

EL ARBITRAJE DE INVERSIONES EN LOS RECIENTES APPRI ESPAÑOLES

INVESTMENT ARBITRATION IN RECENT SPANISH BITS

Francisco José Pascual Vives*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CONSENTIMIENTO ESCRITO DE LAS PARTES COMO CONDICIÓN NECESARIA PARA INICIAR EL ARBITRAJE DE INVERSIONES.- III. LA IRREVOCABILIDAD DEL CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE DE INVERSIONES.- IV. LA FASE DE NEGOCIACIÓN PREVIA AL ARBITRAJE.- V. LA ELECCIÓN DE LA SEDE ARBITRAL.- VI. LA PLURALIDAD Y LA ACUMULACIÓN DE PROCEDIMIENTOS ARBITRALES.- VII. EL TRATO DE NMF Y LA “DOCTRINA MAFFEZINI”.- VIII. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: El trabajo analiza aquellos aspectos jurídicos que caracterizan el procedimiento de arreglo de las controversias inversor-Estado en los APPRI españoles de segunda generación. La materia estudiada ha sido regulada por los recientes APPRI españoles con bastante detalle, si bien nuestro modelo de APPRI todavía carece de la precisión que caracteriza al modelo de APPRI norteamericano. Asimismo, la regulación del procedimiento arbitral inversor-Estado pone de relieve una tensión entre los principios de soberanía y *favor inversionis*, que se ha trasladado a las decisiones emitidas por los tribunales arbitrales del CIADI.

ABSTRACT: This paper addresses the legal issues arising from the investor-State dispute settlement procedure in the second generation of Spanish BITs. The referred subject has been envisaged by the most recent Spanish BITs, notwithstanding that our BIT model still lacks of the precision that characterizes the North-American model. Furthermore, the regulation of the investor-State arbitral procedure reflects a tension between the principles of sovereignty and favor inversionis, which has been transferred to the ICSID arbitral decisions.

PALABRAS CLAVE: arbitraje de inversiones; Convenio CIADI; modelo de APPRI; consentimiento al arbitraje.

KEY WORDS: investment arbitration; ICSID Convention; BIT model; consent to arbitration.

Fecha de recepción del artículo: 12 de diciembre de 2009. Fecha de aceptación de la versión final: 28 de diciembre de 2009

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alicante (paco.pascual@ua.es). El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación “La ‘Política Mediterránea’ de la Unión Europea en perspectiva: El Proceso de Barcelona, la Unión para el Mediterráneo y los intereses españoles” (Ref. DER2009-14238-C02-01).

La política convencional española de promoción y protección de las inversiones extranjeras viene experimentando diversos cambios de carácter cualitativo durante los últimos años. Al calor de la práctica convencional y arbitral más reciente, este trabajo analiza aquellos aspectos jurídicos de naturaleza material y procesal que definen el procedimiento de arreglo de las controversias inversor-Estado en los APPRI españoles de segunda generación.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos decenios se ha generalizado en el Derecho Internacional (DI) económico la celebración de tratados bilaterales de inversiones (APPRI). Estos instrumentos han contribuido decisivamente a la evolución de las relaciones económicas internacionales¹, ya que consolidan un marco cierto de obligaciones de promoción y protección que los Estados se comprometen a observar bajo una condición de reciprocidad.

El presente trabajo pretende examinar las disposiciones previstas en los APPRI españoles de segunda generación para instrumentalizar el arreglo de las controversias que enfrentan a un inversor extranjero y al Estado receptor de la inversión.

Con el objeto de ponderar la evolución de tales mecanismos en la práctica internacional contemporánea se estudian adicionalmente las soluciones ofrecidas por otros Estados en su política convencional², así como también algunos precedentes arbitrales, especialmente aquellos relacionados con los intereses de España.

Conviene advertir que entendemos como APPRI de segunda generación aquellos acuerdos que entraron en vigor con posterioridad al año 2000, fecha en la que se hizo público el laudo que resolvía el primer y hasta ahora único litigio sustanciado ante un Tribunal arbitral creado en el marco del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) contra el Reino de España, el *Caso*

¹ ROSE-ACKERMAN, S. y TOBIN, J.L., “Do BITs Benefit Developing Countries?”, en ROGERS, C.A. y ALFORD, R.P. (eds.), *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2009, 131-143, pp. 136-141. Aunque también puede consultarse un análisis doctrinal formulado desde otra perspectiva: *vid.* GUZMAN, A.T., “Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties”, en SAUVANT, K. y SACHS, L.E. (eds.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment*, Oxford University Press, Oxford 2009, 73-97, pp. 83-96.

² Se examinan en particular los modelos de APPRI de India (2003), los Estados Unidos de América (2004), Canadá (2004), Francia (2006) y Alemania (2008), que pueden consultarse en <http://ita.law.uvic.ca/investmenttreaties.htm>. Debe advertirse que, en el momento de cerrar este trabajo, se han presentado algunas iniciativas que pretenden modificar el modelo de APPRI estadounidense: *vid.* <http://www.regulations.gov/search/Regs/home.html#docketDetail?R=USTR-2009-0019> (consultada el 31-7-2009). Asimismo, conviene señalar que el Gobierno canadiense también ha formulado modificaciones en su política de promoción y protección de las inversiones extranjeras mediante la *Investment Canada Act*, en particular por lo que se refiere a las restricciones de seguridad nacional aplicables al concepto de inversión: *vid.* <http://vcc.columbia.edu/pubs/documents/ICAPerspective-Final.pdf> (consultada el 6-8-2009).

Maffezini³. Asimismo, nuestro trabajo se ocupa de aquellos más recientes APPRI⁴, en tanto que la doctrina ya ha estudiado con rigor los primeros acuerdos de segunda generación⁵.

A diferencia del régimen jurídico organizado en el DI clásico, donde la escasa aplicación a las personas jurídicas de la protección diplomática⁶ y la invocación de la “cláusula Calvo”⁷ limitaban la protección de las inversiones extranjeras, en nuestros días se ha conseguido articular progresivamente⁸ un procedimiento para la solución de las controversias inversor-Estado en los APPRI.

Se trata de un procedimiento arbitral de naturaleza internacional y mixta, esto es, que otorga legitimación activa al inversor para solicitar un arbitraje de inversiones contra el Estado receptor a resultas de la violación del APPRI, e incluso de un incumplimiento contractual que alcanzara esa misma naturaleza en virtud de una cláusula de cobertura (*umbrella clause*).

³ *Emilio Agustín Maffezini c. España* (Caso CIADI N° ARB/97/7, Laudo de 9-11-2000).

⁴ Para los efectos del presente estudio se incluyen en el concepto de APPRI de segunda generación, por orden de publicación oficial, aquellos celebrados con: Bolivia (*BOE* 16-10-2002); Siria (*BOE* 18-2-2005); Marruecos (*BOE* 11-4-2005); Nigeria (*BOE* 11-2-2006); Moldavia (*BOE* 12-2-2007 y *BOE* 2-4-2007); Macedonia (*BOE* 19-2-2007); Colombia (*BOE* 12-9-2007); Kuwait (*BOE* 1-4-2008); México (*BOE* 3-4-2008 y *BOE* 19-5-2008); China (*BOE* 8-7-2008); y Libia (*BOE* 1-10-2009). Se encuentran todavía en fase de tramitación parlamentaria los APPRI celebrados con: Ghana (*BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie C*, No. 309-3, 4-12-2007, p. 5); Senegal (*BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie C*, No. 32-3, 5-11-2008, p. 1); y Bahrein (*BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie C*, No. 38-3, 5-11-2008, p. 1).

⁵ En este sentido, merecen una especial y destacada referencia sendos trabajos de la Profesora GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores. Los Acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones celebrados por España*, Tirant, Valencia 2005, pp. 121-421; y “Spanish Practice on Investment Treaties”, en JIMÉNEZ PIERNAS, C. (ed.), *The Legal Practice in International Law and European Community Law*, Martinus Nijhoff, Leiden 2007, 567-598.

⁶ Para un análisis de las controversias más clásicas ventiladas al margen del CIADI: cfr. LOWENFELD, A.F., *International Economic Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2008, pp. 495-533. Se constata un incremento exponencial de las controversias presentadas ante el CIADI durante la última década: *vid.* UNCTAD, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, United Nations Publications, New York/Geneva 2009, p. 3.

⁷ Cuya interpretación resulta discutida en la jurisprudencia internacional más clásica, por ejemplo: *vid. Empresa Norteamericana de Dragados c. México* (UNRIAA, vol. IV, Decisión de 31-3-1926, pp. 27-34); *Georges Pinson c. México* (UNRIAA, vol. V, Decisión de 19-10-1928, pp. 349-355); *Unión de Ferrocarriles Mexicanos c. México* (UNRIAA, vol. V, Decisión de 10-2-1930, pp. 118-123); *Compañía Pesquera Internacional c. México* (UNRIAA, vol. IV, Decisión de 7-1930, pp. 693-703); *Douglas Collie MacNeill c. México* (UNRIAA, vol. V, Decisión de 10-4-1931, pp. 137-138); *Empresa Minera y Ferroviaria El Oro c. México* (UNRIAA, vol. V, Decisión de 18-6-1931, pp. 194-198). En la doctrina: cfr. AMERASINGHE, C.F., *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford 2008, pp. 191-211.

⁸ En el primer APPRI con Marruecos, por ejemplo, ni siquiera se preveía un mecanismo para la solución de las controversias inversor-Estado en sede internacional: *vid.* GARCÍA RODRÍGUEZ, I., “Mejoras en la protección de las inversiones bilaterales hispano-marroquíes con un nuevo APPRI”, *REDI*, vol. LVII, nº 2 (2005), 1161-1166, pp. 1165-1166.

En la práctica convencional de la mayoría de Estados⁹, entre ellos España, se ha venido reglamentado el procedimiento de arreglo de las controversias inversor-Estado en un único precepto. Los Estados miembros del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), por el contrario, regulan con mucho más detalle esta materia¹⁰.

Se entiende así que, para establecer el procedimiento de arreglo de las controversias inversor-Estado, el APPRI celebrado entre España y México siga excepcionalmente la tendencia norteamericana y disponga un capítulo compuesto por diez preceptos¹¹.

Con independencia del modelo seleccionado, ya sea el tradicional o el norteamericano¹², todos los Estados coinciden en la necesidad de regular esta materia con suma cautela puesto que, en definitiva, insta un medio internacional para el arreglo de las controversias que concede legitimación directa a los particulares. En los siguientes apartados se estudian sus principales características, así como algunos de los principales problemas que suscita su ejercicio.

II. EL CONSENTIMIENTO ESCRITO DE LAS PARTES COMO CONDICIÓN NECESARIA PARA INICIAR EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

Para que un arbitraje de inversiones inversor-Estado pueda ser elevado ante un órgano arbitral constituido en el marco del CIADI, el Artículo 25 del Convenio CIADI establece una serie de condiciones. En particular, estos requisitos se refieren a la nacionalidad extranjera del inversor, a la existencia de una controversia jurídica “que surja directamente” de una inversión y, por último, al consentimiento escrito de las partes.

