al uso de los diferentes términos” y en *Renta 4*, donde el tribunal declaró: “(q)ue el trato NMF se establezca en el APPRI correspondiente como relativo a los inversores y no a las inversiones carece, en principio, de toda relevancia”

Stern continúa su argumentación refiriéndose al análisis propuesto de la CNMF basado en una distinción entre condiciones de admisibilidad para el acceso a los derechos y los derechos, lo que justifica jurídicamente la distinción entre trato sustantivo y trato jurisdiccional

En el párrafo 45 de su opinión disidente afirma:

“Desde mi punto de vista, incluso si el acceso al arbitraje puede ser considerado en términos generales como parte del trato, tal como fue explicado precedentemente, el inversor no tiene acceso a los dos aspectos del trato al que tiene derecho en virtud del APPRI en su totalidad bajo las mismas condiciones y esta es la justificación, en última instancia, para no asimilar ambos aspectos. Esto es así porque existe una profunda diferencia entre los ordenamientos jurídicos nacionales y el ordenamiento jurídico internacional. A nivel nacional, cuando existe un derecho sustantivo siempre existe automáticamente un medio para proteger ese derecho mediante el sistema jurisdiccional. En otras palabras, a nivel nacional, el trato jurisdiccional es inherente al trato sustantivo. Por el contrario, a nivel internacional, la mayoría de los derechos no pueden hacerse valer mediante un proceso jurisdiccional; ello sólo ocurre, a modo excepcional, cuando el Estado ha prestado su consentimiento – a otros Estados al aceptar la jurisdicción de la CIJ o a los inversores extranjeros al aceptar el arbitraje internacional – para que dicho “trato jurisdiccional” complemente el trato sustantivo otorgado por las normas internacionales. Contrariamente a la situación existente en los ordenamientos jurídicos nacionales, el trato jurisdiccional nunca es inherente al trato sustantivo a nivel internacional. Es decir que existe un trato sustantivo y existe un trato jurisdiccional que son claramente distintos y que deben distinguirse, y el principio “ejusdem generis” exige que no sean asimilados: el hecho de que deban ser tratados de manera diferente no responde a que un trato es sustancial y el otro procesal per se (algunos requisitos procesales o derechos procesales en el tratado base podrían ser tratados de la misma manera que los derechos sustantivos) sino que responde a que el trato jurisdiccional requiere de una condición complementaria antes de que pueda ser concedido al inversor, tal como explicaré a continuación.”

Siguiendo en esta línea de razonamiento, Stern sostiene que corresponde hacer una distinción básica entre quienes han respaldado el lenguaje amplio que se refiere a “todas las demás cuestiones” para decidir que la cláusula CNMF debe aplicarse a los procedimientos de resolución de controversias. Allí señala que algunos tribunales han planteado dudas respecto de las consecuencias que puede acarrear esta amplia redacción, como por ejemplo en *Berschader*³⁵, donde el tribunal manifestó que “(c)on respecto a la interpretación de expresiones tales como “todas las demás cuestiones” o “todos los derechos” contempladas en un tratado, cabe destacar que... ni siquiera frente a un lenguaje aparentemente claro como éste puede considerarse que su significado sea inequívoco en el contexto de una cláusula NMF”.

Aun estando de acuerdo con este comentario, Stern busca demostrar que en numerosas oportunidades la cláusula CNMF, efectivamente no se ha aplicado a todas las cuestiones reguladas por el tratado. Esto se debe, –en su opinión–, a que existen dos tipos diferentes de disposiciones en los APPRIs que deben distinguirse en esta amplia categoría de “todas las demás cuestiones”. Existen derechos y existen condiciones fundamentales para acceder a

³⁵ *Berschader v. Federación Rusa*, Caso SCC N° 080/2004, Laudo 21 abril 2006, párr. 184. Cabe señalar que este laudo jurisdiccional así como el laudo sobre el fondo están siendo impugnados ante los tribunales de Suecia, como lugar del arbitraje.

los derechos. En otras palabras, existen normas que confieren derechos sustantivos y jurisdiccionales a los inversores extranjeros respecto de sus inversiones y existen normas que regulan el acceso de los inversores extranjeros a los derechos sustantivos y jurisdiccionales otorgados por el tratado base.

Como una primera conclusión dentro de esta vertiente de su línea argumental, Stern afirma que: “Considero que una cláusula NMF sólo puede referirse a los derechos de los que un inversor puede gozar, no puede modificar las condiciones fundamentales para el ejercicio de dichos derechos, es decir, las condiciones insuperables para acceder a los derechos otorgados en virtud del APPRI. Esta distinción fue claramente expresada hace más de 50 años por Ustor, Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional sobre la cláusula NMF, quien manifestó lo siguiente:

“El Estado beneficiario sólo puede invocar derechos que correspondan al objeto al que se refiere la cláusula, comprendidos dentro de los límites cronológicos y otras condiciones y restricciones que estipule el acuerdo y que se refieran a personas o cosas especificadas en la cláusula o implícitas en el objeto de la misma”³⁶.

Este argumento no debe desestimarse y es, de hecho, de gran importancia, ya que explica cabalmente el modo en que debe implementarse una cláusula NMF. Dado que una cláusula NMF no puede modificar las condiciones de acceso a los derechos, esto tiene consecuencias trascendentales respecto del enfoque necesariamente diferencial de los derechos sustantivos y los derechos jurisdiccionales, cuyas condiciones de admisibilidad son diferentes, aunque parcialmente solapadas. Para poder beneficiarse de los derechos sustantivos otorgados en virtud de un APPRI, deben cumplirse ciertas condiciones que constituyen “cuestiones reguladas por el APPRI”: las conocidas condiciones *ratione personae*, *ratione materiae* y *ratione temporis*. Para poder beneficiarse de la protección jurisdiccional conferida por un mecanismo de arbitraje, deben cumplirse estas mismas condiciones, pero, además, existe una condición *ratione voluntatis*: el Estado debe haber otorgado su consentimiento a someterse a dicho procedimiento para que el inversor extranjero pueda demandarlo directamente a nivel internacional. Dicho consentimiento puede expresarse de manera amplia o limitada, con condiciones que prevén el agotamiento previo de los recursos locales o que establecen períodos de espera, que admiten todos los reclamos o sólo cierto tipo de reclamos; en otras palabras, el consentimiento se otorga sujeto a ciertas condiciones... En efecto, que un Estado haya otorgado su consentimiento a otro Estado para conferirle ciertos derechos sustantivos a los inversores de ese Estado no implica que dicho Estado también haya otorgado su consentimiento para que los inversores extranjeros puedan posteriormente demandar a dicho Estado directamente en un proceso de arbitraje internacional. Para que surja un derecho de esa índole, debe otorgarse un consentimiento específico en el tratado y el Estado puede dar forma a dicho consentimiento

³⁶ Endre Ustor, Relator Especial de la CDI, *Anuario CDI*, 1969, vol. II, p. 170, Documento A/CN.4/213 de 18 abril 1969, Segundo informe sobre la cláusula de la nación más favorecida, *Anuario CDI* 1970, vol. II, p. 204, 9 de marzo y 18 mayo 1970, Documento A.CN.4/228 y Add.

según lo estime apropiado, al establecer las condiciones básicas según las cuales otorga su consentimiento; es decir, las condiciones en virtud de las que se realiza dicho “ofrecimiento de someterse al arbitraje” a los inversores extranjeros...”³⁷.

A continuación la Profesora Stern, intenta demostrar que existen numerosos casos en los que las condiciones para acceder a un derecho sustantivo, aunque se encuentren incluidas en todas las cuestiones reguladas por el APPRI, no se han considerado susceptibles de ser ampliadas por una CNMF. No discute que todos los derechos sustantivos otorgados en virtud de un tratado de protección de la inversión sólo pueden ser otorgados si se cumplen las condiciones *ratione personae*, *ratione materiae*, y *ratione temporis* establecidas en el tratado. Citando a Yas Banifatemi³⁸, sostiene que cada tratado establece sus propias condiciones *ratione personae*, *ratione materiae* y *ratione temporis* y su alcance de aplicación. Esto señala la distinción entre los derechos otorgados a los inversores y las condiciones que deben cumplirse para poder beneficiarse de dichos derechos. Las condiciones *ratione personae*, *ratione materiae* y *ratione temporis* son condiciones que justamente surgen de la aplicabilidad del tratado. Stern afirma que lo mismo ocurre con los derechos procesales / jurisdiccionales respecto del acceso a la jurisdicción del CIADI, los que también se otorgan al inversor únicamente cuando se cumplen las mismas condiciones *ratione personae*, *ratione materiae*, y *ratione temporis*, además de una condición *ratione voluntatis*. Si las condiciones establecidas por el Estado para prestar su consentimiento al arbitraje internacional en el tratado base no se cumplen, el inversor no puede beneficiarse de los derechos jurisdiccionales otorgados en virtud del tratado.

“La definición de ‘inversor’ se encuentra sin duda incluida en “todas las demás cuestiones” reguladas por el APPRI. No obstante, no puede modificarse por la aplicación de una cláusula NMF, dado que dicha definición condiciona el acceso a la protección prevista por el APPRI”³⁹.

Continúa afirmando –en defensa de sus argumentos– que las condiciones que configuran el consentimiento del Estado al arbitraje se encuentran sin duda incluidas en “todas las demás cuestiones” reguladas por el APPRI. No obstante, no pueden modificarse por la implementación de una CNMF, dado que condicionan el acceso al mecanismo de arbitraje previsto en el APPRI, del mismo modo que una CNMF no puede modificar las condiciones *ratione personae*, *ratione materiae*, y *ratione temporis*, y tampoco puede modificar la condición *ratione voluntatis*, que constituye una condición de admisibilidad para gozar de los derechos jurisdiccionales disponibles para la protección de los derechos sustantivos.

³⁷ Párrs. 47,48,49,50,51,52 y 53 Stern Opinión Disidente cit.

³⁸ “...los requisitos de que exista una ‘inversión’ realizada por un ‘inversor’ en el marco del tratado de inversión en cuestión constituyen condiciones de admisibilidad, las que, en caso de no cumplirse, constituyen un impedimento a la aplicabilidad del tratado...Y. Banifatemi, “The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration”, en A. Björklund, I. Laird y S. Ripinsky (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues*, III, Londres, BIICL, 2009, nota 16, p. 250

³⁹ Párrafo 63 Opinión Disidente cit.

En otras palabras, para que una disposición relativa al mecanismo de resolución de controversias pueda importarse al tratado base –según Stern– el derecho de acceso al arbitraje internacional, en este caso al arbitraje del CIADI, debe poder existir para el inversor extranjero en virtud del tratado base. Es decir, la existencia de tal derecho se encuentra condicionada por el cumplimiento de todas las condiciones necesarias para que opere dicha jurisdicción: las condiciones *ratione personae*, *ratione materiae*, y *ratione temporis*, así como también la condición complementaria relativa al alcance del consentimiento del Estado a someterse a dicha jurisdicción: la condición *ratione voluntatis*.

Continúa afirmando Stern, que en tanto no se cumplan las condiciones de admisibilidad expresadas por el Estado para otorgar su consentimiento, no existe consentimiento; es decir, el inversor extranjero no puede acceder al trato jurisdiccional ofrecido por el arbitraje ante el CIADI. Una CNMF no puede ampliar el alcance del derecho a acceder al arbitraje internacional otorgado por el tratado base, no puede utilizarse para brindar acceso al arbitraje internacional cuando esto no es posible en virtud de las condiciones establecidas en el tratado base.

