

Práctica arbitral

Interacción entre la cláusula de nación más favorecida y la disposición sobre el arreglo de diferencias entre Estados e inversores.

(Wintershall Aktiengesellschaft c. República de Argentina, *Caso CIADI No. ARB/04/14*)

Iñigo IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA

Euskal Herriko Unibertsitatea / Universidad del País Vasco

1. Cuando se habla de la posibilidad de extender la aplicación de la cláusula de nación más favorecida (NMF) contenida en los APPRI a las disposiciones sobre arreglo de controversias entre un Estado contratante y los inversores del otro Estado contratante, el supuesto tipo al que se hace referencia es el siguiente: un inversor beneficiario de los derechos previstos en un APPRI que no prevé la posibilidad de acudir a arbitraje internacional contra el Estado presentemente incumplidor de las obligaciones impuestas por el mismo – o previendo la vía del arbitraje ésta se encuentra condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos previos–, recurre a la cláusula de NMF del APPRI para valerse de la opción arbitral contemplada en otro APPRI suscrito por este Estado¹.

¹ Sobre el tema *vid.* C. Crépet Daigremont, “Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l’investissement international”, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement* (C. Leben dir.), Louvain-la-Neuve, LGDJ – Anthemis, 2006, pp. 107–162; *id.* “Le traitement de la nation la plus favorisée”, *Gazette du Palais*, Recueil noviembre–diciembre, 2005, pp. 3999–4001; UNCTAD, *Investor–State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*, United Nations, 2005, pp. 34–36; E. Fernández Masiá, “Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida: Lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 13, 2007, en www.reei.org; J. Díez Hochleitner, “El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRIS”, *Actualidad Jurídica Uría & Menendez*, n° 11, agosto, 2005, pp. 5–9; M.R. Mauro, “Nuove questioni in tema di arbitrato tra stato e investitore straniero nella recente giurisprudenza dei tribunali dell’ICSID”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, n° 1, 2006, pp. 90–95; J. Kurtz, “The Delicate Extension of MFN Treatment to Foreign Investors: *Maffezini v. Kingdom of Spain*”, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler ed.), Gran Bretaña, 2005, pp. 523–555. J. Kurtz, p. 538, recuerda que la función del tratamiento de NMF es la de asegurar la igualdad de oportunidades competitivas entre inversores de diferentes Estados extranjeros; el trato de NMF evita que la competitividad se vea distorsionada por la discriminación fundada únicamente en consideraciones de nacionalidad.

La extensión o no de la cláusula de NMF a las disposiciones de arreglo de diferencias es una cuestión controvertida y compleja que no ha sido definitivamente resuelta en la jurisprudencia internacional y arbitral habida hasta el momento. Han sido varias las decisiones arbitrales de los tribunales del CIADI que se han pronunciado al respecto, reflejando dos posiciones, a primera vista contradictorias; la que defiende la aplicabilidad de la cláusula de NMF a las disposiciones de arreglo de controversias y la que, en ausencia de una intención clara de los Estados en tal sentido, rechaza dicha aplicabilidad. En el primer grupo de decisiones se integrarían las de los tribunales de los asuntos *Maffezini c. España*, *Siemens c. Argentina*, *Camuzzi c. Argentina*, *Gas Natural c. Argentina* y *National Grid PLC c. Argentina*²; en la segunda posición se encontrarían las decisiones de *Plama c. Bulgaria*, *Salini c. Jordania*, *Telenor c. Hungría* y la decisión del tribunal en el caso *Wintershall Aktiengesellschaft c. República de Argentina*, objeto de análisis de la presente nota.

2. La contradicción de estas dos visiones, no obstante, debe ser matizada. Las disposiciones convencionales de los APPRI no siempre responden a una formulación idéntica; el enunciado de los artículos que incorporan tanto la cláusula de NMF como el arreglo de diferencias entre Estados e inversores varía de Tratado a Tratado, abriendo camino a interpretaciones y resultados dispares.

La doctrina y la jurisprudencia distinguen tres tipos de cláusulas de NMF³. Un primer tipo incorpora en el propio texto la imposibilidad de extender su aplicación a la disposición de arreglo de controversias, al limitar su aplicación a las disposiciones de protección de fondo o protección sustantiva. En un segundo tipo, la efectiva extensión a las disposiciones de arreglo de controversias resulta clara, al incluir en la propia cláusula de NMF la referencia de estas disposiciones; es el caso, por ejemplo, del modelo de APPRI del Reino Unido de Gran Bretaña⁴. El tercer tipo de las cláusulas de NMF lo conforman todas aquellas que no se pronuncian sobre este extremo. Las dudas

² Vid. C. Crépet Daigremont, "Le traitement...", *loc. cit.*, pp. 3999-4000; *id.* "Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée...", *loc. cit.*, pp. 126 ss.; E. Fernández Masiá, "Atribución de competencia a través...", *loc. cit.*, pp. 4-11.