⁹ *Vid.* el Artículo 9 del modelo indio; el Artículo 7 del modelo francés; y el Artículo 10 del modelo alemán. En el mismo sentido se manifiesta la práctica convencional del Reino Unido, por ejemplo: *vid.* el Artículo 8 del APPRI de 13-2-2000 celebrado con Sierra Leona; el Artículo 8 del APPRI de 1-8-2002 celebrado con Vietnam; el Artículo 8 del APPRI de 2-10-2002 celebrado con Bosnia-Herzegovina; el Artículo 8 del APPRI de 6-11-2002 celebrado con Yugoslavia; y el Artículo 8 del APPRI de 18-3-2004 celebrado con Mozambique.

¹⁰ *Vid.* los Artículos 23-36 del modelo de APPRI estadounidense; y los Artículos 20-47 del modelo canadiense. En el caso de México: *vid.* el Apéndice del APPRI de 10-7-1995 celebrado con Suiza; el Apéndice del APPRI de 13-5-1998 celebrado con Holanda; los Artículos 10-19 del APPRI de 29-6-1998 celebrado con Austria; los Artículos 10-19 del APPRI de 27-8-1998 celebrado con la Unión Belgo-luxemburguesa; los Artículos 9-18 del APPRI de 22-2-1999 celebrado con Finlandia; el Artículo 8 del APPRI de 30-6-1999 celebrado con Uruguay; los Artículos 8-16 del APPRI de 11-11-1999 celebrado con Portugal; los Artículos 8-18 del APPRI de 3-10-2000 celebrado con Suecia; los Artículos 9-17 del APPRI de 30-11-2000 celebrado con Grecia; los Artículos 9-17 del APPRI de 4-4-2002 celebrado con la República Checa; los Artículos 9-17 del APPRI de 24-6-2005 celebrado con Islandia; y los Artículos 12-20 del APPRI de 23-8-2005 celebrado con Australia.

¹¹ *Vid.* los Artículos IX a XVIII del APPRI con México.

¹² La distinción entre dos modelos de APPRI, uno norteamericano y otro europeo, resulta una cuestión transversal en la política de promoción y protección de las inversiones extranjeras y no sólo se limita a las disposiciones relacionadas con el arreglo de las controversias, como ya señaló JULLIARD, P., “L'évolution des sources du droit des investissements”, *RCADI*, t. 250 (1994-VI), 9-216, pp. 159-164.

El Convenio CIADI ha adoptado una formulación bastante abierta a la hora de definir tales condiciones¹³, permitiendo que los Estados las perfilen mediante APPRI. Nuestro trabajo se centra exclusivamente en el consentimiento escrito de las partes, que conforma el “requisito previo esencial para dar jurisdicción al Centro”¹⁴.

La competencia del CIADI, por tanto, queda perfeccionada cuando se ultima el consentimiento tanto del Estado receptor como del inversor extranjero¹⁵. La ratificación del Convenio CIADI no constituye un elemento suficiente para perfeccionar el consentimiento por escrito. Por lo tanto, con independencia de su participación en aquel tratado internacional, los Estados eligen de manera soberana el medio, el momento y el alcance que adopta aquel consentimiento.

El Convenio CIADI reconoce que ambas partes deben prestar su consentimiento por escrito, pero no establece la manera en que se ha de instrumentalizar. Sobre este último expediente, como ha dejado patente la jurisprudencia arbitral, existe cierta flexibilidad para las partes¹⁶.

Cabe la posibilidad de que el inversor y el Estado receptor convengan someter una controversia a un arbitraje internacional en un contrato particular¹⁷. Pero también es frecuente en la práctica internacional que el consentimiento no quede recogido en un mismo instrumento¹⁸, sino que el Estado lo manifieste con carácter general mediante un APPRI, un tratado de carácter multilateral¹⁹ o incluso mediante una norma interna²⁰.

En efecto, si bien de una manera poco uniforme²¹, muchos APPRI contienen ofertas generales²² de consentimiento por parte de los Estados²³ en el precepto que articula el

¹³ DOLZER, R. y STEVENS, M., *Bilateral Investment Treaties*, Kluwer, The Hague 1995, p. 131.

¹⁴ Vid. el punto 25 del Informe de los Directores ejecutivos acerca del Convenio CIADI.

¹⁵ *Salini e Italstrade c. Marruecos* (Caso CIADI N° ARB/00/4, Laudo sobre competencia de 23-7-2001, párr. 27).

¹⁶ *Amco c. Indonesia* (Caso CIADI N° ARB/81/1, Laudo sobre competencia de 25-9-1983).

¹⁷ *Mobil c. Nueva Zelanda* (Caso CIADI N° ARB/87/2, Laudo de 4-5-1989); o *Vacuum Salt c. Ghana* (Caso CIADI N° ARB/92/1, Laudo de 16-2-1994).

¹⁸ *Československa c. Eslovaquia* (Caso CIADI N° ARB/97/4, Laudo sobre competencia de 24-5-1999).

¹⁹ SCHREUER, Ch.H., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, pp. 221-224.

²⁰ *SPP c. Egipto* (Caso CIADI N° ARB/84/3, Laudo sobre competencia de 14-4-1988); o *Tradex c. Albania* (Caso CIADI N° ARB/94/2, Laudo sobre competencia de 24-12-1994).

²¹ VIVES CHILLIDA, J.A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, McGraw Hill, Madrid 1998, p. 79.

²² El Artículo 7 del modelo francés dispone que “If this dispute has not been settled within a period of six months from the date on which it occurred by one or other of the parties to the dispute, *it shall be submitted at the request of either party to the arbitration of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*” (cursiva añadida). Esta posición también se ha mantenido por el Reino Unido: cfr. el Artículo 7.2 del APPRI de 8-1-1996 celebrado con Chile; el Artículo 8 del APPRI de 11-3-1997 celebrado con Croacia; el Artículo 8 del APPRI de 1-8-2002 celebrado con Vietnam; el Artículo 8 del APPRI de 2-10-2002 celebrado con Bosnia-Herzegovina; y el Artículo 8 del APPRI de 6-11-2002 celebrado con Yugoslavia.

²³ El consentimiento, siguiendo el tenor del Artículo 25.3 del Convenio CIADI, también lo puede prestar una “subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante” autorizado por dicho Estado:

arreglo de las controversias inversor-Estado²⁴. A medida que algunos Estados comienzan a cuestionar el alcance jurídico de la oferta general de consentimiento²⁵, estas declaraciones se plasman cada vez más clara e inequívocamente.

Así, los modelos de APPRI canadiense, estadounidense y alemán incluyen un precepto donde expresamente las partes manifiestan su consentimiento en someterse a la competencia de los órganos del CIADI²⁶. El Reino Unido también sigue la misma tendencia en su política convencional²⁷, tras haber empleado en algún momento las ofertas generales de consentimiento.

La práctica española de segunda generación se mantiene mayoritariamente fiel a la opción más clásica y, salvo los APPRI con Colombia²⁸ y México²⁹, el resto de acuerdos contienen simplemente una oferta general de consentimiento a la competencia del CIADI.

Menos problemas teóricos plantea la determinación del momento en que debe manifestarse el consentimiento. La ratificación del Convenio CIADI constituye el requisito previo para iniciar un arbitraje de inversiones en este ámbito institucional y, por regla general, el consentimiento debe manifestarse tras la ratificación de aquel Convenio y antes de la iniciación del procedimiento arbitral ante el CIADI.

En ciertas ocasiones, el consentimiento se manifiesta con anterioridad incluso al momento de la ratificación del Convenio CIADI, por ejemplo, cuando se celebra un APPRI en el que uno de los sujetos partes no es todavía miembro de aquel Convenio, pero cuyo texto incluye una oferta general de consentimiento a los órganos del CIADI.

cfr. UNCTAD, *Dispute Settlement. Consent to Arbitration*, United Nations Publications, New York/Geneva 2003, pp. 41-43.

²⁴ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Tribunales nacionales, arbitrajes internacionales y protección de inversiones extranjeras*, Marcial Pons, Barcelona 2008, p. 24.

²⁵ FOURET, J., “Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration: ‘Manufacturing Consent’ to ICSID Arbitration”, *JIArb*, vol. 25, n° 1 (2008), 71-87, pp. 83-86; y PETERS, P. y SCHRIJVER, N., “Latin America and International Regulation of Foreign Investment: Change Perceptions”, *NILR*, vol. XXXIX, n° 3 (1992), 355-383, pp. 368-372.

²⁶ *Vid.* el Artículo 28 del modelo canadiense; el Artículo 25 del modelo estadounidense; y el Artículo 10.2 del modelo alemán.

²⁷ *Vid.* el Artículo 8 del APPRI de 30-3-1994 celebrado con Albania; el Artículo 8 del APPRI de 4-1-1996 celebrado con Azerbaiján; el Artículo 8 del APPRI de 13-2-2000 celebrado con Sierra Leona; el Artículo 8.1 del APPRI de 18-3-2004 celebrado con Mozambique; y el Artículo 12 del APPRI de 12-5-2006 celebrado con México.

²⁸ El Artículo 10.6 del APPRI con Colombia señala que “Cada Parte Contratante da su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda controversia de esta naturaleza pueda ser sometida a cualquiera de los procedimientos arbitrales indicados en los literales b) y c) del apartado 3 de este artículo”.

²⁹ El Artículo XII del APPRI con México establece que “1. Cada Parte Contratante otorga su consentimiento incondicional para someter una controversia a arbitraje internacional de conformidad con los procedimientos establecidos en esta Sección. 2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 anterior y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversor contendiente cumplirán con los requisitos señalados en: a) el Capítulo II del Convenio CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario de CIADI, que exigen el consentimiento por escrito de las partes (...)”.

Ello significa necesaria y excepcionalmente que en estos casos, para determinar cuando tiene lugar la manifestación del consentimiento, se debería utilizar como fecha crítica la de entrada en vigor de aquel instrumento multilateral³⁰.

El momento en que se otorgó el consentimiento constituye la fecha elegida para determinar aspectos tan relevantes como la nacionalidad de las partes en la controversia³¹ o las reglas de procedimiento pertinentes³². La Regla 2.1.c) aplicable a la iniciación de los procedimientos de conciliación y arbitraje exige que la solicitud de arbitraje indique “la fecha en que se otorgó el consentimiento” y se acompañen los documentos que lo contienen³³.

En otro orden de cosas, deben precisarse una serie de cuestiones relacionadas con el alcance del consentimiento. En primer lugar, el Artículo 25.4 del Convenio CIADI permite a los Estados partes discriminar las clases de controversias que aceptan someter al CIADI. Interesa matizar que algunos Estados partes del Convenio CIADI, de conformidad con aquel precepto, han dirigido una notificación al Secretario General del CIADI mediante la que declaran las diferencias que aceptan someter a la competencia del Centro³⁴.

Los Estados que han hecho uso de esta facultad y con quien España ha celebrado APPRI son Jamaica³⁵, Turquía³⁶, China³⁷ y Guatemala³⁸. El inversor español que opere

³⁰ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento ante el CIADI*, Tirant, Valencia 2004, pp. 125-127.

³¹ *Vid.* la Regla procesal 2.1(d)(i) aplicable a la iniciación de los procedimientos de conciliación y arbitraje.