En apoyo de sus argumentos, Stern, también menciona el “Proyecto de los Artículos sobre la Cláusula de la Nación más Favorecida de 1978”, en cuanto dice:

“El sistema del trato de la nación más favorecida consiste en hacer extensivas las disposiciones de un tratado por medio de las disposiciones de otro. A menos que este sistema se limite estrictamente a casos en que existe una gran identidad entre las materias objeto de las dos series de cláusulas en juego, puede suceder en alguna ocasión que intención de asumir. De este modo, la norma se desprende claramente de los principios generales de interpretación de los tratados. Los Estados no pueden considerarse ligados por algo que exceda de las obligaciones que han contraído”⁴⁰.

Se pregunta Stern, en apoyo de esta postura, ¿Debe tratarse del mismo modo a todas las condiciones que configuran el consentimiento del Estado o debe realizarse una distinción entre las condiciones de admisibilidad y las condiciones de jurisdicción?

Buscando una respuesta, cita la opinión disidente de Charles Brower en *Renta 4*, –quien en forma evidente sostiene posturas opuestas – donde afirmó que: “...no existe fundamento alguno para distinguir entre los aspectos relacionados con la admisibilidad para acceder al arbitraje entre inversores y Estados y las cuestiones de jurisdicción...”⁴¹, y agrega que esta postura fue adoptada por varios tribunales del CIADI, en el contexto general del ejercicio de su “*compétence –compétence*”. Por ejemplo, en *Enron*⁴², donde el tribunal declaró:

⁴⁰ Proyecto de Artículos sobre la Cláusula de la Nación más Favorecida con comentarios, 1978, *Anuario CDI*, vol. II, Parte 2, A/CN/4/SER.A/1978/Add.1 (Parte 2), p. 31.

⁴¹ Opinión Disidente en *Renta 4*, cit. nota 21, párr. 10.

⁴² *Enron Corporation y Ponderosa Assets, l.p. v. Republica argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción de 14 enero 2004. Párr. 88.

“... que la conclusión alcanzada no se debe a que el período de seis meses de negociación pudiera ser un mero requisito de procedimiento de carácter no jurisdiccional, como han argumentado las Demandantes y afirmado otros tribunales. En opinión de este Tribunal, dicho requisito reviste, sin duda, carácter jurisdiccional. Su incumplimiento conduciría a que se determinara la falta de jurisdicción”.

Del mismo modo, el tribunal en el caso *Burlington* fue muy claro en su análisis respecto de un requisito de negociación de 6 meses, el cual consideró un requisito de carácter jurisdiccional:

“...al imponer a los inversores una obligación de expresar sus desacuerdos al menos con una antelación de seis meses a la sumisión a arbitraje de una controversia relativa a una inversión, el Tratado efectivamente le acuerda a los Estados receptores el derecho a ser informados de la controversia al menos seis meses antes de que sea sometida a arbitraje. El propósito de este derecho es conceder al Estado receptor la oportunidad de solucionar la controversia antes de que el inversor someta la controversia a arbitraje. En este caso, la Demandante privó al Estado receptor de esta oportunidad. Ello es suficiente para negar jurisdicción”⁴³.

La Profesora Stern, siguiendo con el mismo análisis se refiere al caso *Wintershall*, uno de los laudos más potentes en cuanto a la interpretación que debe darse al alcance de la CNMF, y la resolución de controversias. En dicho lauro, el Tribunal el Tribunal sostuvo:

“La exigencia de acudir a los tribunales locales por un plazo de 18 meses prevista en el art. 10.2º es fundamentalmente una cláusula jurisdiccional y no una disposición meramente procesal...Y el requisito del transcurso de 18 meses de iniciado un procedimiento ante los tribunales locales —estipulado en el art. 10.2º— es un paso preliminar esencial para iniciar el arbitraje del CIADI, en el APPRI Argentina –Alemania: constituye una parte integral de la “oferta permanente” (“consentimiento”) del Estado receptor, que debe ser aceptada en los mismos términos por cada inversor individual que recurre (en última instancia) al arbitraje del CIADI para solucionar su diferencia con el Estado receptor en el marco del APPRI en cuestión”⁴⁴.

La decisión en *Wintershall* insistió con la idea de que el Estado debe haber otorgado su consentimiento y que dicho consentimiento es la condición para acceder al arbitraje internacional:

“... por lo tanto, el APPRI Argentina/Alemania es un tratado en que indudablemente se concede el derecho de acceder al arbitraje internacional (CIADI) a inversores extranjeros que sean nacionales de Alemania; sin embargo, este derecho de acceder al arbitraje del CIADI no se establece sin reservas, sino sujeto a la condición de que se acuda primero a los tribunales competentes de Argentina...una norma relativa a los recursos locales puede estipularse legítimamente en el APPRI ... como en el art. 10.2º, se convierte en una condición del “consentimiento” de Argentina—, lo que en la práctica representa el “ofrecimiento” de Argentina de que se sometan a arbitraje las diferencias que surjan en el marco del APPRI, pero sólo a condición de que el inversor acepte y cumpla lo dis-

⁴³ *Burlington Resources Inc. v. República del Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción de 2 junio 2010, párr. 315. *Vid.* también, *Murphy v. Ecuador*, donde el tribunal consideró que el período de espera constituía un requisito jurisdiccional y que la consecuencia de no respetar dicho período de espera era la falta de jurisdicción del tribunal, *Murphy Exploration and Production Company International v. Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/08/4, Decisión sobre Jurisdicción de 15 diciembre 2010, párrs. 140–157.

⁴⁴ *Wintershall Aktiengesellschaft v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo de 8 diciembre 2008– nota 9, párrs. 160 y 172.

puesto, entre otras cosas, en el art. 10.2º; un inversor (como la Demandante) sólo puede aceptar el “ofrecimiento” en esas condiciones⁴⁵.

Como conclusión a esta línea de razonamiento, e interpretando que alcance debe darse a los requisitos de admisibilidad y jurisdiccionales, Stern afirma que:

“... si todas las condiciones que forman el consentimiento del Estado son consideradas prerequisites jurisdiccionales para la existencia del derecho a acceder al arbitraje internacional, se infiere que una cláusula NMF jamás podría modificar los parámetros de dicho consentimiento para someterse a un mecanismo de arbitraje internacional. Todas las condiciones, ya sea el transcurso de un período de espera o la condición de agotar los recursos locales, una restricción del consentimiento a determinada clase de arbitraje o una restricción respecto del alcance del arbitraje, constituyen condiciones jurisdiccionales que condicionan el consentimiento del Estado a someterse al arbitraje que no pueden eludirse mediante una cláusula NMF – El hecho de que la cláusula NMF no permita modificar las condiciones para el otorgamiento de consentimiento del Estado en el tratado base se encuentra en consonancia con la importancia otorgada al consentimiento de los Estados en el marco del arbitraje internacional”⁴⁶.

Añadiendo un argumento más a esta postura, Stern se refiere al caso *Plama*, donde se hizo mucho hincapié en la necesidad de que exista un consentimiento claro e inequívoco, aunque reconociendo que esta postura tan restrictiva ha tenido muchas críticas. Allí el Tribunal sostuvo:

“... En la actualidad, el arbitraje es la vía generalmente aceptada para resolver controversias entre inversores y estados. Sin embargo, dicho fenómeno no quita la condición previa básica del arbitraje: el acuerdo de las partes de someterse al arbitraje. Es un principio reconocido tanto por el derecho local como por el derecho internacional que establece que dicho acuerdo debe ser claro e inequívoco. En el marco de un APPRI, se llega al acuerdo de someter la controversia a arbitraje mediante el consentimiento que con antelación otorga un estado de someter las controversias respecto de inversiones que se encuentren contempladas por el APPRI a arbitraje, y la aceptación por parte de un inversor, si así lo desea. Pueden surgir dudas respecto de la intención clara e inequívoca de las partes si se llega a un acuerdo de someterse a arbitraje por vía de incorporación o referencia”⁴⁷.

Stern afirma que si la oferta para someterse a arbitraje sujeta a ciertas condiciones, pudiese modificarse en lo relativo a las condiciones para el otorgamiento del consentimiento, “la piedra angular [del arbitraje ante el CIADI]” sería un consentimiento totalmente vago, indefinido respecto de las condiciones bajo las cuales se otorga o respecto de su alcance y dependiera de los caprichos de otros posibles tratados celebrados por el Estado, dicho consentimiento no sería claro en absoluto, sino que sería un consentimiento versátil y hasta se podría decir que ni siquiera sería un consentimiento, y sostiene que:

“...un derecho condicional a acceder al arbitraje del CIADI no puede transformarse mágicamente en un derecho incondicional gracias a una cláusula NMF. El acceso al derecho previsto en el trata-

⁴⁵ *Wintershall*, cit. nota 9, párr. 116.

⁴⁶ Stern, *Opinion Disidente* cit. Párr. 88

⁴⁷ *Plama Consortium Limited v. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB /03/24, Decisión sobre Jurisdicción de 8 febrero 2005, párrs. 198–199.

do base no puede ser modificado mediante una cláusula NMF. Cualquier otra solución acarrea, en mi opinión, grandes riesgos”⁴⁸.

La profesora Stern, recuerda aquí, que en el caso *Maffezini*, el tribunal era consciente de las consecuencias trascendentales de su decisión de aplicar la CNMF para modificar procedimientos de resolución de controversias y se vio obligado a manifestar que “debe quedar clara la distinción entre la legítima extensión de derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula, por una parte, y la alternativa nociva de tratar de aplicar diversos tratados para alterar los objetivos de política en que se fundamentan algunas disposiciones específicas, por la otra”. Aquel tribunal, en un intento por mantener las cosas bajo control, añadió que “hay ciertos límites importantes que han de tenerse en cuenta”. Estos límites fueron resumidos de la siguiente manera:

“Como cuestión de principio, el beneficiario de la cláusula no debe tener la posibilidad de dejar sin efecto las consideraciones de política pública que puedan haber previsto las partes contratantes como condiciones fundamentales para su aceptación del convenio de que se trate, especialmente si el beneficiario es un inversionista privado, como sucede con frecuencia”⁴⁹.

La opinión disidente de la Profesora Stern, resume las principales líneas de razonamiento de los árbitros seguidores de las teorías restrictivas, intentando demostrar cuales son las principales pilares de esta postura que ha recibido adhesiones como se desprende de varios laudos.

2. Tesis que interpretan positivamente la aplicación de la CMFN a la solución de controversias. Teorías flexibles

Es cierto también, que hay diferentes tipos de casos en los cuales se ha propuesto la CNMF, y algunos han obtenido positivos aun con la misma situación fáctica y similares reglas contenidas en los APPRIs. Debe reconocerse, que no en todos los casos se trata de cuestiones de admisibilidad, prerequisites, o cuestiones que nos requieran hacer una distinción entre derechos sustantivos y derechos procesales. Como bien se ha dicho en los casos *Renta 4*, *Tza Yap Shum* o *Wintershal*, no puede haber reglas estrictas, y deberá ser tratado cada caso en forma particular, evaluando las pruebas aportadas, las reglas emanadas del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados, y la real intención de las partes.

En la jurisprudencia sobre este tema, existen distintas categorías de casos, que se pueden resumirse en las siguientes:

- i) Posibilidad de acceder directamente al arbitraje internacional sin someter la controversia previamente a los tribunales locales durante 18 meses.
- ii) Posibilidad de extender la competencia del Tribunal a violaciones del APPRI ocurridas con anterioridad a su entrada en vigor.

⁴⁸ Stern, Opinion Disidente cit. Párr. 99.