³ E. Gaillard, "Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI). Chronique des sentences arbitrales", *Journ. dr. int.*, 2006, pp. 284-285. Vid. también, el asunto *Plama c. Bulgaria* (jurisdicción), párs. 202 ss.

⁴ Art. 3 del modelo de APPRI del Reino Unido de Gran Bretaña: "(1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of its own nationals or companies or to investments or returns of nationals or companies of any third State. (2) Neither Contracting Party shall in its territory subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State. (3) For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 of this Agreement [disposición sobre arreglo de diferencias]" (Énfasis añadido). Disponible en <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=780>.

atinentes al alcance de las cláusulas de NMF surgen respecto a éstas últimas, aunque es cierto que la corriente mayoritaria parece posicionarse a favor de su extensión a las disposiciones de arreglo de controversias entre Estados e inversores. No obstante, en cada caso habrá que estar a la literalidad de la cláusula concreta, ya que la formulación de éstas puede variar, y varía, de Tratado a Tratado⁵.

3. Por su parte, un elemento a tomar en consideración siempre que se trate la cuestión de las contradicciones existentes entre las decisiones de los Tribunales del CIADI es que las decisiones de estos tribunales no actúan como precedentes obligatorios respecto a las decisiones que puedan adoptar tribunales posteriores. Los tribunales del CIADI, por tanto, no se encuentran vinculados por el sentido de las decisiones anteriores⁶.

Ahora bien, el hecho de que las decisiones anteriores no sean vinculantes para los tribunales del CIADI no resta importancia a la insatisfacción que produce la contradicción existente, lo que alimenta la inseguridad jurídica para los sujetos que actúan en este ámbito. Tampoco la diversidad de los textos convencionales justifica todas las diferencias que se reflejan en los argumentos empleados y en los propios resultados.

4. Entrando ya en el análisis de la última decisión del CIADI sobre el alcance de la cláusula de NMF, la demandante, *Wintershall Aktiengesellschaft* (en adelante, Wintershall), es una sociedad de nacionalidad alemana que demanda al Estado de Argentina por considerar que éste ha violado varios preceptos del APPRI Argentina–Alemania, lo que ha afectado negativamente a su inversión. Wintershall es la propietaria de la empresa Wintershall Energía S.A. (en adelante, WIAR). WIAR –la inversión de la sociedad alemana Wintershall a efectos del APPRI– es una empresa productora de petróleo y gas natural que ejerce su actividad en virtud de concesiones de producción de hidrocarburos, permisos de explotación y contratos de producción, que ejecuta en las provincias de Neuquén, Mendoza y Tierra del Fuego. Todo ello, dentro de un marco regulador de los hidrocarburos (leyes, decretos y licencias) adoptado por Argentina entre los años 1989 y 1992, y que establece condiciones favorables para los productores como WIAR.

Sin embargo, según el demandante, el Estado argentino ha adoptado ciertas medidas unilaterales, donde se incluyen las Resoluciones y los Decretos aprobados en los años 2001 y 2002 –durante la situación de crisis económica, financiera y social de Argentina– que han perjudicado su inversión y han supuesto la violación de varias disposiciones del APPRI de Argentina y Alemania; concretamente, las disposiciones que regulan la expropiación, el trato justo y equitativo y la plena protección y seguridad, la prohibición de adoptar medidas arbitrarias y discriminatorias, la libre transferencia de pagos y la

⁵ E. Gaillard, “Centre international...”, 2006, *loc. cit.*, p. 285.

⁶ *V.gr.*, *vid. Enron c. Argentina* (jurisdicción I), pár. 25. *Gas Natural c. Argentina* (jurisdicción), pár. 36.

obligación de cumplir con los compromisos acordados con el inversor extranjero. Wintershall aprecia que las medidas adoptadas por Argentina han afectado al derecho de los productores de hidrocarburos (donde se incluye WIAR) a disponer libremente de sus porcentajes autorizados de ingresos de exportación. Considera que estas medidas han tenido un impacto adverso en los ingresos de WIAR y, en consecuencia, en el valor de las acciones de esta empresa de las cuales es propietario Wintershall. Los motivos descritos constituyen el fundamento de la demanda presentada por Wintershall ante el CIADI.