³² *Vid.* el Artículo 44 del Convenio CIADI.

³³ Cfr. el punto 24 del Informe de los Directores ejecutivos acerca del Convenio CIADI.

³⁴ Dicho precepto establece que “4. Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1)”.

³⁵ Declaration of 8-5-1974: “In accordance with Article 25 of the Convention establishing the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, the Government of Jamaica hereby notifies the Centre that the following class of dispute at any time arising shall not be subject to the jurisdiction of the Centre: Legal dispute arising directly out of an investment relating to minerals or other natural resources”.

³⁶ Declaration of 3-3-1989: “I also have the honour to hereby notify, pursuant to Article 25 (4) of the ‘Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States’ concerning classes of disputes considered suitable or unsuitable for submission to the jurisdiction of the Centre that only the disputes arising directly out of investment activities which have obtained necessary permission, in conformity with the relevant legislation of the Republic of Turkey on foreign capital, and that have effectively started shall be subject to the jurisdiction of the Centre. However, the disputes, related to the property and real rights upon the real estates are totally under the jurisdiction of the Turkish courts and therefore shall not be submitted to jurisdiction of the Centre”.

³⁷ Declaration of 7-1-1993: “[P]ursuant to Article 25 (4) of the Convention, the Chinese Government would only consider submitting to the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes disputes over compensation resulting from expropriation and nationalization”.

en estos cuatro Estados, pese a la participación de todos ellos en el Convenio CIADI y a la existencia de un APPRI que les vincula con España, debe ser consciente de que si decide iniciar un arbitraje de inversiones ante el CIADI, se van a plantear con éxito excepciones a la competencia del Tribunal arbitral siempre que el litigio se refiera a alguna de las materias que han sido excluidas expresamente por los citados Estados de la competencia del CIADI.

Asimismo, los Estados también pueden establecer condiciones al consentimiento tales como, por ejemplo, la prioridad del arreglo amistoso de la controversia³⁹, el agotamiento de los recursos internos, la revisión administrativa del acto que pretende ser impugnado en sede arbitral por el inversor extranjero⁴⁰ o incluso la consulta previa entre las autoridades financieras del Estado receptor y del Estado de origen de la inversión.

Según el APPRI con Colombia, dentro de los treinta días siguientes al momento de la interposición de la reclamación arbitral por parte de un inversor extranjero, los Estados partes pueden consultarse a través de sus autoridades financieras y pueden decretar que la medida controvertida adoptada sobre la inversión extranjera constituye “una medida prudencial equitativa, no discriminatoria y de buena fe sobre el sector financiero”, entendiéndose como tales medidas “aquellas que se adoptan para el mantenimiento de la seguridad, solvencia, integridad o responsabilidad financiera de las instituciones financieras”⁴¹. De confirmarse tal escenario, el APPRI establece expresamente una cláusula de exclusión de la responsabilidad del Estado receptor, que impediría continuar la reclamación al inversor extranjero⁴².

El consentimiento al arbitraje manifestado por los Estados, en suma, constituye un acto autónomo que puede ser objeto de límites y condiciones. Cabe analizar en el siguiente apartado la eventual revocabilidad del consentimiento a la luz de la práctica más reciente protagonizada por algunos Estados Iberoamericanos con los que España mantiene importantes vínculos económicos y comerciales.

³⁸ Declaration of 16-1-2003: “The Republic of Guatemala does not accept submitting to the Centre’s jurisdiction any dispute which arises from a compensation claim against the State for damages due to armed conflicts or civil disturbances”.

³⁹ *Infra*, apartado IV.

⁴⁰ *Infra*, apartado VI.

⁴¹ *Vid.* el Artículo 10.7 del APPRI con Colombia.

⁴² Este enunciado no se ha vuelto a reproducir en la práctica española, por lo que debemos entender que se trató de una exigencia colombiana, aceptada por nuestro país durante la procelosa negociación de este APPRI. Importa destacar que Colombia tampoco ha utilizado una solución similar en otras manifestaciones de su política convencional: *vid.* el APPRI de 9-3-1994 celebrado con el Reino Unido; el APPRI de 22-1-2000 celebrado con Chile; y el APPRI de 7-5-2001 celebrado con Perú.

III. LA IRREVOCABILIDAD DEL CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE

Uno de los elementos fundamentales del consentimiento, tal y como reconoce el Artículo 25.1 *in fine* del Convenio CIADI, radica en su irrevocabilidad: “el consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”. El carácter irrevocable del consentimiento no impide que, de conformidad con las normas generales del Derecho de los Tratados, los Estados soliciten su retirada del Convenio CIADI: “Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación”⁴³.

Por tanto, aunque se produzca la denuncia del Convenio CIADI, como consagra su Artículo 72 “Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario”.

En este sentido, interesa evaluar la posición mantenida por varios Estados de Iberoamérica, quienes vienen acometiendo diversos procesos de nacionalización y expropiación iniciados sobre varias inversiones extranjeras dedicadas a la exploración y explotación de recursos naturales, así como a la operación en determinados sectores estratégicos como el financiero o las telecomunicaciones.

Bolivia y Ecuador, Estados que hasta hace poco tiempo han formado parte del Convenio CIADI, han remitido sendas notificaciones a la Secretaría General del Banco Mundial comunicando su intención de denunciarlo. Así las cosas, este Convenio ya no crea obligaciones internacionales para Bolivia⁴⁴ desde el 3-11-2007 y también deja de producir efectos jurídicos para Ecuador el 7-1-2010⁴⁵.

La denuncia del Convenio CIADI con arreglo a sus Artículos 71-72 constituye un comportamiento autónomo de los Estados, realizado sin perjuicio de cualesquiera otras

⁴³ Artículo 71 del Convenio CIADI.

⁴⁴ Bolivia comunicó oficialmente la denuncia del Convenio CIADI el 2-5-2007.

⁴⁵ La notificación ecuatoriana tuvo lugar el 6-7-2009. Con anterioridad a dicha notificación, el 4-12-2007, Ecuador había remitido la siguiente declaración al CIADI con el objeto de limitar su competencia: “La República del Ecuador no consentirá en someter a la jurisdicción del CIADI, las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros. Todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresada por la República del Ecuador en someter esta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa la fecha de presentación de esta notificación, es retirado por la República del Ecuador, con eficacia inmediata a partir de esta fecha”. Para un comentario de las repercusiones generadas por esta decisión para los inversores españoles: *vid.* PASCUAL VIVES, F.J., “El inversor español ante la nueva situación jurídica de Bolivia y Ecuador en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)”, *REDI*, vol. LX, n° 1 (2008), 307-312, pp. 308-311.

declaraciones previas de sometimiento a la competencia del CIADI que estos hubieran realizado. En suma, si bien es cierto que Bolivia y Ecuador han denunciado el Convenio CIADI, no lo es menos que todavía ambos mantienen en vigor APPRI que designan a los tribunales del CIADI como un foro óptimo para ventilar los arbitrajes de inversiones⁴⁶.

Ello explicaría por qué tanto Bolivia como Ecuador, además de notificar su retirada del Convenio CIADI, han iniciado los correspondientes mecanismos destinados a denunciar algunos APPRI celebrados con terceros Estados⁴⁷. En el mismo orden de ideas debe entenderse la avalancha de demandas presentadas contra ambos Estados antes de que su denuncia del Convenio CIADI produzca efectos jurídicos definitivos⁴⁸.

Por tanto, las ofertas de consentimiento realizadas por Bolivia y Ecuador se mantienen en vigor hasta la denuncia de los APPRI que han celebrado con España. La denuncia, siguiendo el tenor de ambos APPRI debería ser notificada a la contraparte -en este caso España- al menos con un periodo de seis meses de antelación.

El APPRI con Bolivia está en vigor desde 9-7-2002 y tiene prevista una duración inicial de diez años, transcurridos los cuales se entiende prorrogado indefinidamente a salvo de que se notifique su denuncia⁴⁹. Mientras que el APPRI con Ecuador, en vigor desde 18-6-1997, tenía prevista una duración inicial de diez años. A partir de ese momento se viene prorrogando tácitamente por periodos quinquenales salvo que se notificara su denuncia en la forma indicada *supra*⁵⁰.

Asimismo, aun cuando estos APPRI celebrados por España con Bolivia y Ecuador fueran denunciados, conviene recordar que ambos poseen una cláusula que permite extender su protección por un periodo adicional de diez años a todas las inversiones efectuadas con anterioridad a su denuncia⁵¹.

A tenor de las anteriores consideraciones, cabe preguntarse sobre las instancias jurisdiccionales que quedan al servicio de los inversores extranjeros una vez que se produce la denuncia del Convenio CIADI. Huelga señalar que estos generalmente

⁴⁶ En el caso de España: *vid.* el Artículo 11.2 del APPRI con Bolivia; y el Artículo XI.2 del APPRI con Ecuador (*BOE* 10-4-1998).

⁴⁷ En el caso de Bolivia (ver http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_may9_2007_es.pdf, consultada el 6-11-2009). Mientras que para consultar la posición de Ecuador (ver <http://www.nasdaq.com/aspx/stock-market-news-story.aspx?storyid=200910281854dowjonesdjonline000871&title=ecuador-president-seeks-to-end-investment-protection-agreements>, consultada el 6-11-2009).

⁴⁸ Cfr. *Euro Telecom International c. Bolivia* (Caso CIADI N° ARB/07/28, registrado el 31-10-2007); *Murphy Exploration c. Ecuador y Petroecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/4, registrado el 15-4-2008); *Burlington Resources y otros c. Ecuador y Petroecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/5, registrado el 2-6-2008); *Perenco Ecuador c. Ecuador y Petroecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/6, registrado el 4-2-2008); y *Repsol YPF Ecuador y otros c. Ecuador y Petroecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/10, registrado el 8-8-2008).

⁴⁹ *Vid.* el Artículo 13.1 del APPRI con Bolivia.

⁵⁰ *Vid.* el Artículo XII.1 del APPRI con Ecuador.

⁵¹ *Vid.* el Artículo 13.2 del APPRI con Bolivia; y el Artículo XII.2 del APPRI con Ecuador.

pueden instar un arbitraje internacional *ad hoc* conforme a las normas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), una posibilidad tasada en la mayoría de APPRI⁵². Por lo que se refiere al CIADI, teóricamente sólo quedaría abierta la opción de acudir al Mecanismo Complementario para la administración de procedimientos por el Secretario del CIADI⁵³.

Una cuestión jurídica de gran importancia es aquella referida a la competencia de un órgano arbitral del CIADI para conocer de una controversia que ha sido registrada en los seis meses inmediatamente siguientes a la notificación de denuncia. Como el Convenio CIADI no regula este expediente expresamente, se podría interpretar su articulado tanto de manera restrictiva como extensiva⁵⁴.

En virtud de la primera aproximación, el Estado no quedaría sometido a la competencia de los tribunales arbitrales constituidos en el marco del CIADI desde el momento en que se produce la notificación formal de su denuncia del Convenio CIADI. Mientras que si se adopta una interpretación extensiva, la fecha crítica para excluir la competencia sería el momento en que la denuncia del Convenio CIADI produce efectos jurídicos, es decir, transcurridos seis meses desde su notificación, por lo que toda demanda introducida con anterioridad a ese momento debería ser aceptada en la fase de competencia⁵⁵.