⁴⁹ *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7– Decisión sobre Jurisdicción de 25 enero 2000. Párr. 63.

iii) Posibilidad de someter la controversia al CIADI cuando el APPRI establecía que en caso de que el inversor y una entidad de la una Parte Contratante hubieran celebrado un acuerdo de inversión, el procedimiento de solución de controversias previsto en el acuerdo de inversión era el aplicable.

iv) Posibilidad de someter la controversia al CIADI cuando el APPRI establecía arbitraje *ad hoc* CNUDMI sólo para determinar el monto de la indemnización en caso de expropiación.

v) Posibilidad de someter a arbitraje internacional una controversia relativa a la violación de estándares de trato distintos de la expropiación, cuando el APPRI sólo permitía someter a arbitraje las controversias relativas al monto de la indemnización por expropiación.

vi) Posibilidad de someter a arbitraje internacional una controversia sobre la existencia y legalidad de una expropiación cuando el APPRI sólo permitía someter a arbitraje controversias relativas al monto de la indemnización por expropiación y a las consecuencias de la expropiación.

vii) Posibilidad de someter a arbitraje internacional una controversia relativa a la violación de estándares de trato distintos de la expropiación, cuando el APPRI sólo permitía someter a arbitraje los reclamos por expropiación.

Como ya hemos señalado inicialmente, hay una evolución de la jurisprudencia desde el caso *Maffezini*, que fue el primero en el cual se reconoció una vinculación directa entre la CNMF y los mecanismos de solución de controversias. Debemos recordar a esta altura, que la aplicación de la CNMF en *Maffezini*, resultó como consecuencia de una propuesta alternativa hecha por el demandante en aquel caso⁵⁰, y a través de la cual se abrió el camino que llevó al tribunal a decidir como lo hizo⁵¹, recurriendo a las reglas que provenían del tratado base, que en aquel caso era el celebrado por Argentina y España. De hecho, el atajo que buscaba el demandante, era eludir el requisito de espera durante 18 meses, mientras se ventilaba el litigio en la sede local, y no buscaba otra cosa diferente en lo relativo a la jurisdicción.

La jurisprudencia que debería formar parte de este análisis, debería ser aquella que precisamente contenga los mismos elementos facticos que *Maffezini*, y no aquella que provenga de otros casos donde el resultado buscado era “importar reglas de resolución de conflictos de otros tratados, invocando la CNMF”, sin que estuvieran vinculadas con el agotamiento de las instancias locales. Por una cuestión metodológica deberíamos comparar casos similares, y por ello –en principio– no procedería referirse a casos donde lo que se busque sea la posibilidad de extender la competencia del Tribunal a violaciones del APPRI ocurridas con anterioridad a su entrada en vigor, como lo fue en el caso *Tecmed*, o la posibilidad de someter la controversia al

⁵⁰ *Maffezini* cit., Párr. 37.

⁵¹ Tribunal integrado por F. Orrego Vicuña, Th. Buergenthal y M. Wolf como árbitros.

CIADI cuando el APPRI establecía que el inversor y una entidad del Estado Contratante hubieran celebrado un acuerdo de inversión, con un procedimiento de solución de controversias determinado, como sucedió en *Salini*.

Tampoco correspondería que analicemos los casos donde se buscó la posibilidad de someter la controversia al CIADI cuando el APPRI establecía arbitraje *ad hoc* CNUDMI sólo para determinar el monto de la indemnización en caso de expropiación como en el caso *Plama*, o la posibilidad de someter a arbitraje internacional una controversia relativa a la violación de estándares de trato distintos de la expropiación, cuando el APPRI sólo permitía someter a arbitraje las controversias relativas al monto de la indemnización por expropiación como resultado en el caso *Vladimir-Berschader*.

Desde esta óptica tampoco sería correcto comparar los casos orientados a la posibilidad de someter al arbitraje internacional una controversia sobre la existencia y legalidad de una expropiación cuando el APPRI sólo permitía someter a arbitraje controversias relativas al monto de la indemnización por expropiación y a las consecuencias de la expropiación como sucedió en *RosInvestCo*, o *Renta 4*, ni tampoco sobre la posibilidad de someter a arbitraje internacional una controversia relativa a la violación de estándares de trato distintos de la expropiación, cuando el APPRI sólo permitía someter a arbitraje los reclamos por expropiación como en el caso *Tza Yap Shum*.

Ahora bien, establecer este límite no es simple, porque los casos y los argumentos se mezclan entre sí, y si bien el caso *Maffezzini* se abrió una puerta que dio lugar a la entrada de la CNMF a la resolución de conflictos, en muchos casos no simplemente se buscaba sortear la instancia local por 18 meses, sino que se trataba de “importar” dichas reglas de otros APPRI. Nuestra revisión comprende toda la evolución a lo largo de los últimos 14 años, incluyendo casos que no son idénticos.

Hemos reconocido ya, –y en eso hay pleno consenso–, que los laudos donde estuvo en discusión cuestiones de esta naturaleza, se han encontrado soluciones muy diversas y con argumentaciones cruzadas y enfrentadas entre sí, apreciándose que, desde un extremo hasta el otro, existen las posiciones completamente restrictivas, hasta otras que son muy flexibles. Se observa a partir de los resultados, que la pelea está muy pareja. Dentro de estas posiciones más flexibles, están las que admiten la aplicación de la CNMF a los mecanismos de resolución de controversias y una manera de acceder a la jurisdicción del CIADI, sin mayores cortapisas, en la medida que haya algún término que involucre la CNMF con una visión muy amplia y generosa. Por el otro lado, están las posturas restrictivas, para las cuales no existe posibilidad de darle efectos jurisdiccionales a la CNMF, a menos que clara y expresamente el APPRI lo permita.

Debe reconocerse no obstante que hay visiones que buscan simplificar y centrar la cuestión buscando puntos de equilibrio, tomando aspectos de uno y otro espectro como forma de acercar posiciones. En este sentido destaco lo afirmado por el tribunal *ad-hoc* de anulación en el caso *Impregilo* de 24 enero 2014, que resulta uno de los laudos más recientes.

Allí el Tribunal ha dicho:

“En cada caso particular, la redacción del tratado, las circunstancias de la diferencia y las pruebas y los argumentos aportados tuvieron una función sustancial en la decisión de los tribunales en cuanto a si debería aplicarse la CNMF a cuestiones jurisdiccionales. Por ello, esta cuestión debe ser analizada en cada caso concreto y no es posible establecer, –aplicar – una regla general que indique que una CNMF se aplica o no se aplica a cuestiones jurisdiccionales. Si el tratado, como ocurre en algunos casos, expresamente prohíbe la aplicación de la CNMF a cuestiones jurisdiccionales y el tribunal incumple dicho mandato y aplica la CNMF para arrogarse competencia; o si el tratado en forma expresa extiende la CNMF a cuestiones jurisdiccionales y el tribunal no se arroga competencia, independientemente de la clara redacción de la cláusula, se podría decir que existe una extralimitación manifiesta de facultades. En dichos casos, la mera comparación entre el texto del tratado y la decisión del tribunal podría llevar a la conclusión de que existe una extralimitación de facultades y que dicho exceso sería evidente... No obstante, la cuestión cambia cuando no existe una prohibición o una autorización expresa, y la aplicabilidad o no aplicabilidad de la CNMF a cuestiones jurisdiccionales requiere, entre otras cosas, una interpretación de las disposiciones de un tratado particular, un análisis de la intención de las partes y de las pruebas y los argumentos aportados en el caso específico”⁵².

Se trata sin duda de un intento de acotar racionalmente el debate, el cual no dudamos que continuara pendiente, quizás por mucho tiempo. Por ello queremos examinar algunas de las teorías “flexibles”, al igual que ya examinamos las posturas “restrictivas”, donde la opinión disidente de la Profesora Brigitte Stern, en el caso *Impregilo*, constituye una muy valiosa pieza.

Veremos entonces, y siguiendo la síntesis que surge del caso de anulación en *Impregilo*, los siguientes aspectos: a) cuando existe una autorización expresa dentro de la CNMF a cuestiones jurisdiccionales, b) cuando no existe una prohibición, pero la redacción de la cláusula, que requiere aplicar reglas de interpretación y un análisis de la intención de las partes y de las pruebas y los argumentos aportados en el caso específico.

Los más simples sin duda, son los casos en que se incluye una autorización expresa dentro de la CNMF a cuestiones jurisdiccionales como sucede con el Modelo de APPRI del Reino Unido, cuyos redactores establecieron en el art. 3.3º que: “para evitar toda duda, el trato de NMF se aplicará a ciertas disposiciones específicas del APPRI incluida aquella referida a la resolución de conflictos”⁵³.

¿Qué sucede con los casos en que no existe una autorización expresa, pero donde puede asumirse que la CNMF comprende a la resolución de controversias?. Es aquí donde debemos examinar primero cuidadosamente las redacciones de las CNMF, y en especial aquellos donde se incluya la expresión “todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo” o expresiones similares como sucede en el APPRI Argentina –España, donde dice en el art. IV: “En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no

⁵² *Impregilo S.P.A. v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17. Procedimiento de anulación. Decisión del comité *ad hoc* sobre la solicitud de anulación, párrs. 136 y 137.

⁵³ A partir del año 1990, algunos APPRIs celebrados por el Reino Unido comienzan a incluir en los artículos sobre el trato de la NMF un párr. adicional que extiende el trato de la NMF a las cláusulas sobre solución de controversias.

será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país.”.

Este fue el argumento básico que utilizó el Tribunal en el caso *Maffezini*, para considerar que la CNMF alcanzaba a la solución de controversias, aunque no hubiera una autorización expresa y concreta, y ello resulta evidente cuando el tribunal dice:

“No obstante el hecho de que el tratado básico que contiene la cláusula no se refiere expresamente a la solución de controversias como una materia cubierta por la cláusula de la nación más favorecida, el Tribunal considera que hay razones suficientes para concluir que actualmente los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros”⁵⁴

Tenemos luego los casos, donde no existe tal expresión referida a todas las demás cuestiones, y en donde los seguidores de las tesis flexibles, han buscado argumentos que justifiquen en alcance y la extensión de la CNMF a los mecanismos de resolución de controversias.

Tomaremos un ejemplo, de los muchos tratados que se encuentran en este rango, y contienen redacciones similares. Analizaremos como ejemplo el APPRI Uruguay–España suscrito el 7 abril 1992 y que entró en vigor dos años después, el 6 mayo 1994.

Dice este APPRI :

Artículo IV. – *Tratamiento*. 1. Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante.

2. Este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país que goce del tratamiento de Nación Más Favorecida.

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

Una zona de libre cambio,

–Una unión aduanera,

–Un mercado común, o

–Una organización de asistencia económica mutua o en virtud de un Acuerdo suscrito antes de la fecha de la firma del presente Convenio que prevea disposiciones análogas a aquellas que son otorgadas por esa Parte Contratante a los participantes de dicha organización.

4. El tratamiento concedido con arreglo al presente artículo no se extenderá a beneficios, deducciones y exenciones fiscales u otros privilegios análogos otorgados por cualquiera de las Partes Contratantes a inversores de terceros países en virtud de un Acuerdo para Evitar la Doble Imposición o de cualquier otro Acuerdo en materia de tributación.

Primera observación. Entre las cuestiones excluidas (art. IV, párrs. 3 –4) no se encuentran las relativas a la solución de controversias. Ahora bien, la expresión utilizada –...este tratamiento no se extenderá, sin embargo, a los privilegios...” – nos lleva necesariamente a analizar la interpretación que debe darse a la palabra “tratamiento”; es decir, si solo se refiere al “tratamiento justo y equitativo” o, si por el contrario, abarca todo tipo de “tratamiento” (párrafo 2) respecto del inversor, que pueda alcanzar a la solución

⁵⁴ *Maffezini*, Decisión de jurisdicción, cit., párr. 54.

de controversias. Nos preguntamos entonces: ¿se puede interpretar que el “tratamiento” de inversores extranjeros mencionado en el art. 4 de este APPRI respecto de la supuesta violación del estándar de tratamiento justo y equitativo, incluye las disposiciones más amplias sobre arbitrajes ante el CIADI que se establecieron en APPRIs posteriores o anteriores que incluyan la resolución de controversias por la vía arbitral?