5. Tanto en una primera carta enviada al CIADI, con el fin de prestar su consentimiento, como en una segunda carta, de solicitud de arbitraje, Wintershall recurre a la aplicación de la cláusula de NMF contenida en el APPRI Argentina–Alemania para fundamentar la competencia del CIADI en el art. VII del APPRI Argentina–EE UU en lugar del art. 10 del APPRI germano–argentino. A diferencia de este último APPRI, el Tratado celebrado entre Argentina y los EE UU no condiciona la posibilidad de someter a arbitraje a la sumisión previa a los tribunales internos del Estado parte en la diferencia.

El art. 10 del APPRI celebrado entre Argentina y Alemania establece que las controversias entre una de las partes contratantes y un nacional de la otra parte contratante deben, en lo posible, ser dirimidas amigablemente. Si éstas no son resueltas amigablemente dentro del plazo de seis meses el inversor someterá la diferencia a los tribunales competentes de la parte contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión. No obstante, las partes contendientes podrán someter la controversia directamente a arbitraje si alcanzan un acuerdo en tal sentido. En ausencia de acuerdo, el inversor solamente podrá someter a un tribunal arbitral (internacional) si se da alguna de las dos circunstancias siguientes: cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos 18 meses contados a partir de la iniciación del proceso judicial o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las partes. Cumplidas estas condiciones previas, las partes podrán, de común acuerdo, acudir a arbitraje del CIADI en el marco del Convenio de Washington de 1965, o a arbitraje *ad hoc* conforme a las reglas de la Uncitral. Si en el plazo de 3 meses a partir de que una de las partes haya solicitado el comienzo del procedimiento arbitral no se llega a un acuerdo, la controversia se someterá a un procedimiento arbitral en el marco del Convenio de Washington de 1965, siempre y cuando tanto Argentina como Alemania sean partes en este Convenio. En caso contrario se someterá a arbitraje *ad hoc* de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Uncitral.

Esta previsión convencional, inevitablemente, recuerda al asunto *Maffezini c. Argentina*, donde el tribunal arbitral se tuvo que pronunciar sobre un supuesto de aplicación de cláusula de NMF en relación con una disposición de arreglo de diferencias (del APPRI Argentina–España) similar, donde la posibilidad del arbitraje, dependía de un previo sometimiento a los tribunales internos del Estado durante un período de 18 meses.

6. Frente a la solicitud de arbitraje cursada por Wintershall ante el CIADI el Estado argentino plantea seis objeciones preliminares a su jurisdicción.

Sin embargo, la decisión del Tribunal sólo entra a analizar y se pronuncia respecto a la primera de ellas porque, por una parte, considera que realmente preliminar es sólo ésta y, por otra, porque el Tribunal finalmente termina adoptando esta primera objeción preliminar.

Según la objeción preliminar planteada por Argentina, el Centro carece de jurisdicción porque, en primer lugar, el demandante primero debía haber sometido a los tribunales internos competentes de Argentina (art. 10.2º APPRI) y no lo ha hecho. En segundo lugar, en opinión del demandado, Wintershall no puede fundamentar su competencia en la cláusula de NMF (art. 3 del APPRI) para evitar el cumplimiento del requisito impuesto por el art. 10.2º, porque: 1) el art. 3 no puede aplicarse a la previsión de arreglo de controversias; 2) la interpretación de la cláusula de NMF realizada por Wintershall viola el principio de *ejusdem generis* y el principio de “efecto útil” y; 3) el *case law* citado confirma que es imposible para Wintershall emplear en este caso la cláusula de NMF.

7. Antes de entrar al análisis de la objeción presentada por Argentina, el Tribunal trata dos cuestiones interesantes desde la perspectiva del Derecho internacional público: por una parte, la interpretación de los Tratados y, por otra, la identificación de los principios que gobiernan las cláusulas de NMF en los Tratados bilaterales de inversión y las dificultades que plantean cuando se busca su aplicación en casos concretos⁷. En relación con esto último, el Tribunal realiza un interesante repaso de la jurisprudencia de la CIJ y de los trabajos sobre las cláusulas de NMF desarrollados en el seno de la CDI.