El *Caso Euro Telecom* está llamado a convertirse en un verdadero precedente en la materia⁵⁶. El litigio fue registrado el 31-10-2007, esto es, cuatro días antes de que finalizara el periodo de seis meses previsto por el Artículo 71 del Convenio CIADI entre la notificación de denuncia y la fecha a partir de la que esta produce efectos jurídicos⁵⁷. Pese a las protestas del Gobierno boliviano, la Secretaría General del Banco Mundial decidió registrarlo y permitir que un tribunal arbitral decida su admisibilidad.

El 21-10-2009 el órgano arbitral emitió un auto en virtud de la Regla de Arbitraje 44 decretando la terminación del procedimiento iniciado ante el CIADI⁵⁸, hecho este que en principio supone un triunfo de la tesis más restrictiva y favorable al Estado receptor,

⁵² *Infra*, apartado V.

⁵³ *Vid.* los Artículos 2.a) y 3.2 del Reglamento del Mecanismo Complementario para la administración de procedimientos por el Secretariado del CIADI.

⁵⁴ TIEJTE, Ch., NOWROT, K., y WACKERNAGEL, C., “Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID”, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, n° 78 (2008), pp. 13-27 [ver <http://www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/Heft74.pdf> (consultada el 6-8-2009)].

⁵⁵ MOURRA, M.H., “The Conflicts and Controversies in Latin American Treaty-Based Disputes”, en MOURRA, M.H. (ed.), *Latin American Investment Treaty Arbitration*, Kluwer, Alphen aan den Rijn 2008, 5-68, p. 62.

⁵⁶ Se trata de una controversia planteada por una filial de *Telecom Italia*, sobre la base del APPRI celebrado entre Holanda y Bolivia, a resultas de una presunta expropiación injustificada por parte del Gobierno boliviano del 50% de las acciones de *Entel*, la principal compañía boliviana de telecomunicaciones: *vid. Euro...* (Caso CIADI N° ARB/07/28, registrado el 31-10-2007).

⁵⁷ *Supra*, nota 44.

⁵⁸ Pese a que el auto no ha sido publicado, en la página web del CIADI el *Caso Euro Telecom* ya figura como “terminado” (<http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, consultada el 17-11-2009).

sin perjuicio de que los inversores puedan acudir a otros foros arbitrales previstos en el respectivo APPRI en defensa de sus derechos.

La denuncia del Convenio CIADI no significa una revocación automática del consentimiento al arbitraje por parte de los Estados. Ahora bien, no cabe duda que implica una merma de las opciones procesales al servicio del inversor extranjero en el marco del CIADI.

El comportamiento de Bolivia y Ecuador pretende revocar el consentimiento previamente manifestado a la competencia del CIADI utilizando mecanismos jurídicos de carácter internacional. Pero esta finalidad puede igualmente buscarse desde el derecho interno, como se aprecia en la conducta seguida por Venezuela en los últimos años.

En efecto, después de que el Gobierno venezolano expropiara las reservas de hidrocarburos situadas en la Faja del Orinoco y acometiera ulteriores nacionalizaciones en otros sectores de la actividad económica⁵⁹, no debe pasar inadvertida la decisión emitida el 18 de octubre de 2008 por la Sala Constitucional venezolana⁶⁰.

En este asunto se solicitó a la Sala Constitucional la interpretación tanto el Artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana como el Artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de las Inversiones, con el objeto de dirimir al calor de ambas normas el alcance del consentimiento otorgado por Venezuela al arbitraje internacional de inversiones⁶¹.

⁵⁹ Como el sector bancario (*Banco de Venezuela*, propiedad del *Banco de Santander*); la construcción (Plantas cementeras de *Cemex*, *Holcim* y *Lafarge*); la siderurgia (*Acería Ternium Sidor*); la energía (*Electricidad de Caracas*, participada mayoritariamente por *AES Corporation*, y *Séneca Electricidad*, participada mayoritariamente por *CMS Energy*); las telecomunicaciones (*Empresa de Telecomunicaciones de Venezuela*, participada por *Verizon* y *Telefónica*); o el agrícola (Procesadoras de café *Fama de América* y *Café Madrid*): *vid. Keesing's*, vol. 53 (2007), p. 47745; vol. 54 (2008), pp. 48404, 48517 y 48724; y vol. 55 (2009), p. 49197. Asimismo, por lo que se refiere a los intereses españoles, el Gobierno venezolano viene desarrollando una política de expropiación de diversas fincas rústicas, urbanas e industriales pertenecientes a emigrantes españoles asentados en Venezuela. Con ocasión de la visita oficial del Ministro español de Asuntos Exteriores y de Cooperación a Venezuela en julio de 2009, los Gobiernos de ambos Estados han tratado de establecer cauces para resolver satisfactoriamente estos litigios: *vid. "Venezuela acepta revisar el caso de las casi 200 fincas expropiadas a españoles"*, *elpais.com*, de 28-7-2008; y *"Venezuela anuncia una 'nueva etapa' de alianza energética con España"*, *elmundo.es*, de 29-7-2009 (ambas consultadas el 26-8-2009).

⁶⁰ Sentencia de la Sala Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Expediente N° 08-763, de 17-10-2008). Puede obtenerse el texto íntegro de esta decisión en el enlace electrónico <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1541-171008-08-0763.htm> (consultada el 19-8-2009).

⁶¹ Por las importantes repercusiones que plantea para las inversiones extranjeras en Venezuela merece la pena reproducir íntegramente el *petitum* efectuado por las partes que plantearon el asunto ante la Sala Constitucional: "Sobre la base de las consideraciones antes expuestas plantearon la necesidad de establecer con claridad: "(...) 1.- Que el arbitraje internacional mencionado en el artículo 258 de la Constitución (...), configura un medio alternativo para la solución de conflictos que no constituye una sustitución de los órganos jurisdiccionales del Estado, ni la existencia de tribunales supranacionales. *Que el arbitraje es un mecanismo amistoso que requiere del acercamiento de las partes y exige la actuación de buena fe en todo momento; que las cortes arbitrales son tribunales plenos, careciendo de poderes de ejecución porque les está negado el uso de la fuerza, y su labor cognoscitiva y decisoria está sometida a*

En una alambicada decisión⁶², asentada exclusivamente sobre los principios de soberanía y de autonomía de la voluntad, la Sala Constitucional manifestó la necesidad de efectuar una “manifestación expresa, inequívoca y particular” del consentimiento al arbitraje internacional⁶³.

De la aproximación conservadora de la Sala Constitucional se concluye que el Artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de las Inversiones de Venezuela no puede ser invocado por los inversores extranjeros como cláusula general de sometimiento al arbitraje internacional y, por tanto, a la jurisdicción del CIADI⁶⁴.

En otras palabras, sin perjuicio del principio de primacía del DI sobre el derecho interno, con esta interpretación de la legislación venezolana se pretende desincentivar la presentación de futuros arbitrajes de inversiones ante el CIADI por parte de los inversores extranjeros⁶⁵ y reconducir el arreglo de las controversias inversor-Estado

limitaciones, que el elemento fundamental del arbitraje es la manifestación de voluntad en forma escrita, clara, expresa, indubitable, no admitiéndose la voluntad tácita ni la presunta, ni la que pueda ser obtenida mediante un proceso deductivo (...); 2.- Que en virtud de las condiciones antes exigidas en el arbitraje, el artículo 22 de la ‘Ley de Inversiones’ no puede ser interpretado en el sentido de que constituya el consentimiento del Estado para ser sometido a arbitraje internacional; 3.- Declare (...), que el artículo 22 de la ‘Ley de Inversiones’ no contiene una oferta unilateral para el arbitraje, es decir, que no suple la falta de declaración expresa otorgada por escrito por parte de autoridades venezolanas para someterse a arbitraje internacional, ni tampoco mediante un acuerdo o tratado bilateral que lo establezcan explícitamente (...)” (cursiva añadida).

⁶² Debe confrontarse esta decisión de la Sala Constitucional con una previa sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, donde se también adoptó una posición restrictiva al arbitraje: *vid.* Sentencia de la Cámara Administrativa (Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Expediente N° 83, de 15-7-2004).

⁶³ Sentencia de la Sala Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Expediente N° 08-763, de 17-10-2008, apartados 2.B y C).

⁶⁴ Señala la Sala Constitucional en otro párrafo interesante que “Para que el consentimiento sea informado y por ello libre, ineludiblemente debe responder a las condiciones particulares de cada materia y de cada negociación en particular. Así, la aceptación de una oferta general para someter a arbitraje cualquier controversia que se genere por la aplicación de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, conllevaría a que todas las materias en las cuales se pueda subsumir una actividad como de inversión y todos los contratos sobre actividades cuya extensión es tan amplia y diversa como las inversiones mismas, sean de pleno derecho sometidas a arbitraje como medio de resolución de conflictos, *sin que se verifique análisis alguno por parte del Estado de los beneficios o desventajas de ese medio de resolución de conflictos en cada caso.* Así, se debe postular que si bien es posible que mediante una ley la República pueda emitir su voluntad de someterse al arbitraje internacional *-supuesto que no se verifica en la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones (...)-* la interpretación de las correspondientes normas en el derecho interno debe realizarse en cada caso, tomando en consideración los criterios contenidos en la presente decisión. (...)” (cursiva añadida): *Ibid*, apartado 2.C.

⁶⁵ Venezuela tiene actualmente pendientes ante el CIADI ocho litigios, por orden de registro: *vid.* *Vannessa Ventures c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB(AF)/04/6, registrado el 28-10-2004); *Vestey Group c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/06/4, registrado el 14-3-2006); *Mobil c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/07/27, registrado el 10-10-2007); *ConocoPhillips c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/07/30, registrado el 13-12-2007); *Brandes Investment Partners c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/08/3, registrado el 24-3-2008); *CEMEX Caracas I & II c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/08/15, registrado el 30-10-2008); *Holcim c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/09/3, registrado el 10-4-2009); y *Gold Reserve Inc. c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB(AF)/09/1, registrado el 9-9-2009).

bien hacia otros foros internacionales o bien hacia los propios tribunales internos venezolanos⁶⁶.

Desde la perspectiva de los intereses españoles, en particular, no puede obviarse que el Artículo XI.2.b) del APPRI celebrado con Venezuela⁶⁷ contiene una oferta general de sumisión a la competencia del CIADI. Por tanto, mientras Venezuela siga siendo parte del Convenio CIADI y dicho APPRI no sea denunciado o enmendado, el inversor español puede hacer uso de este foro arbitral.

No obstante, esta decisión proteccionista de la Sala Constitucional venezolana refleja el actual escepticismo que muchos Estados mantienen contra el sistema de arbitrajes de inversiones articulado en el marco CIADI y las cada vez más amplias reservas de soberanía con las que se protegen del mismo⁶⁸.

Así las cosas, nos parece que el reconocimiento expreso del consentimiento al arbitraje en los APPRI, tal y como se recoge en los APPRI celebrados con Colombia y México⁶⁹, resulta una opción adecuada para reforzar la protección y la seguridad jurídica de las inversiones y, por tanto, debería generalizarse en la práctica convencional española.