El tema fue tratado en varios laudos, y paradójicamente, encontramos argumentos muy valiosos en casos donde en definitiva se resolvió el rechazo a la aplicación de la CNMF, o donde encontramos opiniones disidentes en igual sentido. Repararnos aquí entonces, que puede verse el “núcleo” de las posturas que se vuelcan hacia una interpretación amplia, es decir, las que reputan que la expresión “tratamiento” tiene un alcance comprensivo de la resolución de controversias, pero dentro de este grupo, se observan también las posturas que consideran que puede haber limitaciones o restricciones, y es allí donde propugnan un análisis que contenga otros elementos de convicción, tales como las pruebas o las circunstancias particulares del caso. Cabe recordar aquí, que los tribunales que han adoptado la posición restrictiva, han entendido siempre que, como regla general, la CNMF sólo es aplicable a cuestiones relativas a la solución de controversias, salvo que el APPRI disponga lo contrario o que se demuestre sin lugar a ninguna duda que esa era la intención de las partes al momento de firmar el tratado que la CNMF tenga ese alcance⁵⁵.

Desde el otro extremo quienes sostienen las postura completamente amplias, interpretan que, como regla general, la CNMF es aplicable a cuestiones sobre solución de controversias, a menos que el APPRI disponga expresamente lo contrario o que se demuestre que la intención de las partes era que la CNMF no fuese aplicable a ese tipo de cuestiones⁵⁶. Esto tiene su incidencia en la carga de la prueba, ya que si un tribunal adopta el primero de esos principios, el inversor debe demostrar que el APPRI invocado permite expresamente aplicar la CNMF a cuestiones relativas a la solución de controversias o que fue intención de las partes el que se aplique⁵⁷. Por el contrario, cuando un tribunal adopta el segundo principio, es el Estado demandado quien debe demostrar que el tratado base excluye expresamente la aplicación de la CNMF a cuestiones relativas a la solución de controversias o que fue intención de las partes que la CNMF no se aplicase a ese tipo de cuestiones.

Los tribunales, habitualmente no han adoptado un principio general, sosteniéndose en general que no debe asumirse una posición apriorística, resultando necesario analizar en cada caso la CNMF sometida a su consideración. Este fue el principio asumido por el tribunal en el caso *Tza v. Perú* donde se sostuvo que:

⁵⁵ Como sucedió en los casos *Wintershall, Telenor, Berschader, Plama y Salini*.

⁵⁶ Como sucedió en los casos *RosInvest*, párr. 135; *Gas Natural*, párr. 49.

⁵⁷ J. Wong, “The Application of Most-Favored-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions in Bilateral Investment Treaties”, *Asian J. WTO & Int'l Health Law and Policy*, vol.3, 2008, pp. 171, 189, 192, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1140627>.

“El Tribunal considera que no cabe una solución apriorística, es decir, no es posible decidir en general que las cláusulas de NMF son eficaces en una clase de situaciones, mientras que no lo son en otro caso. Cada cláusula de la NMF es un mundo, que exige una interpretación individualizada, para determinar cuál es su ámbito de aplicación”⁵⁸.

Antes de hacer cualquier análisis, debe recordarse que una CNMF, al igual que cualquier otra cláusula de un tratado, debe interpretarse de conformidad con las reglas contenidas en los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, la Convención de Viena)⁵⁹. El art. 31 de la Convención de Viena⁶⁰ establece como regla general que: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El punto de partida en la interpretación de un tratado es entonces, determinar el sentido corriente de sus términos. Este proceso debe realizarse de buena fe y teniendo en cuenta el contexto de los términos, el objeto y fin del tratado.

Luego el art. 31 agrega: “[s]e dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”. Por tanto es necesario demostrar que la intención de las partes en el tratado fue darle un sentido especial a un término, pues de lo contrario se deberá estar al sentido corriente de ese término.

El art. 32, establece que los medios de interpretación complementarios, en particular son los trabajos preparatorios y las circunstancias de su celebración. Los medios complementarios sirven: (a) para confirmar el sentido resultante de la aplicación de la regla general de interpretación del art. 31 de la Convención de Viena o, (b) para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con esa regla deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Encontramos valiosos argumentos de las denominadas tesis flexibles, en dos casos donde el resultado fue negativo para quien solicitó la aplicación de la CNMF. Estos son *TZA v. Perú* y *Renta4 v. Federación Rusa*⁶¹. Los tribunales que laudaron en estos casos, en el primero lo hicieron de forma unánime, pero en segundo existió una disidencia. El resultado final, en los dos casos fue que no hizo lugar a lo solicitado por el inversor, pero no obstante ello, se han desarrollado conceptos interpretativos de suma importancia para este análisis.

El tribunal en el caso *TZA v. Perú*, razonó inicialmente la cuestión considerando que el art. 3 del APPRI (en aquel caso entre Perú y China) no inclu-

⁵⁸ *Tza Yap Shum v. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB /07/6, Decisión sobre Jurisdicción de 19 junio 2009, Párr. 198.

⁵⁹ *Berschader*, párrafo 208; *Telenor*, párr. 92; y *vid.* R. Dolzer y Ch. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2008, p. 188.

⁶⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, 23 mayo 1969, 1155 *UNTS* 331, art. 31.1º, http://www.oas.org/xxxivGA/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf.

⁶¹ *Renta 4 S.V.S.A y otros v. Federación Rusa*, Caso SCC N° ARB. V 24/2007, Laudo sobre Jurisdicción de 20 marzo 2009.

ye ni excluye expresamente la resolución de controversias⁶², aunque señalan que el art. 3.3^o, sin embargo, enumera varias excepciones específicas del tratamiento (arts. 3.1^o y 3.2^o), las cuales se refieren a privilegios o tratamientos preferenciales relativos a “...uniones aduaneras, zonas de libre comercio, uniones económicas, [o] acuerdos para evitar la doble tributación o para facilitar el comercio fronterizo...”⁶³, (tiene una redacción muy similar al APPRI Uruguay-España, que hemos tomado como ejemplo) y concluye que:

“...Un aspecto general de interpretación es que la enumeración específica de excepciones particulares, por implicación sugiere que hay otros asuntos que no se han excluido específicamente *expressio unius est exclusio alterius*. Esta regla brinda alguna claridad al Tribunal, aunque es apenas el comienzo de la historia...”⁶⁴.

El tribunal llegó a tal interpretación, señalando que tanto la Convención de Viena como los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia hacen hincapié en que “lo que importa es la intención de las partes expresada en el texto, que es el mejor indicador de la intención común más reciente de las partes”⁶⁵. Asimismo, entienden que la Convención de Viena no establece una regla de interpretación distinta para las diferentes cláusulas de los tratados.

El laudo en sus conclusiones enuncia la cuestión de la siguiente manera:

⁶² Art. 8.3^o del APPRI entre Perú y China dispone lo siguiente: “Si una controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación no puede ser resuelta dentro de un plazo de seis meses después de recurrir a negociaciones ..., ésta puede ser sometida, a solicitud de cualquiera de las partes al arbitraje internacional del ... CIADI, establecido por la Convención ... de Washington. Cualquier controversia relativa a otros asuntos entre un inversionista de cualquier Parte Contratante y la otra Parte Contratante puede ser sometido al Centro si las partes en la controversia así lo acuerdan...”.

⁶³ El art. 3 del APPRI entre Perú y China dispone lo siguiente:

1. Las inversiones y actividades relacionadas con inversiones de cualquiera de las partes contratantes gozarán de un tratamiento justo y equitativo, así como de protección en el territorio de la otra Parte Contratante.

2. El tratamiento y protección mencionados en el párr. 1 del presente artículo no serán menos favorables que los acordados a inversiones de inversionistas de un tercer Estado y a actividades relacionadas con tales inversiones.

3. El tratamiento y protección, mencionados en los párrs. 1 y 2 del presente artículo, no incluirán ningún tratamiento preferencial acordado por la otra Parte Contratante a las inversiones de inversionistas de un tercer Estado en base a uniones aduaneras, zonas de libre comercio, uniones económicas, acuerdos relativos a evitar la doble tributación o para facilitar el comercio fronterizo”.

El *Adendo* al art. 3 del APPRI contenido en su protocolo establece que: “Deberá concederse a las inversiones efectuadas en el territorio de la República del Perú, además de las disposiciones de los párrs. 1 y 2 de este artículo, un trato no menos favorable que aquel otorgado a las inversiones de la República del Perú”.

⁶⁴ *Laudo Tzs v. Peru*, párr. 207. Confirma esta interpretación el siguiente enunciado de las normas generales de aplicación de la cláusula NMF contenidas en la *Encyclopedia of Public International Law*: Por su propia naturaleza, la cláusula de incondicionalidad, a menos que se acuerde otra cosa, abarca todas las concesiones otorgadas, por la razón que fuere, por el Estado otorgante al tercer Estado. R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, 8, 1985, pp. 411, 415. *Vid.* también *National Grid v. Argentina*, UNCITRAL Decisión de Competencia de 20 junio 2006, párr. 82 (referencia a la Enciclopedia de Derecho Internacional Público).

⁶⁵ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6^a ed., 2003, p. 602.

“... El análisis del Tribunal indica, preliminarmente, que el lenguaje de los arts. 3.1º y 2º, dado su significado corriente y habiéndolos considerado “en el contexto” y a la luz del objeto y el fin del APPRI, no parecen restringir el alcance de la palabra “tratamiento” a asuntos comerciales sustantivos tales como la explotación y la gestión de la inversión. Además, el Tribunal no ha encontrado en el expediente prueba alguna de que las Partes Contratantes hayan tenido la intención de que el término “tratamiento” tuviera un “sentido especial”. Las palabras de la cláusula de la NMF en sí misma parecen estar abiertas a una interpretación más amplia, lo que puede incluir el dar acceso a protecciones procesales más favorables (que potencialmente incluirían al arbitraje ante el CIADI) para supuestas violaciones del estándar de tratamiento justo y equitativo...”⁶⁶.

Este razonamiento, coincide con la interpretación dada por el Tribunal Arbitral en el caso *Gas Natural v. Argentina*, donde también se trataba de un caso que involucraba a España, pero la solicitud en este caso venía del lado inversor. Dijo el Tribunal:

“...[el] Tribunal considera que la disposición referente al arbitraje internacional entre el inversor y el Estado contenida en los tratados bilaterales de inversiones constituye un incentivo y un mecanismo de protección importante para los inversores extranjeros; además, el hecho de que sólo pueda tenerse acceso a ese arbitraje después de recurrir a los tribunales nacionales y una vez transcurrido un período de espera de 18 meses, implica un mecanismo de protección menos amplio que el acceso al arbitraje inmediatamente después de expirado el período de negociación. En consecuencia, la Demandante del presente caso tiene derecho a recurrir al mecanismo de solución de controversias previsto en el APPRI entre Argentina y los Estados Unidos invocando el Artículo IV (2) del tratado bilateral de inversiones entre España y Argentina...”⁶⁷.

Ahora bien, volviendo al caso *TZA v. Perú*, en el cual el Tribunal finalmente rechazó la aplicación de la CNMF para el objetivo que había sido invocada por el inversor de nacionalidad China, que era hacer extensiva la cláusula para permitir la posibilidad de someter a arbitraje internacional una controversia relativa a la violación de estándares de trato, distintos de la expropiación, cuando según aquel APPRI sólo está permitido someter a arbitraje los reclamos por cuestiones de “...compensación de una expropiación...”. El Tribunal dijo:

“... Como se aprecia de su simple lectura, el art. 8(3)37 del APPRI es una norma más bien restrictiva, que solo permite el acceso al arbitraje internacional para controversias que, por simplicidad, nos referiremos como “controversias de expropiación...”⁶⁸.