8. Respecto a la primera parte de la objeción preliminar, el Tribunal considera que, si bien el APPRI germano–argentino prevé la posibilidad de acceder a arbitraje contra Argentina, este derecho de acceso al arbitraje del CIADI se encuentra estrictamente condicionada al cumplimiento de lo previsto en el art. 10.2º APPRI. En este sentido, el Tribunal señala que es un principio general del Derecho de los Tratados que el tercero beneficiario de un derecho bajo el Tratado tiene que cumplir con las condiciones previstas en el mismo para su ejercicio o establecidas de conformidad con el Tratado. A partir de este principio, el tribunal considera que,

“The manner in which Article 10 of the BIT is worded (and it is words that determine the intention of the Parties when interpreting a treaty) it is apparent – that reference to ICSID arbitration is expressly conditioned upon inter alia a claimant–investor first submitting his/its dispute to a Court of competent jurisdiction in Argentina, during an 18–month period (and a three month further waiting period) and then proceeding to ICSID arbitration”⁸.

Por tanto, en el caso que ocupa al tribunal, no hay duda que el APPRI Argentina–Alemania prevé el derecho de acceso a arbitraje internacional del CIADI a favor de los inversores alemanes, pero este derecho no se presenta

⁷ *Wintershall c. Argentina* (jurisdicción), párrs. 75–107.

⁸ *Ibid.*, párr. 115.

sin reservas, sino condicionado a un recurso previo a los tribunales competentes de Argentina. Según el Tribunal esta condición es plenamente compatible con lo dispuesto en el art. 26 del Convenio de Washington del CIADI. El art. 26 dispone que “*salvo estipulación en contrario*, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso”⁹. Por tanto, la regla de exclusividad del recurso del CIADI del art. 26 se encuentra sujeta a modificaciones efectuadas a través del APPRI¹⁰:

“*Thus, a local-remedies rule may be lawfully provided for in the BIT – under the first part of Article 26; once so provided, as in Article 10(2), it becomes a condition of Argentina’s “consent” – which is, in effect, Argentina’s “offer” to arbitrate disputes under the BIT, but only upon acceptance and compliance by an investor of the provisions inter alia of Article 10(2); an investor (like the Claimant) can accept the “offer” only as so conditioned.*”¹¹

Y por todo ello,

“*Since the Claimant (a German national) can only make a claim under the Argentina–Germany BIT, and under no other document, when the Claimant Wintershall so makes a claim – (as it has done in the present case) – it has no option but to comply with the closely – interlinked conditions mentioned in Article 10, before exercising its right to ICSID arbitration – simply because that is the expressed will of the Contracting States*”¹².

La condición del art. 10.2º, por tanto, es expresión de la voluntad de los Estados contratantes, una condición que forma parte del consentimiento arbitral (de la oferta de arbitraje) del Estado argentino que debe ser necesariamente respetada y cumplida por el inversor que se beneficia de las previsiones convencionales del APPRI, entre las cuales se encuentra el del acceso a arbitraje internacional.

Además, el tribunal arbitral sigue argumentando que el texto del APPRI, en referencia al recurso a los tribunales competentes del Estado parte en la diferencia, dice que la controversia “*será sometida*” (*it shall be submitted*) a los tribunales internos del Estado receptor¹³. Ello indica que esta condición implica una obligación y no una simple opción; la palabra *shall* en la terminología de los Tratados significa que es jurídicamente obligatorio¹⁴. Por tanto, la sumisión de la controversia a un tribunal arbitral internacional está condicionada al cumplimiento de las previsiones del art. 10.2º, salvo que las partes acuerden otra cosa¹⁵.

La demandante insiste en que Argentina no ha condicionado su aceptación a la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal al agotamiento previo de los recursos internos. El Tribunal cree que la alegación de la de-

⁹ Cursiva añadida.

¹⁰ *Wintershall c. Argentina* (jurisdicción), párr. 116.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*, párr. 117.

¹³ Énfasis añadido.

¹⁴ *Wintershall c. Argentina* (jurisdicción), párr. 119.

¹⁵ *Ibid.* párr. 122.

mandante puede ser correcta sólo si se pone el énfasis en la palabra “agotamiento”. No obstante, considera que las previsiones como las del art. 10.2 del APPRI Argentina–Alemania no son extrañas en los Tratados bilaterales de inversión y no observa razón alguna por la cual no deba ser respetada, ya que es claro el sentido de las palabras en el contexto en el que se presentan¹⁶.

Por su parte, respecto a la opinión del demandante según la cual el art. 10.2º del APPRI no es una cuestión de orden público (*public policy*) para Argentina –tal y como demuestra el hecho de que sólo unos pocos Tratados celebrados por Argentina incluyen una previsión similar–, el tribunal considera irrelevante tal extremo, ya que esta previsión debe ser interpretada en el marco de un Tratado determinado, el APPRI Argentina–Alemania.