⁶⁶ La Sala Constitucional indica que “la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones no contiene en sí misma una manifestación unilateral general de sometimiento al arbitraje internacional regulado por el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), sino que remite al contenido de los mismos para determinar la procedencia del arbitraje, lo cual en el caso del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA), sí se verifica ya que el contenido del mismo es expreso al respecto; situación que no ocurre para el caso del artículo 25 del Convenio CIADI, antes citado (...). A igual conclusión debe arribarse de la lectura integral del artículo 22 de la Ley sobre Promoción y Protección de Inversiones, ya que la norma al señalar que “Las controversias que surjan entre un inversionista internacional”, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela “(i) un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, (ii) o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) (iii) o del Convenio CIADI, serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece (...)”, frase cuyo contenido denota bajo una interpretación literal, teleológica y racional de la norma, que la voluntad del legislador se refiere expresa e inequívocamente al contenido interno o propio de los respectivos acuerdos o tratados. Por ello, dado que el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados no contiene en sí, manifestación alguna de voluntad para el sometimiento al sistema arbitral es que debe desestimarse cualquier argumentación en ese sentido, salvo que se contraríe la propia doctrina jurisprudencial antes referida y el contenido del artículo 25 y el preámbulo del mencionado Convenio (...). *Una interpretación en contrario, sería afirmar que la sola mención en una ley nacional al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados o su Reglamento del Mecanismo Complementario, implica la manifestación de voluntad del Estado y por lo tanto la admisión de la voluntad presunta en materia de arbitraje, lo cual es inaceptable bajo cualquier ordenamiento jurídico*” (cursiva añadida): cfr. Sentencia de la Sala Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Expediente N° 08-763, de 17-10-2008, apartado 2.C *in fine*).

⁶⁷ BOE 13-10-1997.

⁶⁸ HAMILTON, J.C., “A Decade of Latin American Investment Arbitration”, en MOURRA, M.H. (ed.), *Latin American...*, op. cit., 69-82, pp. 69-70.

⁶⁹ *Supra*, apartado II.

IV. LA FASE DE NEGOCIACIÓN PREVIA AL ARBITRAJE

Los APPRI han previsto una fase de negociación entre el inversor extranjero y el Estado receptor, previa al sometimiento del litigio a un arbitraje de inversiones, que está destinada a facilitar una solución amistosa entre las partes. Si se examina esta fase a la luz de la práctica internacional, se aprecian diferencias evidentes entre la reglamentación prevista por el sistema jurídico del TLCAN y la del resto de Estados, incluido España.

Los modelos canadiense y estadounidense tienden a institucionalizar material y formalmente esta fase previa. En particular, distinguen claramente entre el acto de la notificación a la otra parte de la intención de someter la controversia a arbitraje y el momento de la presentación de la solicitud de arbitraje. Entre ambos no sólo debe mediar un periodo temporal con el objeto de propiciar contactos y negociaciones entre las partes⁷⁰, sino que además se exige que la notificación de la intención de someter la controversia a arbitraje cumpla con unos requisitos formales bien tasados⁷¹.

La institucionalización de esta fase previa no ha alcanzado el mismo nivel de desarrollo en la práctica española, a excepción hecha nuevamente del APPRI con México. En efecto, sus Artículos IX y X siguen el modelo norteamericano condicionados, sin duda, por la pertenencia de México al TLCAN.

El resto de los APPRI son mucho más austeros y, aunque todos coinciden en prever un plazo previo de seis meses para alcanzar un acuerdo amistoso, pueden destacarse distintas aproximaciones en cuanto a la conducta exigida a las partes durante esta etapa. Desde el silencio absoluto⁷², a la exigencia de notificar por escrito y de forma detallada la controversia a la contraparte⁷³, pasando por reconocer un único deber de notificar por escrito⁷⁴.

⁷⁰ Este procedimiento no se regula de manera completamente uniforme, pues en el Artículo 25 del modelo canadiense se establece que las consultas entre las partes deben celebrarse, salvo que medie otro acuerdo entre ellas, durante los treinta días posteriores a la notificación de la intención de someter la controversia a arbitraje, en la capital del Estado receptor de la inversión. El modelo estadounidense, por el contrario, no impone tal límite en su Artículo 24. En cambio, los dos modelos coinciden en exigir que, para solicitar el arbitraje, transcurran al menos seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que originaron la controversia. Asimismo, también concuerdan al imponer un periodo mínimo de noventa días, entre la notificación de la intención y la solicitud de arbitraje. Por último, el Artículo 26.1 de ambos modelos establece un plazo máximo de tres años para solicitar el arbitraje, a contar desde el momento en que el inversor tuvo conocimiento del incumplimiento del APPRI.

⁷¹ En particular el Artículo 24.2 de los modelos canadiense y estadounidense señala que dicha notificación de la intención debe especificar necesariamente: “a) the name and address of the claimant (...); b) the provision of this Treaty, investment authorization, or investment agreement alleged to have been breached and any other relevant provisions; c) the legal and factual basis for each claim; and d) the relief sought and the approximate amount of damages claimed”.

⁷² *Vid.* el Artículo 12 del APPRI con Marruecos.

⁷³ *Vid.* el Artículo 11.1 del APPRI con Bolivia; el Artículo 11.1 del APPRI con Moldavia; el Artículo 11.1 del APPRI con Macedonia; el Artículo 10.2 del APPRI con Colombia; o el Artículo 11.1 del APPRI con Senegal.

⁷⁴ *Vid.* el Artículo 11.1 del APPRI con Siria; el Artículo 11.2 del APPRI con Kuwait; el Artículo 9.1 del APPRI con China; o el Artículo 11.1 del APPRI con Bahrein.

En el *Caso Renta 4* se realizaron algunas interesantes precisiones al deber de notificar de “forma detallada” que corresponde al inversor extranjero. La Federación Rusa, la parte demandada en este litigio, había objetado durante el procedimiento arbitral la idoneidad de la comunicación presentada por los demandantes, pues la consideraba carente del suficiente detalle exigido por el Artículo 10.1 del APPRI celebrado con España.

El Tribunal arbitral encargado de resolver la fase de competencia no atendió estos argumentos y precisó que, ante una notificación poco detallada de la controversia, correspondería al Estado receptor requerir al inversor que precisara su contenido: “the notion that the host State could simply cross its arms and disregard any communications which it deems to be formally insufficient is hardly consonant with the attitude to be expected of a government which has encouraged foreign investors”⁷⁵.

Esta interpretación del deber de notificación basada en los principios de reciprocidad y *favor inversionis*, de confirmarse por ulteriores laudos arbitrales, enriquecería el contenido material de la fase previa a la presentación de la solicitud de arbitraje y ampliaría el conjunto de obligaciones que tienen atribuidos los Estados para con los inversores extranjeros.

Asimismo, con carácter adicional, un reducido grupo de APPRI españoles establecen plazos tasados para presentar las correspondientes reclamaciones por parte del inversor⁷⁶. En cualquier caso, se aprecia una aproximación nada formalista⁷⁷ a este expediente, en línea con el precedente arbitral dictado en el *Caso Salini*⁷⁸.

El parco desarrollo normativo de esta fase preliminar en la política convencional española, no obstante, también podría ser enriquecido mediante las aportaciones realizadas por un par de precedentes arbitrales relacionados con los intereses españoles, a los que podrían unirse otros precedentes que han abordado este expediente de manera idéntica, aun sin referirse concretamente a los intereses de España⁷⁹.

Importa destacar que en el *Caso Clarín* se ha reconocido que el agotamiento del periodo de consultas puede poseer “el carácter de una simple recomendación procesal”⁸⁰, quedando el inversor dispensado de agotar el plazo establecido por un APPRI cuando

⁷⁵ *Renta 4 y otros c. Rusia* (Caso CCE N° 24/2007, Laudo sobre objeciones preliminares de 20-3-2009, párr. 151).

⁷⁶ Vid. el Artículo 10.5 del APPRI con Colombia; y el Artículo X.4 del APPRI con México.

⁷⁷ CREMADES, B.M. y CAIRNS, D.J.A., “La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual de los tratados”, en *La seguridad jurídica y las inversiones extranjeras en América Latina. El Caso Argentino*, Documento de Trabajo 2/2004 del Real Instituto Elcano (2004), p. 16.

⁷⁸ *Salini...* (Caso CIADI N° ARB/00/4, Laudo sobre competencia de 23-7-2001, párs. 15-19).

⁷⁹ *Ethyl c. Canadá* (Caso CNUDMI, Decisión sobre competencia de 24-6-1998, párs. 84-87); *Ronald Lauder c. República Checa* (Caso CNUDMI, Laudo Final de 3-9-2001, párs. 183-187); y *Bayindir Insaat c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/03/29, Decisión sobre competencia de 14-11-2005, párs. 99-100).

⁸⁰ *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párr. 573).

tuviera la certeza de que aquellas consultas iban a resultar insatisfactorias a tenor de la conducta del Estado receptor⁸¹.

En otras palabras, según se pone de relieve en el *Caso Lauder*: “this requirement of a six-month waiting period of Article VI(3)(a) of the Treaty is not a jurisdictional provision, i.e. a limit set to the authority of the Arbitral Tribunal to decide on the merits of the dispute, but a procedural rule that must be satisfied by the Claimant”⁸².

En el *Caso Vieira* se establecieron además ciertos límites a los comportamientos que el inversor y el Estado receptor pueden asumir durante la fase previa, especialmente por cuanto se refiere a la imposibilidad de establecer pactos que supongan una sumisión o una renuncia incondicional a la competencia de los órganos arbitrales⁸³.

Si se considera el papel del principio *favor inversionis* en el DI de las inversiones, la escasa institucionalización en la política convencional de la fase de negociación previa al arbitraje de inversiones no debería poner en peligro los intereses procesales de los inversores extranjeros. Es más, una excesiva institucionalización de la fase previa de negociación restaría eficacia a su finalidad última, esto es, permitir que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial.

V. LA ELECCIÓN DE LA SEDE ARBITRAL

La elección de la sede arbitral competente para dirimir las controversias inversor-Estado constituye uno de los principales aspectos regulados por los APPRI. Los acuerdos españoles de segunda generación, en línea con la práctica más tradicional, conceden al inversor extranjero la facultad de seleccionar el foro jurisdiccional entre los tribunales internos del Estado receptor y los Tribunales arbitrales constituidos *ad hoc* conforme a las reglas bien de la CNUDMI, o bien del CIADI.

Como alternativa a estas soluciones, con carácter más excepcional, unos cuantos APPRI españoles también permiten solicitar adicionalmente un arbitraje *ad hoc* ante la Cámara de Comercio Internacional⁸⁴ o ante la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África⁸⁵.

Asimismo, el APPRI celebrado con Ghana establece un enrevesado procedimiento de arreglo jurisdiccional de las controversias inversor-Estado, según el cual, en caso de desacuerdo sobre los procedimientos arbitrales ofrecidos, cualquier parte (no sólo el inversor) puede someter la controversia a un arbitraje con arreglo al Reglamento de la

⁸¹ *Ibid*, pág. 572.