Este caso está dentro de los resueltos negativamente, en los cuales se pretendió utilizar la CNMF para reemplazar la cláusula de resolución de controversias del tratado base o para ampliar las categorías de controversias susceptibles de ser sometidas a arbitraje internacional, tal como sucedió en los casos *Tecmed*, *Salini* o *Plama*.

Es *Renta4 v. Federación Rusa*⁶⁹, (laudo de objeciones preliminares) se interpretó también la expresión “tratamiento” y el alcance que debe darse a la

⁶⁶ Laudo *Tza v. Peru*, cit. párr. 213.

⁶⁷ *Gas Natural SDG, S.A. v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB /03/10, Decisión sobre Jurisdicción de 17 junio 2005– Párr. 3.0.

⁶⁸ Laudo *Tza v. Peru*, cit. párr. 215.

⁶⁹ *Renta 4 S.V.S.A. v. the Russian Federation*, SCC Arbitration, No. V (024/2007), Preliminary Objections Award 20 mars 2009.

CNMF. Se trataba en este caso de un APPRI, suscrito entre España y la Ex – URSS, el 26 octubre 1990, hoy continuado por la Federación Rusa.

En Tribunal hizo un profundo análisis dentro del texto y contexto del APPRI, para alcanzar una conclusión en lo referido a la Jurisdicción solicitada por el inversor español. El caso se sustanció ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y la mayoría (2 miembros) resolvieron adoptando la posición restrictiva, existiendo una opinión disidente del tercer integrante del tribunal, Charles N. Brower que dictamina lo contrario adoptando el criterio amplio. No obstante el resultado negativo del laudo, sus razonamientos resultan también destacables, al igual que la opinión disidente. Como en otros casos similares, no se trataba de eludir el plazo de 18 meses de tramitación local. La CNMF fue invocaba para extender el alcance de las materias incluidas en el artículo de resolución de controversias con inversores, que solo se referían a “...10(1) conflictos entre una de las partes y un inversor de la otra parte relativos a la cuantía o la forma de pago de las indemnizaciones correspondientes en virtud del art. 6 (*Nacionalización y expropiación*)...”. El inversor pretendía que la controversia se extendiese no sólo a la cuantía y forma de pago, sino a la expropiación en sí misma, invocando el APPRI de Dinamarca–Federación Rusa. El Estado ruso rechazaba esta argumentación, afirmando que la expropiación debía ser resuelta por los tribunales locales y, sólo cuando resultare fijado el daño y su monto, se pudiese recurrir al arbitraje internacional.

El tribunal comienza afirmando que no hay base textual o regla legal que diga que “tratamiento” no abarca la aceptación de arbitraje internacional por parte del Estado anfitrión. Tampoco existe una regla general conocida que avale la proposición de que esta situación violaría las promesas de otorgar “trato justo y equitativo” (TJE). Aun así, esta posibilidad no quiere decir que el acceso a arbitraje internacional implique per se un nivel más alto de trato justo y equitativo, pero puede decirse que la neutralidad de un tribunal internacional mejora la protección del inversor. El acceso puede ser más favorable que la falta de acceso, pero eso no quiere decir que la falta de otorgamiento de acceso a dicho tribunal sea injusta o desigual.

El Tribunal en el caso *Renta 4*, examina la dicción literal del art 5⁷⁰ y sus dificultades al momento de interpretarlo. El artículo usa la palabra “trata-

⁷⁰ Art. 5. *Tratamiento*. 1. Cada parte garantizara en su territorio un *tratamiento justo y equitativo* a las inversiones realizadas por inversores de la otra parte.

2. El tratamiento mencionado en el punto anterior no sera menos favorable que el otorgado por cada parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer estado.

3. Este tratamiento no se extendera, sin embargo, a los privilegios que una parte conceda a los inversores de un tercer estado, en virtud de su participacion en: una zona de libre cambio; una union aduanera; un mercado común; una organizacion de asistencia economica mutua o en virtud de un acuerdo firmado antes de la fecha de la firma del presente convenio que prevea disposiciones analogas a aquellas que son otorgadas por esa parte a los participantes de dicha organizacion. *El tratamiento concedido con arreglo al presente articulo tampoco se extendera* a exenciones fiscales u otros privilegios analogos otorgados por cualquiera de las partes a inversores de terceros estados en virtud de un acuerdo de evitacion de doble imposicion o de cualquier otro acuerdo en materia de tributacion.

miento” al menos una vez en cada uno de los párrafos y el pronombre “el” y “este” en la versión española, (“*that*” y “*thus*” en la versión no oficial en inglés que utilizaron los árbitros⁷¹). Según el Tribunal, esto hace necesario un análisis sintáctico, bastante árido pero indispensable.

El párrafo (1) habla de “tratamiento justo y equitativo”. El párrafo (2) empieza refiriéndose al “tratamiento” mencionado en el punto anterior. Hasta aquí bien. La dificultad comienza con el pronombre “este” (“*that*” en la versión en inglés) que aparece en el párrafo (3). Si el art. 5 tuviera solo dos párrafos el problema sería menor; podría concluirse que la mención hecha en el párrafo (2), simplemente evita la repetición de TJE. Pero luego viene el párrafo (3) que comienza: “Este tratamiento no se extenderá a los privilegios...”. Más adelante en el subpárrafo (3) del párrafo (3), vuelve a reiterar la palabra “tratamiento”, al decir “El tratamiento concedido con arreglo al presente artículo tampoco se extenderá a exenciones fiscales” y, naturalmente esto no es un tema que se relacione con el TJE, lo cual sugiere fuertemente que el pronombre “el” (transcrito como “*such*” en la versión inglés) en el párrafo (3) no puede ser leído como sustituto de TJE sino simplemente “tratamiento”. La excepción hecha para ventajas impositivas, negociadas en la sección final del párrafo (3) es de efecto similar al de la primera parte del párrafo (3). Esto puede ser descrito ciertamente como más problemático, ya que al referirse a: “El tratamiento concedido con arreglo al presente artículo...”⁷², podría inferirse que cada vez que la palabra “tratamiento” aparece a lo largo del art. 5, la intención es que tenga el mismo sentido, y que no sea limitado a exclusivamente a los asuntos ordinarios del TJE, sino que se interprete de forma genérica. Esta fórmula amplia, daría acceso al arbitraje inversor –Estado, por incluir el “tratamiento” como tal.

Resumiendo (según la forma en que razona el Tribunal). El párrafo 1 concierne específicamente a TJE. El párrafo (2) de la misma manera se refiere también a TJE y la promesa de aplicar la CNMF en el párrafo (2) no abarcaría el acceso a arbitraje inversor–Estado. Pero, si el tratamiento se restringe a TJE ¿el párrafo 3 es innecesario?

Debería en lo posible evitarse una conclusión así, ya que las provisiones de un tratado no son superfluas. Por lo tanto la CNMF ¿debería ser entendida

4. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 del presente artículo, cada parte aplicará, con arreglo a su legislación nacional, a las inversiones de los inversores de la otra parte un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus propios inversores.

El art. 5 del APPRI España–Federación Rusa, es similar a art. 4, del APPRI España–Uruguay. Se verifica una diferencia en el párr. (2). Mientras en el primero dice “El tratamiento mencionado en el párr. anterior no será menos favorable...”, y el segundo (España. Uruguay) dice: “Este tratamiento no será menos favorable..., en obvia referencia al primer párrafo”.

⁷¹ El tratado fue firmado en idioma Ruso y Español. El Tribunal utilizó una versión –no oficial, en idioma inglés, que según las expresiones de Ch. Brower, en su opinión disidente, no reflejaba la exacta literalidad del mismo, subrayando que la versión en español era más fidedigna. Además, en la versión en ruso se dice *Rezhim kapitalovzhenii*, que traducido al inglés no es “tratamiento”, sino “*investment regime*” (vid. párr. 16 de la Opinión disidente).

⁷² La redacción es similar a la del art. 4.4º del APPRI España–Uruguay.

en un sentido amplio, y por tanto alcanzar el arbitraje inversor–Estado? El art. 5 del APPRI España–Federación Rusa, según el Tribunal, parece ser en el tratamiento de la CNMF simultáneamente restringido y amplio a la vez.

La mayoría del tribunal, adopta la postura restrictiva, y rechaza la postura amplia que parecería estar indicada por el razonamiento previo. “*Something has to give*”⁷³ dice el laudo, y elige según se afirma, entre una estipulación que parece explícita y una revelación hecha por una “*grammatical deconstruction*” (desarmado gramatical). El Tribunal opta por lo primero y considera que la atribución hecha del párrafo (3) de sofisticadas implicaciones simplemente no puede dislocar los adjetivos calificativos “justo y equitativo” del párrafo (1). Menos aun pueden menoscabar la ambigua referencia en el párrafo (2) a “tratamiento referido en el párrafo (1) arriba”. La conclusión final de la mayoría del tribunal es que la promesa específica de CNMF contenida en el art 5 (2) del APPRI no puede ser leída como engrandeciendo la competencia del Tribunal Arbitral. Esta conclusión, no es compartida por el árbitro disidente Charles Brower, quien contrariamente afirma, en minoría, que la expresión “tratamiento”, sí debería ser interpretada en sentido amplio y comprensivo de la solución de controversias. En este punto, coincide con la interpretación hecha en el caso *TZA v. Perú*. Finalmente, y de manera algo sorprendente, el voto mayoritario en el laudo, acuerda que “más favorable” puede en principio incluir acceso a foros internacionales, pero que sin embargo desde su punto de vista, los términos del APPRI España–Rusia restringen el tratamiento de la CNMF al reino del TJE, como –según ellos – es entendido por el derecho internacional, y con lo cual disiente Charles Brower en su opinión de minoría. Este laudo vuelve a dejar la puerta abierta a nuevas interpretaciones siempre hechas a la luz de cada APPRI, y las circunstancias del caso.

Nos encontramos, por tanto, ante dos posturas diferentes, pero dotadas de un denominador común: en principio y a salvo de otros factores, la estimación o el rechazo de una argumentación basada en la aplicación de la CNMF dependerá, en gran medida, de la estrategia procedimental elegida, comprendiendo ésta, al menos, la composición del tribunal arbitral, la calidad de la representación letrada elegida y, como Bentham definía acertadamente, “...el arte de administrar las pruebas...”⁷⁴. Afrontamos así una “*vexata quaestio*”; una cuestión abierta, carente aún de resolución definitiva y pacífica, sobre la que tanto la doctrina internacional como la jurisprudencia arbitral han mostrado posiciones encontradas. Desacuerdos que, paradójicamente, permiten identificar algunos principios relevantes ya definidos, tal y como expondremos a continuación.

3. Examen de la CNMF en el APPRI España –Uruguay

Como ya dijimos, para este análisis, hemos tomado como ejemplo de APPRI España–Uruguay. Para ello, debemos examinar inicialmente el Texto y el contexto del mismo. El punto de partida en la interpretación de una cláusula

⁷³ En español, “Algo se tiene que dar o ceder”.

⁷⁴ J. Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, Granada, Comares, 2001, p.6.

sula de un tratado son las palabras empleadas en tal cláusula, observadas dentro del contexto de sus términos⁷⁵. El tenor literal empleado en la CNMF del APPRI Uruguay –España es el siguiente:

Art. IV (2) “...Este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país que goce del tratamiento de Nación Más Favorecida...”.

Para determinar el sentido y alcance de esas palabras, debemos recurrir a las interpretaciones anteriores, y para ello es necesario también tener en cuenta el lenguaje de las distintas CNMF’s.