También se rechaza la siguiente alegación de la demandante: los pasos previos en forma de “periodos de espera” no son requisitos jurisdiccionales y, por tanto, pueden ser dispensados y cancelados. Para realizar tal afirmación la demandante recurre a decisiones previas de varios tribunales del CIADI y al caso *Nicaragua* de la CIJ. Sin embargo, el Tribunal realiza un análisis de esta “jurisprudencia” y llega a la conclusión de que no es posible afirmar, en todos los casos, que los “periodos de espera” para el arreglo pacífico de controversias deban ser tratados como requisitos procedimentales no esenciales, en lugar de tratarlos como cuestiones de jurisdicción. Más aún el Tribunal considera que la afirmación categórica del Prof. Schreuer según la cual “*procedural obstacles are not jurisdictional requirements and may be disregarded*”, no puede ser aceptada de forma incondicional, porque incluso los obstáculos procedimentales pueden estar formulados de tal forma que deban tratarse como jurisdiccionales¹⁷. Tal y como afirma el Tribunal,

“Even a requirement of prior–negotiation may therefore qualify as a jurisdictional requirement (or it may not), depending on the language and the context”¹⁸.

No sólo eso. El Tribunal considera que es incorrecto caracterizar la obligación impuesta por el art. 10.2º como un “periodo de espera obligatorio”. De hecho el propio APPRI de Argentina y Alemania prescribe como dos requisitos distintos; mientras que el art. 10.1º dispone que las controversias “deberán, *en lo posible*, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia”¹⁹, el art. 10.2º emplea el imperativo de “será sometida”. Así,

“A waiting period for amicable settlement (or for “negotiation”) is definitely not the same as a requirement to invoke the jurisdiction of domestic Courts for a given period of time”²⁰.

Además, en referencia a la práctica arbitral precedente, el Tribunal pone de manifiesto que el Tribunal del caso *Maffezini c. España* (decisión en la

¹⁶ *Ibid.* párrs. 123–127.

¹⁷ *Ibid.* párr. 143. Como fue el caso en el asunto *Enron*.

¹⁸ *Ibid.* párr. 142.

¹⁹ Cursiva añadida.

²⁰ *Wintershall c. Argentina* (jurisdicción), párr. 145.

cual funda principalmente la demandante la operatividad de la cláusula de NMF) ha declarado que el requisito convencional de recurrir a los tribunales internos en un periodo obligatorio de 18 meses no es un paso puramente procedimental, sino un requisito jurisdiccional.

Como conclusión de esta primera parte de la objeción preliminar presentada por Argentina el Tribunal sostiene que Wintershall no puede evitar cumplir previamente con lo dispuesto en el art. 10.2º del APPRI Argentina–Alemania antes de iniciar procedimientos arbitrales. No obstante, el Tribunal también señala que esta circunstancia no prejuzga la posibilidad de acudir a arbitraje mediante la aplicación de la cláusula de NMF incorporada en el art. 3.

9. La segunda parte de la objeción preliminar trata justamente sobre la viabilidad de la aplicación de la cláusula de NMF contenida en el art. 3 del APPRI germano–argentino, para provocar la aplicación del art. VII del APPRI celebrado entre Argentina y los EE UU en lugar del art. 10 del primero de los APPRI.

Argentina alega que tanto él como Alemania excluyeron las cuestiones de arreglo de diferencias del alcance de la cláusula de NMF del art. 3; por tanto, esta cláusula no puede aplicarse a la disposición sobre arreglo de diferencias. Una interpretación distinta supondría la violación de los principios interpretativos *ejusdem generis* y *effet utile*. Además, en opinión de Argentina, el “*case law*” confirma la imposibilidad de Wintershall de basarse en la cláusula de NMF para el arreglo del litigio. Considera que el caso *Salini c. Jordania* y el caso *Plama c. Bulgaria* demuestran que la reclamación de Wintershall es inadmisibles. Por su parte, el caso *Plama c. Bulgaria* pone de relieve que la cláusula de NMF no se aplica a las disposiciones de arreglo de controversias, salvo que no haya ninguna duda que fue esa la voluntad de las partes; en este sentido, para Argentina la cláusula de NMF del APPRI de Argentina y Alemania no contiene ninguna indicación de que las partes quisieran atribuirle tal ámbito de aplicación²¹.