⁸² *Ronald Lauder...* (Caso CNUDMI, Laudo Final de 3-9-2001, pág. 187).

⁸³ *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. Chile* (Caso CIADI N° ARB/04/7, Laudo de 21-8-2007, párs. 202-206).

⁸⁴ *Vid.* el Artículo 11.2 del APPRI con Siria; y el Artículo 11.3 del APPRI con Kuwait.

⁸⁵ *Vid.* el Artículo 11.2 del APPRI con Guinea Ecuatorial (*BOE* 12-1-2004).

CNUDMI, aunque en el siguiente apartado se concreta que “si (...) se produce desacuerdo entre el inversor y la Parte contratante en cuanto a la elección de foro, prevalecerá la opción del inversor”⁸⁶. En definitiva, el APPRI faculta a las partes para convenir el foro competente, otorgando al inversor la última palabra en cuanto a su elección, pero mostrando eso sí una velada la preferencia por las reglas de la CNUDMI en detrimento del CIADI.

Algunos modelos de APPRI utilizados por otros Estados disponen un sistema más flexible para el arreglo de las controversias inversor-Estado. Así, por ejemplo, permiten que las partes convengan en cada caso la presentación de la controversia ante cualquier otra institución jurisdiccional internacional, además de las ya citadas *supra*⁸⁷.

Caben también posiciones *a priori* menos flexibles como la desarrollada por Francia, cuyo modelo de APPRI parece remitir este tipo de controversias a los órganos del CIADI en exclusiva, si bien no es menos cierto que la práctica convencional francesa ha moderado la rigidez planteada por este precepto⁸⁸.

El análisis de la práctica internacional evidencia, en definitiva, cómo los inversores extranjeros sienten una especial predilección por los arbitrajes creados al amparo del CIADI, mientras que los Estados se muestran mucho menos entusiastas y prefieren otro tipo de arbitrajes *ad hoc*⁸⁹.

Los arbitrajes de inversiones iniciados por los inversores españoles sobre la base del incumplimiento de un APPRI, salvo el *Caso Renta 4*, reflejan fielmente dicha afirmación⁹⁰. Este último litigio se está sustanciando al tiempo que se escriben estas líneas ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo⁹¹, toda vez que ni Rusia ha ratificado el Convenio CIADI ni en el APPRI celebrado entre España y

⁸⁶ *Vid.* los Artículos 11.3 y 11.4 del APPRI celebrado con Ghana.

⁸⁷ *Vid.* el Artículo 24.3.d) del modelo estadounidense; y el Artículo 10.2 del modelo alemán. El Artículo 27.1.d) del modelo canadiense, en línea con la tendencia flexibilizadora, permite que sea una Comisión bilateral constituida para gestionar la aplicación y la interpretación del APPRI quien determine otro procedimiento arbitral distinto.

⁸⁸ *Vid.* el Artículo 7 del modelo francés. En la práctica convencional francesa se ha utilizado esta solución en algunos supuestos: *vid.* el Artículo 8 del APPRI de 23-3-1979 celebrado con Liberia; el Artículo 8 del APPRI de 1-6-1983 celebrado con Pakistán; el Artículo 8 del APPRI de 9-6-1983 celebrado con Israel; el Artículo 9 del APPRI de 7-9-1994 celebrado con Ecuador; o el Artículo 8 del APPRI de 13-1-1996 celebrado con Marruecos. No obstante, también se han celebrado APPRI en los que se prevé un sistema alternativo de medios para el arreglo de las controversias inversor-Estado: *vid.* el Artículo 8 del APPRI de 5-4-1989 celebrado con Bulgaria; el Artículo 8 del APPRI de 3-7-1991 celebrado con Argentina; el Artículo 9 del APPRI de 9-9-1991 celebrado con Emiratos Árabes Unidos; el Artículo 8.3 del APPRI de 13-2-1993 celebrado con Argelia; el Artículo 8 del APPRI de 17-12-1993 celebrado con Bolivia; o el Artículo 9.3 del APPRI de 2-9-1997 celebrado con India.

⁸⁹ UNCTAD, *Latest Developments...*, *op. cit.*, p. 3.

⁹⁰ *Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2); *Técnicas Medioambientales c. México* (Caso CIADI N° ARB (AF)/00/2); *Gas Natural c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/10); *Aguas de Barcelona I c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/17); *Aguas de Barcelona II c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/19); *Inceysa Vallisoletana c. El Salvador* (Caso CIADI N° ARB/03/26); y *Sociedad...* (Caso CIADI N° ARB/04/7).

⁹¹ *Renta 4...* (Caso CCE N° 24/2007).

Rusia en 1991 se prevé la posibilidad de remitir las controversias inversor-Estado a los Tribunales arbitrales del CIADI⁹².

La participación en el Convenio CIADI resulta, junto al consentimiento escrito de las partes al arbitraje⁹³, una condición fundamental para que ambos Estados partes en un APPRI puedan actuar ante los Tribunales arbitrales creados en dicho ámbito⁹⁴. En el caso de España, por ejemplo, la mayor parte de los Estados con quienes se han convenido este tipo de acuerdos son partes en el Convenio CIADI y, en principio, admitirían sin problemas el recurso del inversor ante aquella sede.

Tan sólo una reducida nómina de Estados con los que España ha celebrado APPRI no son partes de aquel Convenio⁹⁵. Mientras que otro grupo de Estados únicamente lo han firmado⁹⁶. Ante estas situaciones, cuando el Estado receptor de la inversión no es parte del Convenio CIADI o si el inversor es nacional de un Estado que no hubiera celebrado dicho Convenio, teóricamente cabría la alternativa de recurrir a un arbitraje de inversiones en el marco del CIADI a través de su Mecanismo Complementario.

Se trata de una fórmula flexible de sometimiento a la competencia del CIADI que ha sido prevista en su propio tratado constitutivo y que, previo consentimiento de las partes, permite someter las citadas controversias, a un procedimiento de comprobación de hechos, de conciliación o incluso de carácter jurisdiccional⁹⁷.

⁹² Vid. el Artículo 10.2 del APPRI con Rusia (*BOE* 17-12-1991).

⁹³ *Supra*, apartado II.

⁹⁴ Vid. el Artículo 11.2 del APPRI con Siria; el Artículo 11.2 del APPRI con Marruecos; el Artículo 11.2 del APPRI con Macedonia; y el Artículo 9.2 del APPRI con China.

⁹⁵ Nos referimos a Tayikistán (*BOE* 17-12-1991); Polonia (*BOE* 4-6-1993); Cuba (*BOE* 18-11-1995); India (*BOE* 3-2-1999); Sudáfrica (31-1-2000); Irán (*BOE* 10-8-2004); y México.

⁹⁶ Kirguistán (*BOE* 17-12-1991 y firma del Convenio CIADI 9-6-1995); Rusia (firma del Convenio CIADI 16-6-1992); República Dominicana (*BOE* 22-11-1996 y firma del Convenio CIADI 20-3-2000); Namibia (*BOE* 18-8-2004 y firma del Convenio CIADI 26-10-1998); y Moldavia (firma del Convenio CIADI el 12-8-1992).

⁹⁷ Vid. el Artículo 2 del Reglamento del Mecanismo Complementario para la administración de procedimientos por el Secretario del CIADI y los correspondientes Anexos relacionados con los procedimientos de comprobación de hechos (Anexo A), conciliación (Anexo B) y arbitraje (Anexo C). Hasta el momento de cerrar este trabajo se han iniciado veintisiete procedimientos arbitrales a través del Mecanismo Complementario: cfr. *Metalclad c. México* (Caso CIADI N° ARB(AF)/97/1); *Robert Azinian y otros c. México* (Caso CIADI N° ARB(AF)/97/2); *Joseph Lemire c. Ucrania* (Caso CIADI N° ARB(AF)/98/1); *Waste Management I c. México* (Caso CIADI N° ARB(AF)/98/2); *Loewen Group c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI N° ARB(AF)/98/3); *Marvin Roy Feldman c. México* (Caso CIADI N° ARB(AF)/99/1); *Mondev c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI N° ARB(AF)/99/2); *ADF c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI N° ARB(AF)/00/1); *Técnicas...* (Caso CIADI N° ARB(AF)/00/2); *Waste Management II c. México* (Caso CIADI N° ARB(AF)/00/3); *Fireman's Fund c. México* (Caso CIADI N° ARB(AF)/02/1); *Corn Products c. México* (Caso CIADI N° ARB(AF)/04/1); *Cargill c. Polonia* (Caso CIADI N° ARB(AF)/04/2); *Gemplus c. México* (Caso CIADI N° ARB(AF)/04/3); *Talsud c. México* (Caso CIADI N° ARB(AF)/04/4); *Archer Daniels c. México* (Caso CIADI N° ARB(AF)/04/5); *Vannessa...* (Caso CIADI N° ARB(AF)/04/6); *Bayview y otros c. México* (Caso CIADI N° ARB(AF)/05/1); *Cargill c. México* (Caso CIADI N° ARB(AF)/05/2); *Sistem Muhendislik Insaat c. Kirguistán* (Caso CIADI N° ARB(AF)/06/1); *Cementownia c. Turquía* (Caso CIADI N° ARB(AF)/06/2); *Piero Foresti, Laura de Carli y otros c. Sudáfrica* (Caso CIADI N°

Algunos APPRI españoles de segunda generación incorporan una mención expresa a esta opción jurídica del Mecanismo Complementario en el precepto que reglamenta el arreglo de las controversias inversor-Estado. Una posición que parece muy acertada si se considera que todos los Estados con los que se ha concertado esta cláusula⁹⁸, salvo Nigeria y Colombia, no son partes del Convenio CIADI. Quedaría salvada así para el inversor español la opción de acudir al CIADI, previa aprobación de su Secretario General⁹⁹, siempre que el Estado receptor de la inversión consintiera resolver la controversia ante esta sede.

VI. LA PLURALIDAD Y LA ACUMULACIÓN DE PROCEDIMIENTOS ARBITRALES

La selección del foro competente para resolver una controversia inversor-Estado puede limitarse en los APPRI mediante un acuerdo de los Estados partes. Se pretende con ello simplificar el procedimiento y evitar la litispendencia¹⁰⁰, esto es, que el inversor extranjero y la sociedad local mediante la que este actúa en el Estado receptor sometan simultáneamente una misma controversia a dos foros jurisdiccionales distintos, uno internacional y otro interno¹⁰¹.

Una de las fórmulas que permiten acotar la elección de la sede arbitral es la cláusula de opción irrevocable, denominada también *fork in the road*, que tiene por objeto investir con carácter definitivo la elección del foro realizada por el inversor. Otro mecanismo que persigue un objetivo similar condiciona el recurso al arbitraje de inversiones, a que el inversor extranjero renuncie a continuar cualquier procedimiento ya iniciado ante los órganos jurisdiccionales del Estado receptor¹⁰².