En términos generales, es posible realizar una distinción entre las CNMF’s que se refieren a “todas las materias” regidas por el tratado base y las que lo hacen sólo a cuestiones de “tratamiento”. Obviamente, el alcance de las primeras sería más amplio que el de las segundas⁷⁶. Las referidas a cuestiones de “trato” serían más restringidas aun, y habría que analizar en cada caso si la solución de controversias puede ser considerada una cuestión de trato⁷⁷ bajo la aplicación del principio *ejusdem generis*⁷⁸.

⁷⁵ R. Dolzer y Ch. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2008.

⁷⁶ Casos *Maffezini*, *Gas Natural* y *Azurix*. El art. 12 del APPRI entre Uruguay–Union Belgo–Luxemburguesa, dice así: Para todas las cuestiones relativas al tratamiento de las inversiones, los inversores de cada una de las Partes Contratantes gozarán, en el territorio de la otra Parte, del tratamiento de la nación más favorecida.

⁷⁷ *Wintershall*, ¶¶ 162, 166, 172, 185; *Telenor*, ¶ 98; *Gas Natural*, ¶ 30; *Plama*, ¶ 218; *Salini*, ¶¶ 116–118. Por ejemplo, al determinar que la CNMF del tratado bilateral de inversiones entre Argentina y España se aplicaba a cuestiones relativas a la solución de controversias, el tribunal del caso *Maffezini* destacó el lenguaje amplio de esa CNMF, observando que el tratado bilateral de inversiones entre Argentina y España era el único de los tratados bilaterales de inversión de España que se refería a –todas las materias regidas por ese tratado en su CNMF, mientras que los demás tratados omitían esta referencia y solamente disponían que el tratamiento al inversor estaría sujeto a la CNMF, lo cual constituía una formulación más restrictiva. *Maffezini*, ¶ 60; *vid.* también *Suez*, *SGAB*, *Vivendi*, *AWG*, ¶ 65; *Gas Natural*, ¶¶ 29–30; P. Acconci, “Most–Favoured–Nation Treatment”, en *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 363, 389–390, 393, 395 (P. Muchlinski, F. Ortino y Ch. Schreuer eds.), 2008; J. Wong, “The Application of Most–Favored–Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions in Bilateral Investment Treaties”, *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 3, 2008, pp. 171, 182, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1140627>; M.–F. Houde y F. Pagani, *Most–Favoured–Nation Treatment in International Investment Law* 13 (OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Working Papers on International Investment N° 2004/2, septiembre de 2004): <http://www.oecd.org/dataoecd/21/37/33773085.pdf>. Por su parte, el tribunal del caso *Salini* señaló que la CNMF en ese caso no se refería a todas las materias regidas por el tratado bilateral de inversión aplicable, sino que tenía un alcance más limitado, a diferencia de la CNMF examinada en el caso *Maffezini*. *Salini*, ¶¶ 117–118.

⁷⁸ De acuerdo con el principio de *ejusdem generis*, una CNMF sólo puede atraer cuestiones de la misma materia o de la misma categoría que aquéllas a las que se refiere la cláusula. M.–F. Houde y F. Pagani, *Most–Favoured–Nation Treatment in International Investment Law* 9 (OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Working Papers on International Investment N° 2004/2, septiembre de 2004), disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/21/37/33773085.pdf>. El principio *ejusdem generis* se ha incluido de la manera más eficaz en los párrs. 10 y 11 del comentario a los Artículos 9 y 10 del Proyecto de Artículos de la CDI acerca de la cláusula de la nación más favorecida: –10) A ningún autor se le ocurriría negar la validez de la norma *ejusdem generis*, que, a los efectos de

Esto ha originado que, mientras en algunos casos se ha considerado que una CNMF referida a “todas las materias” del tratado base no era aplicable a cuestiones relativas a la solución de controversias⁷⁹, en otros casos se ha aceptado la aplicación de las CNMFs referidas a materias de “trato”, con relación a cuestiones sobre solución de controversias⁸⁰. Como dijimos, ambos son los extremos del arco interpretativo.

En algunas CNMFs se hace referencia explícita a disposiciones del APPRI, a fin de establecer claramente las áreas en las que son aplicables. Por ello, en algunos APPRIs (los menos) se aclara que se extiende a cuestiones relativas a la solución de controversias⁸¹. En otros casos, se aclara que no se aplica a cuestiones de esta índole⁸². Finalmente, en otros la CNMF se refiere específicamente a algún estándar del tratado.

Debemos preguntarnos entonces: ¿en qué categoría encuadra la CNMF del APPRI Uruguay–España? Las palabras empleadas en esa cláusula son prác-

la cláusula de la nación más favorecida, resulta de su misma naturaleza. Se admite generalmente que la cláusula que atribuye los derechos de nación más favorecida respecto de un determinado asunto, o tipo de asunto, sólo puede extenderse a los derechos concedidos por otros tratados (o actos unilaterales) respecto de las mismas materias o categorías de materias.” “11) El sistema de trato de la nación más favorecida consiste en hacer extensivas las disposiciones de un tratado por medio de las disposiciones de otro. A menos que este sistema se limite estrictamente a casos en que existe una gran identidad entre las materias objeto de las dos series de cláusulas en juego, puede suceder en alguna ocasión que se impongan al Estado concedente obligaciones que nunca tuvo la intención de asumir. De este modo, la norma se desprende claramente de los principios generales de interpretación de los tratados. Los Estados no pueden considerarse ligados por algo que exceda de las obligaciones que han contraído” (*Anuario CDI*, 1978, vol. II, segunda parte).

⁷⁹ En el caso *Berschader*, el tribunal examinó una CNMF que se refería a todas las materias regidas por el tratado base y entendió que ni siquiera un lenguaje aparentemente claro como el de la cláusula en cuestión estaba libre de ambigüedades. *Berschader*, ¶ 160. Concluyó que esa CNMF no establecía de manera clara y no ambigua que era posible aplicarla a cuestiones relativas a la solución de controversias. *Id.* ¶ 208; ver también *id.* ¶¶ 184–194, 206–208; *Wintershall*, ¶ 186.

⁸⁰ En el caso *Siemens*, el tribunal consideró que la CNMF del tratado bilateral de inversión entre Argentina y Alemania era aplicable a cuestiones sobre solución de controversias, a pesar de que la cláusula en cuestión sólo se refería al término –trato. *Siemens*, ¶ 82. El tribunal consideró que la expresión –trato era lo suficientemente amplia como para incluir la solución de controversias. *Id.*, ¶ 103; ver también *RosInvestCo*, ¶¶ 130–133, P. Acconci, “Most-Favoured-Nation Treatment”, en *The Oxford Handbook...*, cit. pp. 363, 392; J. Wong, “The Application of Most-Favored-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions in Bilateral Investment Treaties”, *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 3, 2008, pp. 171, 185, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1140627>.

⁸¹ Este es el caso, *v.gr.*, de las CNMFs de algunos tratados bilaterales de inversión celebrados por el Reino Unido. *Suez, SGAB, Vivendi/AWG*, ¶ 58; *National Grid*, ¶ 85; *Berschader*, ¶ 179; *Plama*, ¶ 204; *Salini*, ¶ 116.

⁸² Por ejemplo, por medio del acuerdo interpretativo celebrado por Argentina y Panamá con posterioridad al tratado bilateral de inversión entre ellas se aclaró que la CNMF de ese tratado no era aplicable a cuestiones sobre solución de controversias y que esa siempre había sido la intención de las partes. *National Grid*, ¶ 85; R. Dolzer y Ch. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2008, pp. 187–188. Este acuerdo interpretativo, se originó a instancias de Argentina, fundado en la necesidad de neutralizar argumentalmente las invocaciones que se habían hecho de la CNMF, de parte de inversores de España, Italia, y Alemania.

ticamente iguales a las utilizadas en la CNMF de varios APPRI, firmados tanto por España como por Uruguay.

Siguiendo el criterio de la mayoría del tribunal en *Renta 4*, donde se interpreta la CNMF del APPRI España–Federación Rusa⁸³, redactada en forma muy similar al de España–Uruguay, se concluyó que el lenguaje empleado por esta cláusula, impediría aplicarla a cuestiones relativas a la solución de controversias. La opinión disidente de Charles Brower en *Renta 4*, como también el laudo del tribunal en *Tza v. Perú*, difieren con esta interpretación, y consideran que la referencia al “trato justo y equitativo” no debería interpretarse como impedimento de ser aplicada a cuestiones sobre solución de controversias.

De conformidad al criterio unánime del tribunal en *Tza v. Perú*, y de otros que resolvieron con anterioridad, el hecho de que ciertas materias estuviesen expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la CNMF y que entre esas materias no se encontrasen las cuestiones sobre solución de controversias, debe considerarse como un indicador de que la CNMF podía aplicarse a este tipo de cuestiones. Sin embargo, en el caso *Plama* el tribunal señaló que las excepciones a la CNMF se referían a “privilegios” lo cual indicaba que la CNMF debía entenderse como referida únicamente a Protecciones sustanciales, excluyendo las disposiciones sobre solución de controversias. Así resolvió en Tribunal en el caso *Plama v. Bulgaria*, donde el inversor pretendía, invocando la CNMF substituir el tipo de mecanismo arbitral acordado (*ad hoc* bajo Reglas Uncitral), por un arbitraje CIADI⁸⁴.

Como debería interpretarse la intención de las partes, o las políticas públicas adoptadas por los Estados?.

¿Puede considerarse la aplicación del principio Stoppel? Si se sigue el criterio del caso *Renta 4*, la literalidad de la CNMF del APPRI “Uruguay – España”, indicaría que no es posible aplicarla a cuestiones relativas a la solución de controversias. Ahora bien, es aquí donde adquiere relevancia lo afirmado en el caso *Wintershall*, donde para el Tribunal, la prueba y los elementos objetivos son esenciales para interpretar cual ha sido la intención de las partes, concluyendo que la posición podría ser modificada, si se demostrase que la intención común de las partes (en este caso especialmente de Uruguay) ha sido que la CNMF se aplicase a cuestiones vinculadas con la solución de controversias.

⁸³ Este APPRI, fue firmado por la Ex–URSS el 26 octubre 1990. De acuerdo con la Declaración de Alma–Ata diciembre 1991, los Estados sucesores de la URSS, que tras la extinción de la URSS se integraron en la Comunidad de Estados Independientes (CEI), han asumido el cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de los tratados y acuerdos concluidos por la antigua Unión Soviética. En consecuencia, a excepción de Kazajstán, Ucrania, Uzbekistán y Moldavia, con los que después de 1991 España ha firmado nuevos APPRI, el APPRI con la URSS continua siendo de aplicación en Armenia, Azerbiján, Bielorrusia, Georgia, Kirguizistán, Rusia, Tayikistán y Turkmenistán.

⁸⁴ *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, 8 febrero 2005, párr. 198. *Vid.* también *Tza Yap Shum v. República del Perú*, Caso CIADI N° ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción de 19 junio 2009 (párrs. 37 y 220).

Varios tribunales han aceptado la posibilidad de aplicar CNMF a cuestiones relativas a la solución de controversias, si queda demostrado que la intención se conducía en ese sentido⁸⁵.

Esta construcción es relevante para alguno de los siguientes fines:

– para modificar el resultado al que se haya llegado mediante el análisis las palabras empleadas, cuando se demuestre que la intención de las partes en el tratado es contraria a ese resultado;

– para confirmar el resultado al que se haya llegado mediante el análisis del lenguaje, el cual coincide con la intención de las partes en el tratado⁸⁶;

– para determinar el sentido de la CNMF, cuando los términos de esa cláusula, el contexto y el objeto y fin del tratado dejen ambiguo u oscuro su sentido o conduzcan a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable; o

– para interpretar el sentido de la cláusula, según el significado corriente que según la parte debe darse a esos términos, con un criterio de buena fe, pudiéndose recurrir tanto a los trabajos preparatorios, como a los inequívocos comportamientos posteriores.