Wintershall, por su parte, sostiene que ambas partes ya han dado su consentimiento al arbitraje del CIADI; el demandante sólo busca la aplicación de la cláusula de NMF para superar la regla temporal de los 18 meses en los tribunales argentinos previsto en el APPRI germano–argentino. Dado que tanto Argentina como Alemania han dado su consentimiento al arbitraje del CIADI, la aplicación de la cláusula de NMF no afecta a cuestiones de jurisdicción, al consentimiento arbitral o a la substancia del mecanismo de arreglo de diferencias, ni anula ninguna disposición de orden público. Para superar la regla temporal de los 18 meses, el demandante afirma que la cláusula de NMF se aplica a las previsiones de arreglo de controversias porque dicho mecanismo es un elemento esencial para el régimen de protección de las inversiones extranjeras; en este sentido, destaca que la posibilidad de recurrir a arbitraje sólo después de acudir a los tribunales internos durante un

²¹ *Ibid.*, párr. 158.

período de 18 meses resulta menos favorable que el acceso a arbitraje en el momento inmediatamente posterior a la expiración del período de negociación. Respecto al alcance de la cláusula de NMF, Wintershall considera que no existe ningún elemento que indique la intención de las partes de excluir la previsión de arreglo de diferencias; al contrario, la existencia de ciertos límites expresos en el art. 3 (pertenencia a procesos integración regional y la materia tributaria) y en los Protocolos del APPRI, significa claramente que las limitaciones no alcanzan al arreglo de controversias. Además, para Wintershall la práctica arbitral respalda su interpretación de la cláusula de NMF. Destaca la diferencia entre este caso y el caso de *Plama c. Bulgaria*, que no sería de aplicación en el presente. Afirma, incluso, que si debiera ser aplicada la argumentación del caso *Plama*, las circunstancias excepcionales mencionadas por este tribunal y su justificación del caso *Maffezini* están claramente presentes en el presente caso²².

El Tribunal no acepta el razonamiento del Wintershall según el cual, Argentina y Wintershall ya han consentido el arbitraje del CIADI y la aplicación del art. 3 del APPRI no afecta a cuestiones de jurisdicción, al consentimiento arbitral o la substancia del mecanismo de arreglo de diferencias. Considera que la invocación del art. 3 para aplicar el art. VII del APPRI Argentina–EE UU en lugar de la disposición de arreglo de controversias del APPRI Argentina–Alemania claramente afecta a cuestiones de jurisdicción o consentimiento a arbitraje²³. El Tribunal pone de relieve que el Convenio del CIADI combina un sistema de derecho público de responsabilidad del Estado con arbitraje privado. El tribunal reconoce que la expresión del arbitraje *without privity* acuñada por el profesor J. Paulsson ha marcado al arbitraje del CIADI. Sin embargo, destaca que el art. 25 del Convenio de Washington exige el consentimiento por escrito de las partes, y que este consentimiento por escrito es la “piedra angular” de la jurisdicción del Centro. El “consentimiento” general del Estado receptor se expresa cuando éste celebra un Tratado bilateral de inversiones con otro Estado; este consentimiento, que se presenta como una oferta permanente hecha a un grupo de inversores potenciales del otro Estado contratante, debe ser aceptada caso por caso cuando el inversor particular solicita el sometimiento de una disputa al CIADI. El Tribunal arbitral pone de relieve que,

“Investment arbitration through the general “consent” expressed by the Host State therefore lacks “privity” – but only at the beginning: privity gets (notionally) established qua a particular investor of the other Contracting State, when that particular investor having raised a dispute with the Host–State – a–dispute connected with his/its investment – makes a request to the Centre to register his/its dispute as an ICSID Arbitration Case. And the eighteen–month requirement of a proceeding before local courts (stipulated in Article 10(2)) is an essential preliminary step to the institution of ICSID Arbitration, under the Argentina–Germany BIT; it constitutes an integral part of the “standing offer” (“consent”) of the Host State, which must be accepted on the same terms by every individual investor who

²² *Ibid.* párr. 159.2

²³ *Ibid.* párr. 160(1).

seeks recourse (ultimately) to ICSID arbitration for resolving its dispute with the Host State under the concerned BIT. Therefore, invocation by the Claimant of Article VII of the Argentina–US BIT, by relying on the MFN provision in Article 3 of the Argentina–Germany BIT, not only raise issues about consent to ICSID arbitration, but raises such issues of “consent” different from (and at variance with) the “consent” already given by the Host State (as stated above).

(...)

In the ICSID system, “consent” of the Host State to international arbitration is given – not generally, but *inter alia* under a particular investment treaty. The Host–State’s “consent” is given when a bilateral investment treaty is concluded with another State. The Claimant’s contention that since Argentina has already consented to ICSID arbitration in Article 10 of the Argentina–Germany BIT, the invocation by the Claimant of the MFN provisions of Article 3 of the said BIT (an invocation made to enable the Claimant to get direct access to international arbitration) would not involve any issue of jurisdiction, or of consent to arbitration of the Host State, is plainly erroneous; because as from the very moment that the MFN clause is so invoked by the Claimant on a jurisdictional ground (i.e. to enable the Claimant to invoke Article VII of the Argentina–US BIT in lieu of” Article 10 of the Argentina–Germany BIT) the question of the Host State’s “consent” (or lack of it) to an alternate jurisdiction clause (in a different BIT) arises”.