Esta última herramienta es frecuentemente empleada por los Estados norteamericanos. Los modelos de APPRI canadiense y estadounidense, por ejemplo, la prevén en un

ARB(AF)/07/1); *Europe Cement Investment and Trade c. Turquía* (Caso CIADI N° ARB(AF)/07/2); *Alasdair Ross y otros c. Costa Rica* (Caso CIADI N° ARB(AF)/07/3); *Mobil Investments c. Canadá* (Caso CIADI N° ARB(AF)/07/4); *Quadrant Pacific Growth Fund c. Costa Rica* (Caso CIADI N° ARB(AF)/08/1); y *Gold Reserve...* (Caso CIADI N° ARB(AF)/09/1).

⁹⁸ Vid. el Artículo 11.2 del APPRI con Bolivia; el Artículo 12.2 del APPRI con Nigeria; el Artículo 11.2 del APPRI con Moldavia; o el Artículo 10.3 del APPRI con Colombia.

⁹⁹ Vid. el Artículo 4 del Reglamento del Mecanismo Complementario para la administración de procedimientos por el Secretario del CIADI.

¹⁰⁰ DOLZER, R. y SCHREUER, Ch.H., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2008, p. 59; y FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Tribunales nacionales...*, *op. cit.*, pp. 31-37.

¹⁰¹ *Benvenuti & Bonfant c. República del Congo* (Caso CIADI N° ARB/77/2, Laudo de 8-8-1989, párr. 1.14). Desde la perspectiva de la litispendencia, resultan más problemáticos los supuestos donde una controversia da lugar a sendos arbitrajes de inversiones ante dos foros arbitrales distintos, como sucedió en el *Caso Lauder*: vid. GALLAGHER, N., "Parallel Proceedings, *Res Iudicata* and *Lis Pendens*: Problems and Possible Solutions", en MISTELIS, L.A. y LEW, J.D.M. (eds.), *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer, Alphen aan den Rijn 2006, 329-356, p. 350.

¹⁰² MCLACHLAN, C., SHORE, L. y WEINIGER, M., *International Investment Arbitration. Substantive principles*, Oxford University Press, Oxford 2007, pp. 117-126.

enunciado que trae causa del Artículo 1121 del TLCAN¹⁰³, mientras que México también la ha utilizado, si bien de manera menos uniforme¹⁰⁴.

En el APPRI celebrado entre México e India se establece un precepto muy similar al dispuesto en los citados modelos¹⁰⁵. En cambio, en el APPRI con Alemania figura reflejada incluso de una manera más taxativa, al señalar que “en caso de que un nacional o sociedad de la República Federal de Alemania o su inversión haya comenzado un procedimiento ante un tribunal de los Estados Unidos Mexicanos, *la controversia solamente podrá someterse al arbitraje si el tribunal competente mexicano no ha dictado sentencia en primera instancia sobre el fondo del asunto*”¹⁰⁶.

Importa poner de relieve la práctica de este Estado norteamericano, pues el APPRI que España ha celebrado con México dispone la misma solución recetada por el TLCAN. El inversor español, en virtud de los Artículos X.5 y X.6 de aquel acuerdo, debe renunciar al ejercicio o a la continuación del procedimiento interno para iniciar un arbitraje de inversiones.

Todo ello, señalan, a salvo de “los procedimientos en los que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario, que no impliquen daños, ante un tribunal administrativo o judicial, de conformidad con la legislación de la Parte Contratante contendiente” que, como ha expresado también el *Caso Clarín*, serían ajenos a esta limitación procesal¹⁰⁷.

Los APPRI españoles de segunda generación, al margen del celebrado con México, también tratan de mitigar los problemas de litispendencia a través de la cláusula de opción irrevocable. En cualquier caso, a tenor de los cuatro APPRI que expresamente la prevén¹⁰⁸, puede concluirse que esta herramienta se emplea con carácter selectivo en la práctica española y todavía no ha alcanzado el mismo desarrollo que experimenta en el ámbito institucional del TLCAN.

¹⁰³ Vid. el Artículo 26.e) del modelo canadiense; y los Artículos 26.2.b) y 26.3 del modelo estadounidense. El Artículo 1121 del TLCAN señala que “A disputing investor may submit a Claim under Article 1116 to arbitration only if: (...) b) the investor (...) *waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party*” (cursiva añadida).

¹⁰⁴ No se establece esta opción, por ejemplo, en el Artículo 9 del APPRI de 12-11-1998 celebrado entre México y Francia.

¹⁰⁵ Dispone el Artículo 12.4.d) del APPRI de 21-5-2007 celebrado entre México e India que “el inversionista (...) renuncia(n) a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial de conformidad con la legislación de una Parte Contratante (...), salvo los procedimientos en los que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario, que no impliquen el pago de daños, ante un tribunal administrativo o judicial, de conformidad con la legislación de la Parte Contratante contendiente”.

¹⁰⁶ Vid. el Artículo 12.4 del APPRI de 25-8-1998 celebrado entre México y Alemania (cursiva añadida).

¹⁰⁷ Víctor... (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párs. 493-497).

¹⁰⁸ Vid. el Artículo 11.3 del APPRI con Macedonia; el Artículo 10.8 del APPRI con Colombia; el Artículo 11.4 del APPRI con Kuwait; y el Artículo 9.2 del APPRI con China.

A este respecto se debe puntualizar que algunos precedentes arbitrales han adoptado una interpretación restrictiva *-favor inversionis-* de la cláusula de opción irrevocable y, como consecuencia de la misma, no reconocen sus efectos y descartan su invocación por el Estado receptor¹⁰⁹.

Para excluir la aplicación de la cláusula de opción irrevocable, como recientemente ha puesto de relieve el *Caso Toto Costruzioni*¹¹⁰, los Tribunales arbitrales suelen distinguir entre el carácter contractual y convencional de las controversias¹¹¹. Asimismo, aplican una interpretación muy restrictiva de los criterios en los que se funda la litispendencia (identidad de partes, de objeto y de causa)¹¹². Por todo ello, una redacción precisa e incondicional de tal precepto resulta un factor determinante para su posterior planteamiento en el marco de un procedimiento arbitral.

A partir de las anteriores observaciones se aprecia cómo la regla clásica del agotamiento previo de los recursos internos se ha flexibilizado en el DI de las inversiones¹¹³. Ello no obstante, los Estados pueden conservar ciertas facultades para exigir que el inversor extranjero, antes de iniciar un arbitraje de inversiones en sede internacional, solicite una revisión de las cuestiones que dieron lugar a la controversia ante los órganos administrativos del Estado receptor. Así se manifiestan, por ejemplo, los APPRI españoles celebrados con Colombia y China¹¹⁴.

En otro orden de cosas, en virtud de los principios de seguridad jurídica y economía procesal, algunos Estados convienen disposiciones que pretenden limitar el tan temido *forum shopping*¹¹⁵, así como la posibilidad de que el inversor pueda obtener más de una reparación¹¹⁶.

¹⁰⁹ SCHREUER, Ch.H., “Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *Jour World I&T*, vol. 5, nº 2 (2004), 231-256, pp. 240-249.

¹¹⁰ *Toto Costruzioni Generali c. Líbano* (Caso CIADI Nº ARB/07/12, Decisión sobre competencia de 11-9-2009, párr. 211).

¹¹¹ GARCÍA RODRÍGUEZ, I., “Pluralismo jurídico e inversión extranjera: las controversias entre el inversor y el Estado receptor”, en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. II, Eurolex, Madrid 2005, 1563-1592, pp. 1583-1586.

¹¹² *CMS c. Argentina* (Caso CIADI Nº ARB/01/8, Decisión sobre competencia de 17-7-2003, párr. 80); *Azurix c. Argentina* (Caso CIADI Nº ARB/01/12, Decisión sobre competencia de 8-12-2003, párrs. 88-92); *Enron c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre competencia de 14-1-2004, párrs. 47-51); o *LG&E c. Argentina* (Caso CIADI Nº ARB/02/1, Decisión sobre competencia de 30-4-2004, párrs. 60-63).

¹¹³ PETERS, P., “Exhaustion of Local Remedies: Ignored in Most Bilateral Investment Treaties”, *NILR*, vol. XLIV, nº 2 (1997), 233-243, pp. 234-237.

¹¹⁴ *Vid.* el Artículo 10.1 del APPRI con Colombia; y la adenda al Artículo 9 del APPRI con China.

¹¹⁵ Resultan muy ilustrativos los comentarios efectuados sobre la posición de Argentina por CREMADES, B.M. y MADALENA, I., “Parallel Proceedings in International Arbitration”, *Arb Int'l*, vol. 24, nº 4 (2008), 507-539, pp. 517-518. En la práctica arbitral: *vid. Phoenix Action c. República Checa* (Caso CIADI Nº ARB/06/5, Laudo de 15-4-2009, párrs. 142-143); y *Cementownia...* (Caso CIADI Nº ARB(AF)/06/2, Laudo de 17-9-2009, párr. 154).

¹¹⁶ *Waste Management I...* (Caso CIADI Nº ARB(AF)/98/2, Laudo de 2-6-2000, párr. 27).

En este sentido, los APPRI disciplinan un mecanismo que permite la acumulación de todos aquellos procedimientos arbitrales que, en los términos expresados por el *Caso Canfor*, planteen “una cuestión de derecho o de hecho idéntica”¹¹⁷. Este precedente trae causa de diversas reclamaciones iniciadas por varias empresas contra los Estados Unidos de América en el marco del TLCAN.

El Artículo 1126.2 de dicho tratado contempla un mecanismo de acumulación procesal que ha sido desarrollado y perfeccionado en los modelos de APPRI estadounidense y canadiense¹¹⁸. México, en su condición del miembro del TLCAN, también ha recogido el mismo procedimiento de acumulación en su política convencional de promoción y protección recíproca de las inversiones extranjeras¹¹⁹.

España, a excepción del APPRI celebrado con México, no emplea esta herramienta con carácter general, en línea con el resto de Estados miembros de la Unión Europea (UE). Según el Artículo XIV.1 del APPRI con México, previa solicitud al Secretario General del CIADI, procede la acumulación cuando una misma violación del APPRI da lugar a varias demandas de distintos inversores propietarios de una misma inversión y también cuando dos arbitrajes “plantean en común cuestiones de hecho o de derecho”¹²⁰.

A la vista de la complejidad que revisten las inversiones extranjeras, la conveniencia de pactar una cláusula de esta naturaleza no debería ser minusvalorada por los Estados, especialmente por aquellos como España que participan en subsistemas de integración regional o en regímenes de cooperación comercial.

VII. EL TRATO DE NMF Y LA “DOCTRINA MAFFEZINI”

El alcance de la cláusula que otorga el trato de nación más favorecida (NMF) constituye un expediente bastante controvertido en el DI público¹²¹. En el ámbito más particular del DI económico, este debate se intensificó tras la decisión del Tribunal arbitral que

¹¹⁷ *Canfor, Tembec & Terminal Forest c. Estados Unidos de América* (Caso TLCAN, Auto de 7-9-2005, párs. 109 y 114). Pueden contrastarse estos párrafos con los argumentos utilizados previamente por otro Tribunal arbitral para negar la acumulación de *Corn...* (Caso CIADI N° ARB(AF)/04/1) y *Archer Daniels...* (Caso CIADI N° ARB(AF)/04/5): cfr. *Corn Products c. México & Archer Daniels c. México* (Auto de 20-5-2005, párs. 7-9 y 15).