La forma más directa de demostrar la intención de las partes es recurriendo a los trabajos preparatorios del tratado⁸⁷, que resulta “un medio de interpretación complementario” según el art. 32 de la Convención de Viena.

De igual manera, resultan importantes los documentos o expresiones formales de parte del Estado, emanadas de sus órganos representativos –Poder Ejecutivo o Poder Legislativo–, y que, inequívocamente reconozcan o brinden una interpretación del concepto, especialmente cuando esos actos o documentos significan la fijación de una posición sobre los mismos, y sobre la cual no puede desdecirse o negarlos, a riesgo de violar la reconocida regla del derecho internacional denominada “Principio Stoppel” o “teoría de los actos propios”⁸⁸.

⁸⁵ *Telenor*, 95, 98, 100; *Berschader*, 206; *Plama*, 195–197; *Salini*, 118; ver también P. Acconci, “Most–Favoured–Nation Treatment”, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, pp. 363, 397, 400 (P. Muchlinski, F. Ortino y Ch. Schreuer, eds.), 2008).

⁸⁶ De este modo, se utilizarían medios complementarios para confirmar el sentido resultante de la aplicación de la regla general de interpretación, de conformidad con el art. 32 Convención de Viena.

⁸⁷ Ver *Plama*, ¶ 196.

⁸⁸ *Stoppel*: Implica un principio de prohibición de las retracciones en derecho internacional cuando el cambio de actitud lesiona la situación adquirida de buena fe por un tercero, amparándose en el comportamiento original del estado que realiza ese camino. La doctrina de los actos propios que en latín es conocida bajo la fórmula del principio del “*venire contra factum proprium non valet*”, proclama el principio general de derecho que norma la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos. Constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo, de una facultad, o de una potestad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento consecuente.

Estos documentos, resultan relevantes en el momento de interpretar la intención del Estado, y en nuestro ejemplo la República Oriental del Uruguay, evaluándose la conducta asumida por el país al celebrar otros tratados bilaterales. El APPRI España–Uruguay fue el último celebrado por Uruguay en el cual se incluyó una cláusula de “dieciocho meses” ante los tribunales locales. Tras la firma de este APPRI⁸⁹, Uruguay abandonó definitivamente esta fórmula, aceptando la libre elección del inversor para recurrir ante el foro local o la jurisdicción internacional, modificando completamente su política de estado en la materia.

El 14 octubre 1993 Uruguay firmó el APPRI con Francia (Presidencia de Lacalle), el cual se aprueba el 14 abril 1997, durante la segunda presidencia de Julio Sanguinetti. En los diarios de Sesiones del 4 junio 1996 y 17 de Setiembre de 1996, puede verse ya el cambio de política operado en el gobierno sobre esta materia⁹⁰. El mensaje de elevación a la Asamblea General, del APPRI firmado con Francia, fechado el 25 abril 1995 –que lleva la firma del presidente Sanguinetti, de su ministro de Relaciones Exteriores Dante Ramos, y de Economía Luis Mosca –, dice así:

“... Las controversias que eventualmente se generen entre una de las partes contratantes y un nacional o una sociedad de la otra parte contratante, con relación a una inversión, serán sometidas a los órganos jurisdiccionales de la parte contratante involucrada en la misma o, alternativamente, a elección del inversor, al arbitraje internacional. En tal caso el mismo queda a cargo del CIADI...o un tribunal *ad hoc*. El procedimiento ofrece las mayores garantías para arribar a una solución de controversias imparcial y justa” (el subrayado es nuestro)⁹¹.

Durante el debate en el Senado, y dentro del informe de la Comisión de Asuntos Internacionales, de fecha 23 mayo 1996, que lleva las firmas de los senadores Pablo Millor (miembro informante), Alberto Couriel, Carlos Garat, Reinaldo Gargano (en disidencia), Rafael Michelini, Carlos Julio Pereyra y Américo Ricaldoni, se dice así:

“...En otro orden, se debe señalar que, si las disposiciones del Convenio son más favorables que las establecidas en la Ley No. 16.110, se aplicaran estas; por el contrario, si las disposiciones de la ya citada ley son más favorables, se aplicarían para regular las diferencias que se susciten (cláusula más favorecida) (art. 4)...”⁹².

⁸⁹ APPRI España–Uruguay, firmado el 7 abril 1992, y que entró en vigencia el 6 mayo 1994.

⁹⁰ Durante las mismas sesiones, se trató la aprobación de los APPRIs con Gran Bretaña y Bélgica–Luxemburgo firmados el 21 octubre 1991 y el 04 noviembre 1991 respectivamente. En ambos, la CNMF, tiene un contenido amplio, y pueden ser invocados por inversores de cualquiera de esos países incluyendo la resolución de controversias. El art. 12 del APPRI Uruguay–Unión Belgo–Luxemburguesa dice así: Para todas las cuestiones relativas al tratamiento de las inversiones, los inversores de cada una de las Partes contratantes gozarán, en el territorio de la otra Parte, del tratamiento de la nación más favorecida.

⁹¹ *Diario de Sesiones*, 17 setiembre 1996, p. 183. Recordemos que Uruguay no había ratificado aun el Convenio CIADI, lo que finalmente hizo en 1999, pero igualmente lo reconocía como sede arbitral en los acuerdos.

⁹² *Diario de Sesiones*, 17 setiembre 1996, p. 189.

El miembro informante de la Comisión, Senador Millor, realizó una intervención, en la que aclara que el hecho de otorgar una gama mayor de posibilidades al inversor, incluyendo la opción de recurrir al arbitraje internacional supone una solución imparcial y más justa, y ha de encuadrarse en una política de estado, recordando las viejas discusiones que ya se vienen registrando en el parlamento desde 1989, durante la primera presidencia de Sanguinetti. Así dijo de forma categórica:

“... Aquí el tema consiste en intentar atraer – aclaro que esto no implica ningún menoscabo a la soberanía nacional – las inversiones extranjeras que vendrán en función de determinadas garantías que se les otorguen... entiendo que esta gama de posibilidades está garantizando a la controversia una solución imparcial y que se supone que justa...”.

Esto indica, que dentro del parlamento, la Comisión de Asuntos Internacionales, ya consideraba que las cuestiones de solución de controversias, se ligaban a la CNMF, y así claramente lo expresaron.

Dentro de la misma línea y siguiendo su política, el Estado uruguayo, esta vez en oportunidad de elevarse a consideración del Parlamento el APPRI firmado con la República de Venezuela el 20 mayo 1997, el Presidente Jorge Battle, en nota fechada el 30 mayo 2000, cuando pide a la Asamblea General la aprobación, adjunta una nota –haciéndola suya⁹³– de 24 julio 1998, firmada por el Presidente Julio María Sanguinetti, y los ministros Roberto Pioli, y Luis Mosca, que dentro de su contenido dice así:

“...[De] esta manera se asegura al inversor uruguayo tanto como al venezolano, la seguridad jurídica que emana de la transparencia de las respectivas normas nacionales que rigen la materia, así como la no discriminación – a través del tratamiento nacional y el de la nación más favorecida – y de una rápida y eficiente prestación de justicia... En el caso de que el inversor venezolano en el Uruguay optara por recurrir a los tribunales nacionales, quedaría expedita para el – por la vía de la aplicación del tratamiento de la nación más favorecida – la jurisdicción especial prevista por la Ley Nro. 16.110 de 25 abril 1990...”.

No puede dudarse entonces, que en este caso, –nuestro ejemplo– la intención del estado manifestada y firmada por dos presidentes de la República, era relacionar la CNMF con la resolución de controversias, y que esto representaba una “política de Estado”.

No pueden caber dudas al respecto, que cuando se firmaron y se sometieron a la aprobación del parlamento los APPRIs con Francia y con Venezuela, (entre otros) se remarca que la opción al foro puede hacerse bajo el amparo de la CNMF, ya que esto marca un criterio, claro e indubitable sobre la cuestión, y representa una toma de posición en la materia que no puede ser desconocida por la República. De esta manera, se completaría –en el caso de Uruguay, y frente a un hipotético caso de un inversor español contra Uruguay– un requisito esencial que estuvo ausente en los casos *Plama*, *Wintershall* y *Renta 4*. Me refiero a la prueba de que la interpretación del estado, es darle a la CNMF, un sentido claro y expreso.

⁹³ *Diario de Sesiones*, 17 octubre 2000, n° 56, t. 404, p. 308.

4. *El caso BG Group Plc v. Argentina*

Se trata de un caso muy especial, en el cual la Justicia Local de los Estados Unidos ha intervenido para resolver sobre la forma de interpretar la aplicación de ciertas reglas de los APPRI, tales como el agotamiento de los remedios locales (y el plazo de espera de 18 meses), previo a promover un arbitraje internacional. La Corte Suprema de Estados Unidos el 5 marzo 2014⁹⁴ confirmó el laudo del Tribunal *ad hoc*, de 4 diciembre 2007, que sesionó bajo las reglas UNCITRAL, en la ciudad de Washington DC. Aquel laudo, había sido anulando previamente por la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia el 17 enero 2012⁹⁵. El Juez Federal del Distrito de Columbia Reggie B. Walton (primera instancia), en una sentencia del 7 julio 2010, con anterioridad había rechazado el pedido de anulación promovido por Argentina, quien interpuso un recurso ante la Corte de Apelaciones⁹⁶. Argentina logró una victoria en esa apelación, que fue provisoria ya que British Gas recurrió ante la Suprema Corte de los Estados Unidos y ganó el caso.

La Corte Federal de Apelaciones del Distrito de Columbia, había concluido que el periodo de espera de 18 meses era una precondition para someter la controversia a arbitraje. En tal sentido, destacó que el APPRI aplicable al caso nada decía respecto de si los árbitros o los jueces tenían competencia para decidir la cuestión de la “arbitrabilidad” cuando dicha precondition era incumplida. Teniendo en cuenta estos elementos, la Corte Federal de Apelaciones concluyó que la cuestión de la “arbitrabilidad” bajo el APPRI era una cuestión de derecho independiente que debía ser decidida en sede judicial, y anuló el laudo en los siguientes términos:

Accordingly, “[b]ecause we conclude that there can be only one outcome on the [arbitrability question] before us,” [...] namely, that BG Group was required to commence a lawsuit in Argentina’s courts and wait eighteen months before filing for arbitration pursuant to Art. 8(3) if the dispute remained, we reverse the orders denying the motion to vacate and granting the cross – motion to confirm the Final Award, and we vacate the Final Award.

Esta posición cambiaba la tendencia respecto de que los periodos de espera eran considerarlos requisitos de admisibilidad más que como un requisito de naturaleza jurisdiccional, teorías estas que sostienen que su inobservancia no afectaba al consentimiento de las partes para someter la controversia a arbitraje. Se enfrentaron en la justicia argumentos y criterios diferentes, y ello queda evidenciado en la sentencia que la Suprema Corte de Justicia de

⁹⁴ *Supreme Court of the United States –BG Group Plc v. Republic of Argentina–on writ of certiorari to the United States court of Appeals for the District of Columbia Circuit* [March 5, 2014], 572 U. S. (2014).

⁹⁵ *BG Group Plc v. Argentina*, de 27 diciembre 2007. Tribunal *ad hoc*, formado por Alejandro Garro, Albert Jan van der Berg y Guillermo Aguilar Alvarez, este ultimo como Presidente. Foro Judicial: *Republic of Argentina v. BG Group Plc*, Appeal from the United States District Court for the District of Columbia (No. 1:08-cv-00485)

⁹⁶ *United States District Court for the District of Columbia Republic of Argentina, Plaintiff v. BG Group Plc– Civil Action No. 08–485* (RBW)

los Estados Unidos que dictó a favor de *British Gas*. La decisión no fue unánime, ya que la votación tuvo un resultado de 7 contra 2. Por la mayoría, la sentencia fue redactada por el demócrata Stephen Breyer, y lo apoyaron los republicanos Antonin Scalia, Clarence Thomas, y Samuel Alito y las demócrata Ruth Bader Ginsburg y Elena Kagan. La demócrata Sonia Sotomayor se pronunció en disidencia sobre un punto del fallo mientras que el presidente de la Corte, el republicano John Roberts presentó una opinión en contra, apoyada por otro republicano, Anthony Kennedy.