En cuanto a la relación existente entre el art. 3 y el art. 10 del APPRI germano–argentino, el Tribunal señala que a partir de una lectura sencilla el APPRI puede extraerse que no existe una cláusula de NMF general aplicable a todos sus artículos. En este sentido manifiesta que,

“The most–favoured–nation clause is contained in Article 3, but that article does not mention that the most–favoured–nation “treatment” as to investments, and investment related activities, is to be in respect of “all relations” or that it extends to “all aspects” or covers “all matters in the treaty”. The question whether Article 3, could apply to the dispute resolution clause in Article 10 (and specifically to the eighteen–month requirement stipulated in paragraph (2) thereof) has to be answered in the negative – not because “treatment” in Article 3 may not include “protection” of an investment by the investor adopting ICSID arbitration, but primarily because of the significance that has been attached by the Contracting States to the eighteen–month requirement in Article 10(2): it is part and parcel of Argentina’s integrated “offer” for ICSID arbitration; this “offer” must be accepted by the investor on the same terms. Besides, it is well–settled, in this branch of the law, that a most–favoured–nation clause can only attract matters belonging to the same category of subject as that to which the clause itself relates – the issue being determined in accordance with the intention of the Contracting Parties, deduced from a reasonable, interpretation of the Treaty. But what is the category of subject (the genus) to which the “treatment” mentioned in Article 3 relates? That is not mentioned in Article 3 – that can only be ascertained upon reading Article 3 along with Article 4”²⁴.

El Tribunal realiza un análisis de las distintas previsiones que incorporan el estándar de trato de NMF, para llegar a la conclusión de que siendo claro que algunas de estas previsiones –de forma particular la prevista en el art. 4 del APPRI– no alcanzan a la disposición de arreglo de controversias, el art. 3 puede tener en principio un ámbito de aplicación mayor y puede alcanzar al tratamiento regulado en otras disposiciones del propio APPRI. No obstante, el Tribunal hace suya la afirmación según la cual todo arbitraje internacional tiene que estar fundado sobre un acuerdo entre las partes, que tiene que ser

²⁴ *Ibid.* párr. 162.

claro y no ambiguo, incluso cuando éste haya venido por incorporación o referencia. En virtud de esta afirmación, para el Tribunal,

“States could provide expressly that they intended the MFN Clause to apply to dispute settlement, but the mere fact that the MFN Clause was expressed to apply “with respect to all matters” dealt with by the basic treaty was not sufficient to dispel the doubt as to whether the parties had really intended it to apply to the dispute settlement clause. Ordinarily, an MFN Clause would not operate so as to replace one means of dispute settlement with another. This is (presumably) why the drafters of the UK Model BIT had provided (in Article 3(3)) that “for avoidance of doubt MFN treatment shall apply to certain specified provisions of the BIT including the dispute settlement provision.” Because, ordinarily and without more, the prospect of an investor selecting at will from an assorted variety of options provided in other treaties negotiated with other parties under different circumstances, dislodges the dispute resolution provision in the basic treaty itself – unless of course the MFN Clause in the basic treaty clearly and unambiguously indicates that it should be so interpreted: which is not so in the present case”²⁵.

En ausencia de una lenguaje claro o que el contexto sugiera lo contrario, en opinión del Tribunal, el significado ordinario de *“investments shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to investments made by investors of any third State”* es que los derechos sustantivos del inversor respecto a sus inversiones serán tratados no menos favorablemente del que serían tratados bajo un APPRI celebrado entre el Estado receptor y un tercer Estado. En este sentido, es distinto establecer que el inversor se verá beneficiado del trato de NMF y utilizar la cláusula de NMF para evitar la limitación en la cláusula de resolución de diferencias del APPRI cuando las partes no han empleado un lenguaje en la cláusula de NMF que muestre la intención en tal sentido.

El Tribunal sostiene que el requisito de recurrir a los tribunales locales durante un período de 18 meses es fundamentalmente una cláusula jurisdiccional, y no una disposición meramente procedural. Sólo puede dispensarse cuando el texto de la cláusula de NMF permite interpretar el APPRI de tal manera que sea posible concluir que esa es la voluntad clara e inequívoca de las Partes Contratantes.

La opinión del Tribunal parece, a primera vista, contradecir la solución adoptada por el Tribunal en el caso *Maffezini*. No obstante, el Tribunal pone de relieve la diferencia existente entre la cláusula de NMF del APPRI Argentina-España y el APPRI Argentina-Alemania. Al respecto sostiene que,

“The members of the tribunal in Maffezini (a decision relied on by the Claimant) had so concluded based on the particular wording of the MFN clause in the case before them (“in all matters covered by this Agreement”) – such words are absent in Article 3 of the Argentina–German BIT. The MFN Clause in Article 3 of the Argentina–Germany BIT plainly does not refer to “treatment” with respect to “all matters covered by this treaty” (as in Maffezini). The decision in Maffezini is in line with the observations of the International Commission of Arbitration in the Ambatielos Case (Ambatielos II, Award –of March 6, 1956) where the Commission opined that the subject matter of “administration of justice” though not seemingly part of the same genus as “commerce and navigation” would be covered or

²⁵ *Ibid.* párr. 167.

*included (only) by the reason of the words preceding the words "commerce and navigation": viz. "all matters relating to [...]"*²⁶

Además, señala que existe un campo más limitado en el que puede basarse la no aplicabilidad de la cláusula de NMF en el APPRI germano–argentino, incluso si se adopta la presunción hecha en *Maffezini*. El Tribunal destaca que este caso podría caer dentro de una de las excepciones previstas en *Maffezini*. Según esta excepción, a pesar de que fuera posible extender mediante interpretación la cláusula de NMF a la disposición de arreglo de controversias, esta extensión no estaría permitida en aras a invocar la aplicación de una disposición que previera un sistema de arbitraje distinto, porque la cláusula de arreglo de diferencias es una previsión específica que refleja la voluntad precisa de las Partes Contratantes. Y en este sentido, el Tribunal señala que el APPRI Argentina–EE UU incorpora un sistema de arbitraje distinto al que prevé el APPRI celebrado entre Argentina y Alemania.

Entrando en el análisis de la *case law* sobre la posible extensión de la cláusula de NMF a las disposiciones de arreglo de controversias, el Tribunal pone de relieve que las decisiones al respecto no son ni uniformes ni constantes, existiendo dos corrientes que dan muestra de dos enfoques diferentes. Es una cuestión que todavía crea dificultades. Además, el Tribunal constata que las decisiones de los Tribunales arbitrales del CIADI no son precedentes obligatorios para los sucesivos tribunales.

Por todos los argumentos expuestos, el Tribunal concluye que el demandante, Wintershall, no puede valerse de la cláusula de NMF del art. 3 para evitar el cumplimiento de los requisitos impuestos en el art. 10.2 del APPRI germano–argentino.

10. La decisión de *Wintershall c. Argentina* viene a sumarse a aquellas decisiones del CIADI que habían negado la extensión de la cláusula de NMF a la disposición de arreglo de controversias. El extenso análisis realizado por este Tribunal convierte su decisión en un referente importante en este ámbito problemático. No obstante, la contradicción de las dos posiciones sigue vigente, a pesar de que los distintos tribunales arbitrales se esfuerzan en minimizar sus contradicciones, en muchas ocasiones a través de razonamientos no del todo convincentes, y resaltar las diferencias que les llevan a adoptar decisiones alejadas. Si bien es cierto que la posibilidad de extender la cláusula de NMF a las disposiciones de arreglo de diferencias depende, en cada caso concreto, del texto o de la formulación de cada cláusula de NMF, tal diversidad no parece justificar la disparidad de las argumentaciones empleadas por los distintos tribunales. De hecho, uno de los aspectos que más insatisfacción produce es la ausencia en la práctica arbitral de una línea argumentativa común, basada en principios concretos, que aplicados al caso concreto pueden conducir, por qué no, a soluciones contrarias, que no contradictorias.

²⁶ *Ibid.* párr. 172.

Uno de los elementos más relevantes de esta decisión radica en el hecho de insistir en la vinculación existente entre la cláusula de NMF y la cuestión de la jurisdicción y el consentimiento arbitral. Y es por ello que, avanzando en la línea marcada por la decisión *Plama c. Bulgaria*, debería exigirse que la voluntad de los Estados contratantes de extender la cláusula de NMF a la disposición de arreglo de controversias fuera clara e inequívoca, tal y como lo hace el Tribunal en el caso *Wintershall*. No en vano, dicha extensión afecta directamente al consentimiento de someter una controversia concreta al CIADI; consentimiento que debe satisfacer el umbral dispuesto en el art. 25 del Convenio de Washington.