La Corte, procedió a revisar el laudo arbitral otorgado bajo el APPRI Argentina y Reino Unido, y a interpretar o aplicar las provisiones que lo limitan en lo concerniente al arbitraje, usando el marco legal para interpretar el APPRI de forma similar que en contratos comunes que contienen un “compromiso arbitral”. Bajo ese concepto, interpretaron que el requerimiento de litigio local, es un tema que queda reservado para la interpretación y resolución por parte de los árbitros, y las cortes deben revisar sus interpretaciones con cuidado y deferencia.

Sostienen, que siendo un APPRI asimilable a un contrato común, ello significa que son los árbitros principalmente quienes deben interpretar y aplicar las provisiones sobre el litigio local. En un contrato común, son las partes quienes determinan si un asunto debe ser decidido por los árbitros o las cortes. Si el contrato calla sobre la materia de quien ha de decidir una cuestión umbral sobre arbitraje, las cortes deberán determinar cuáles fueron las intenciones de las partes usando para ello presunciones. Por ello, la Corte presume que las partes pretendían que los jueces locales, decidan disputas sobre “arbitrabilidad”, y los árbitros son quienes deciden las disputas sobre el significado y aplicación de precondiciones procesales para el uso de arbitraje. Ello significa, que han definido – según el voto de la mayoría – que se trata de una cuestión procesal. Consideran que resulta claro dentro del texto y estructura del APPRI, cuando surge el deber contractual de arbitrar, y si no, si hay deber contractual de arbitrar. Según la Corte Suprema, el lenguaje del art. 8 da peso relativo a las determinaciones de la corte local sobre los asuntos en discusión entre las partes.

La provisión de litigio local es por lo tanto una regla de procedimiento del reclamo. Es análoga a otras provisiones procesales consideradas primariamente, que deben ser decididas y aplicadas por los árbitros. Dice la Corte, que el hecho de que el documento en cuestión sea un tratado no genera diferencia crítica ya que un tratado es un contrato entre naciones, y su interpretación normalmente es que se trata de un asunto que debe interpretarse conforme la intención de las partes. Como aquí se pide a una Corte Federal que interprete esa intención conforme a una moción para anular o confirmar un laudo otorgado bajo la *Federal Arbitration Act*, deberá normalmente aplicar la presunción provista por la ley Americana. La presencia de una condición de “consentimiento” al arbitraje en un tratado seguramente no amerita abandonar, o incrementar la complejidad del marco común de determinación de la intención. Según la Corte, este tratado no especifica que el requerimiento de litigio local es una condición de consentimiento, y no necesita

resolver sobre cuáles serían los efectos de ese lenguaje. La corte no necesita ir más allá de mantener que en ausencia de lenguaje en un tratado demostrando que las partes pretendían una delegación de autoridad diferente, aplica el marco interpretativo común.

El Tratado no contiene evidencia de que las partes tenían una intención contraria a la presunción común sobre quien debe decidir sobre asuntos que limitan el arbitraje. El texto y estructura del requerimiento de litigio del art. 8 dejan en claro que es una condición procesal precedente a arbitraje. Porque la presunción común aplica y la interpretación y aplicación de esa provisión es primariamente una función para los árbitros, y las cortes deben rever su decisión con considerable deferencia. Si bien Argentina tiene derecho a una revisión por parte de la Corte, bajo un estándar de cuidado y deferencia sobre lo resuelto por los árbitros, en orden a excusar a BG Group por no cumplir con los requerimientos de litigio local, esa revisión muestra que la determinación de los árbitros fue legal. Su conclusión de que la provisión de litigio no puede ser interpretarse como un impedimento absoluto al arbitraje, en todo caso, esta dentro de la autoridad de interpretación e los árbitros.

La Corte, luego se refiere a la cuestión fáctica en el sentido de que Argentina sancionó leyes que dificultan el recurso ante el poder judicial local para firmas tales como BG Group, y se refiere al Decreto 214 de 3 febrero 2002⁹⁷ que suspendía acciones contra el estado por 180 días. Esto no fue disputado por Argentina y por lo tanto es aceptado como válido. La conclusión entonces, de que las acciones de Argentina hicieron “absurdo e irrazonable” aplicar el art. 8 requiriendo a BG Group que lleve su disputa ante una corte doméstica antes de arbitrar, no es algo prohibido por el Tratado.

Quedó entonces firme y confirmado que el laudo dictado por el Tribunal Arbitral *ad hoc* en el 2007, que había resuelto que los periodos de espera y agotamiento de los remedios locales son una cuestión de procedimiento y no de jurisdicción. El tribunal arbitral, también había hallado fundamento para justificar la excepción para el agotamiento de los remedios locales en el art. 15 de los del Proyecto de Artículos Sobre la Protección Diplomática de 2006, de la Comisión e Derecho Internacional⁹⁸.

⁹⁷ Art. 12. A partir del dictado del presente decreto, se suspende por el plazo de ciento ochenta (180) días el cumplimiento de las medidas cautelares en todos los procesos judiciales, en los que se demande o accione contra el Estado Nacional y/o las entidades integrantes del sistema financiero, en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en el Decreto N° 1570/01, en la Ley N° 25.561, en el Decreto N° 71/02, en el presente decreto, en el Decreto N° 260/02, en las Resoluciones del Ministerio de Economía y en las Circulares y demás disposiciones del Banco Central de la República Argentina dictadas en consecuencia y toda otra disposición referida a dicha normativa. Por el mismo lapso se suspende la ejecución de las sentencias dictadas con fundamento en dichas normas contra el Estado Nacional, los Estados Provinciales, los Municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sus entidades autárquicas o descentralizadas o empresas o entes estatales, en todos los procesos judiciales referidos a dicha normativa.

⁹⁸ “ILC Draft Arts. on Diplomatic Protection”, texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 58° período de sesiones, en 2006, y presentado a la Asamblea General como parte del

Este criterio de la Corte Suprema de Estados Unidos, confirma el argumento sostenido por varios laudos que establecieron que, si someter la controversia a la sede judicial del estado receptor es “fútil” porque no existen remedios locales razonables para obtener la reparación efectiva; o el damnificado se ve impedido de interponer remedios en sede judicial, entre otros, debe liberarse al inversor de dicha carga

No obstante ello, en los últimos años algunas decisiones de tribunales del CIADI, han cuestionado esta tendencia. Se trata de los casos: *Winthershall* y *TSA v. Argentina* donde se analizaron estas cuestiones jurisdiccionales en arbitrajes, negándose por lo tanto la aplicación de la CNMF. En ambos casos la decisión de los tribunales arbitrales presenta diferencias con la decisión en *BG Group*. Si bien en *Winthershall* y *TSA* la redacción de la cláusula de solución de controversias de los APPRI aplicables eran similares entre sí (y similares a la del APPRI aplicable en el caso BG), los hechos eran diferentes. En *Winthershall*, al igual que en *BG Group*, el inversor nunca había sometido a controversia a los tribunales domésticos del país demandado. En cambio, en *TSA* el inversor había sometido la controversia en sede administrativa antes de iniciar un arbitraje CIADI.

Respecto de los periodos de espera previstos en los APPRI aplicables, ambos tribunales, consideraron que no eran un requisito meramente procesal o de admisibilidad. En especial, el tribunal arbitral en *Winthershall* sostuvo que afectaba el consentimiento. Allí se consideró que el APPRI aplicable en ese caso, condicionaba el consentimiento para someter la controversia a arbitraje al previo cumplimiento del periodo de espera de 18 meses. El tribunal encontraba fundamento en el art. 26 de la Convención del CIADI. Conforme a dicha disposición el consentimiento para arbitraje debe considerarse como excluyendo cualquier otro remedio, salvo estipulación de las partes contratantes en contrario. Por ende, el periodo de espera establecido en el APPRI es *conditio sine qua non* para someter la controversia a arbitraje.

III. Conclusiones

La cuestiones vinculadas con la aplicación de la CNMF en materia de resolución de controversias en los APPRI, sin duda continuará siendo un debate pendiente, *vexata quaestio* o “una tierra de nadie ferozmente disputada en el Derecho internacional” en especial porque las cuestiones de fondo discutidas, son principalmente las vinculadas a la forma en que han de interpretar-

Informe de la Comisión que cubre su tarea. ... Art. 15. *Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos*. No será necesario agotar los recursos internos cuando: a) No haya razonablemente disponibles recursos internos que provean una reparación efectiva o los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener esa reparación; b) En la tramitación del recurso exista dilación indebida atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca; c) No existía en la fecha en la que se produjo el perjuicio vínculo pertinente entre la persona perjudicada y el Estado cuya responsabilidad se invoca; d) La persona perjudicada esté manifiestamente impedida de ejercer los recursos internos; o e) El Estado cuya responsabilidad se invoca haya renunciado al requisito de que se agoten los recursos internos.

se las cuestiones vinculadas con el consentimiento del estado, y por lo tanto afectan la “jurisdicción”, o si se trata simplemente de un tema de “procedimiento”, que queda bajo la órbita de interpretación y decisión de los propios árbitros.

Esto es independiente de la disputa sobre las formulas o las palabras incluidas en los APPRI que habilitan la aplicación de la CNMF, aspecto este donde la disputa parece ser menor. Los tribunales en las últimas decisiones, –aun los que resolvieron en forma negativa– consideran un elemento crucial la apreciación del caso concreto, la intención de las partes, y las pruebas que se han de rendir en el proceso.

Partiendo de las reglas de interpretación de los tratados según la Convención de Viena, pasando luego por la interpretación y el alcance que debe darse a los vocablos, “tratamiento” y “trato”, e independientemente también de las previsiones inequívocas en el sentido de aceptar o prohibir la aplicación de la CNMF, en la solución de controversias, en núcleo principal de la disputa puede resumirse así: se trata de una “cuestión de jurisdicción”? o es “cuestión de procedimiento”.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia en el caso *BG Group v. Argentina*, parece indicar una orientación clara en el sentido más amplio, pero no resuelve la cuestión en forma definitiva, aunque representa un importante antecedente.

Desde nuestro punto de vista, las tesis amplias, que tuvieron su primera manifestación en el caso *Maffezini*, se han abierto un importante camino y han reforzado sus argumentos.

Es cierto también, que en la actualidad casi la totalidad de los APPRI que se firman entre estados, ya no contienen requisitos de disputa en los tribunales locales, es decir ya no forma parte de la política de la mayoría de los estados en esta materia. Estos APPRI de última generación, han significado el agotamiento de la Doctrina Calvo en esta materia, lo cual se debe a muchas razones, especialmente al prestigio y la confianza que han ganado los tribunales arbitrales internacionales para tratar la resolución de disputas vinculadas con inversiones, en especial el CIADI. Hoy se impone en materia de resolución de disputas de inversión, la regla de elección del foro, “bifurcación de vías” (*fork on the road*) que obliga a la exclusión de otra vía de solución de controversias cuando el inversor decide utilizar el arbitraje para resolver una controversia tipificada en el APPRI

Nuestro análisis, solo tiene la pretensión de observar y reflexionar en forma general sobre la jurisprudencia a partir del caso *Maffezini*, y esbozar algunas reflexiones que ayuden a acercar posiciones, o unificar criterios sobre esta discutida materia.