¹¹⁸ Vid. el Artículo 32 del modelo canadiense; y el Artículo 33 del modelo estadounidense. Para un análisis de ambos preceptos: vid. FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “Presente y futuro de la acumulación de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras”, *REEL*, n° 11 (2006), pp. 11-13.

¹¹⁹ Vid. el Artículo XIV del APPRI celebrado con España.

¹²⁰ Una vez presentada la solicitud de acumulación, de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, un Tribunal de acumulación determina si procede tal hecho y, en este caso, se designan los árbitros que formarán parte del Tribunal arbitral.

¹²¹ En la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), por ejemplo: vid. *Empresa Petrolera Anglo-iraní* (CIJ, *Recueil* 1952, Sentencia sobre competencia de 22-7-1952, pp. 108-110); y *Derechos de las nacionales estadounidenses en Marruecos* (CIJ, *Recueil* 1952, Sentencia de 27-8-1952, pp. 191-192).

resolvió el *Caso Maffezini*, convirtiéndose en uno de los expedientes que más discusiones ha generado entre la doctrina especializada¹²².

El *Caso Maffezini*, hasta la fecha la única controversia en la que un inversor extranjero ha planteado un arbitraje de inversiones contra el Reino de España en el marco del CIADI, constituye un precedente de extraordinario valor para ponderar la importancia que debe prestarse a la redacción de todas y cada una de las disposiciones previstas en los APPRI y, en particular, de la cláusula de NMF.

En aquel litigio, planteado sobre la base de un incumplimiento del APPRI celebrado entre España y Argentina¹²³, un inversor extranjero de nacionalidad argentina logró que el Tribunal arbitral le permitiera invocar la cláusula de NMF contenida en ese APPRI. Así, dicho inversor argentino pudo prevalecer del procedimiento de arreglo de las controversias inversor-Estado que España le había otorgado a los inversores chilenos mediante el correspondiente APPRI celebrado entre España y Chile.

Este último APPRI no imponía la obligación de someter a la jurisdicción interna los litigios relativos a las inversiones extranjeras, antes de solicitar el arbitraje de inversiones¹²⁴. Mientras que el APPRI celebrado con Argentina, por el contrario, obligaba al inversor extranjero a acudir a los tribunales internos del Estado receptor de la inversión y, a partir de ese momento, esperar dieciocho meses antes de solicitar el arbitraje de inversiones.

Las razones aducidas por el Tribunal arbitral que resolvió el *Caso Maffezini* para extender el alcance de la cláusula de NMF a las normas que regulan el arreglo de las controversias inversor-Estado, se fundamentaron en la redacción tan genérica con la que España y Argentina habían redactado aquella la cláusula en el APPRI. En efecto, esta

¹²² Cfr. FAYA RODRÍGUEZ, A., "The Most-Favoured-Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping?", *JIArb*, vol. 25, n° 1 (2008), 89-102, pp. 93-96; LOWENFELD, A.F., *International Economic...*, *op. cit.*, pp. 572-573; VESEL, S., "Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-Favoured-Nation in Bilateral Investment Treaties", *Yale J Int'l L*, vol. 32 (2007), 125-192, pp. 154-192; y WONG, J., "The Application of Most-Favoured-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions in Bilateral Investment Treaties", *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 3, n° 1 (2008), 171-197.

¹²³ BOE 18-11-1992.

¹²⁴ Dispone el Artículo X APPRI con Argentina a este respecto que "2. Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no puede ser dirimida dentro del plazo de seis meses (...) será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión. 3. La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes: a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este precepto (...)" (cursiva añadida). Mientras que el APPRI con Chile no prevé el recurso obligatorio a la vía interna y señala en su Artículo 10.2 que "Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a elección del inversionista: - o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia; - o bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3. Una vez que un inversionista haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno y otro de esos procedimientos será definitiva".

obligación recíproca se había plasmado afirmando que “*en todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país*”¹²⁵.

Interesa precisar que el propio Tribunal arbitral que resolvió el *Caso Maffezini*, reconoció en el laudo que la solución alcanzada no podía predicarse de manera absoluta y debería ser matizada en ulteriores litigios, pues “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. El alcance de la cláusula puede por consiguiente ser más limitado que lo que parece a primera vista”¹²⁶.

En este orden de cosas, pese a que varios litigios relacionados con los intereses de España han seguido la estela marcada por “doctrina Maffezini”¹²⁷, los posteriores arbitrajes de inversiones donde igualmente se ha discutido el alcance de la cláusula de NMF no dispensan una interpretación homogénea de este precedente¹²⁸, habiéndose

¹²⁵ Vid. el Artículo IV.2 del APPRI con Argentina (cursiva añadida).

¹²⁶ *Emilio Agustín Maffezini c. España* (Caso CIADI N° ARB/97/7, Decisión sobre competencia 25-1-2000, párr. 62). En el párrafo siguiente de esta decisión, que merece ser reproducido íntegramente por su interés, el Tribunal incluso indicó cuatro supuestos a los que no podría extenderse la “doctrina Maffezini”: “63. En primer lugar, *si una parte contratante ha condicionado su consentimiento para el arbitraje al agotamiento de los recursos internos*, condición que está permitida por el Convenio del CIADI, no podría prescindirse de esta exigencia invocando la cláusula de la nación más favorecida en relación a un acuerdo con terceros que no contenga este elemento, debido a que la condición estipulada refleja una regla fundamental de derecho internacional. Segundo, *si las partes han acordado un mecanismo de solución de controversias que incluya la llamada “bifurcación del camino”*, esto es, la opción de someterse a los tribunales nacionales o bien al arbitraje internacional, pero en que una vez tomada la decisión ésta es definitiva e irrevocable, esta estipulación no puede ignorarse mediante la invocación de la cláusula. Esta conclusión es imperativa cuando se considera que de otro modo se alteraría el carácter definitivo de los arreglos pactados que muchos países estiman importantes como cuestión de política pública. En tercer lugar, *si el acuerdo escoge un mecanismo determinado para el arbitraje*, como por ejemplo el CIADI, esta opción no se puede cambiar invocando la cláusula, buscando someter la controversia a un sistema distinto de arbitraje. Finalmente, *si las partes han acordado someterse a un sistema de arbitraje altamente institucionalizado que incorpore reglas de procedimiento precisas, como sucede, por ejemplo, con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y mecanismos similares*, es claro que ninguno de ellos podría ser alterado mediante la aplicación de la cláusula pues estas disposiciones específicas denotan la voluntad precisa de las partes contratantes. Sin duda que las partes o los tribunales identificarán otros elementos de política pública que limiten el funcionamiento de la cláusula. En todo caso, debe quedar clara la distinción entre la legítima extensión de derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula, por una parte, y la alternativa nociva de tratar de aplicar diversos tratados para alterar los objetivos de política en que se fundamentan algunas disposiciones específicas, por la otra” (cursiva añadida).

¹²⁷ *Gas Natural...* (Caso CIADI N° ARB/03/10, Decisión sobre competencia de 17-6-2005, párs. 29 y 41-49); *Aguas de Barcelona I...* (Caso CIADI N° ARB/03/17, Decisión sobre competencia de 16-5-2006, párs. 54-55 y 60-66); y *Aguas de Barcelona II...* (Caso CIADI N° ARB/03/19, Decisión sobre competencia de 3-8-2006, párs. 62-68).

¹²⁸ En línea con el *Caso Maffezini*, entre otros: *vid. MTD Equity c. Chile* (Caso CIADI N° ARB/01/7, Laudo de 25-5-2004, párs. 100-104); y *Siemens c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/02/8, Decisión sobre

consolidado progresivamente una tendencia restrictiva opuesta al reconocimiento de aquella doctrina.

Una línea jurisprudencial basada en los principios de soberanía y relatividad, según la cual, cuando a través de un APPRI los Estados partes manifiestan su consentimiento para ventilar las controversias surgidas de su aplicación o interpretación, tal consentimiento se entiende limitado a los cauces previstos expresamente en cada APPRI y no puede extenderse a los que se disponen en otro acuerdo distinto¹²⁹. Una interpretación distinta, como pone de relieve el órgano que resolvió el *Caso Tza Yap*, se apartaría del sentido corriente con el que fueron concebidas originalmente las disposiciones del APPRI controvertido¹³⁰.

La posición adoptada por estos últimos arbitrajes de inversiones resueltos en el marco del DI económico trae causa del principio *ejusdem generis*, consagrado en el laudo arbitral dictado en el *Caso Ambatielos*. Un precedente clásico donde se estableció que “the most-favoured-nation clause can only attract matters belonging to the same category of subject as that to which the clause itself relates”¹³¹.

Aunque como lacónicamente señala el *Caso Renta 4*, para resolver este expediente “what can be said with confidence is that a jurisprudente constante of general applicability is not yet firmly established”¹³², lo cierto es que desde que se ventilara el *Caso Maffezini* muchos Estados se han preocupado por mejorar la redacción de la cláusula de NMF, con la inteligencia de limitar sus efectos sólo a las obligaciones de carácter material previstas por los APPRI¹³³.

competencia de 3-8-2004, pár. 103). La doctrina se ha manifestado a favor de una interpretación extensiva del trato de NMF apelando a la consideración de esta institución jurídica a lo largo de la historia: *vid.* BEN HAMIDA, W., “Clause de la nation plus favorisée et mécanismes de règlement des différends: que dit l’histoire?”, *JDI*, n° 4 (2007), 1127-1162, pp. 1154-1160.

¹²⁹ *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/04/14, Laudo de 8-12-2008, párs. 173-198 y especialmente pár. 179). En el mismo sentido que este precedente: *cfr.* *Salini e Italstrade c. Jordania* (Caso CIADI N° ARB/02/13, Decisión sobre competencia de 29-11-2004, párs. 117-119); *Plama Consortium c. Bulgaria* (Caso CIADI N° ARB/03/24, Decisión sobre competencia de 8-2-2005, párs. 193-227); *Berschader c. Rusia* (Caso CCE N° 80/2004, Laudo de 21-4-2006, párs. 190-208); y *Telenor Mobile c. Hungría* (Caso CIADI N° ARB/4/15, Laudo de 13-9-2006, párs. 96-101).

¹³⁰ *Tza Yap Shum c. Perú* (Caso CIADI N° ARB/07/6, Laudo sobre competencia de 19-6-2009, párs. 210-216).

¹³¹ *Ambatielos Claim* (UNRIIAA, vol. XII, Decisión de 6-3-1956, p. 107). En la doctrina: *vid.* KAUFMANN-KOHLER, G., “Interpretation of Treaties: How do Arbitral Tribunals Interpret Dispute Settlement Provisions Embodied in Investment Treaties?”, en MISTELIS, L.A. y LEW, J.D.M. (eds.), *Pervasive...*, *op. cit.*, 257-276, p. 271. Además de esta justificación, otras teorías han tratado de explicar las distintas aproximaciones realizadas por los Tribunales arbitrales a la cláusula de NMF en función del carácter primario, secundario o terciario de las obligaciones internacionales ventiladas en cada litigio: *cfr.* FREYER, D.H. y HERLIHY, D., “Most-Favoured-Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How ‘Favoured’ is ‘Most-Favoured’?”, *ICSID Review FILJ*, vol. 20, n° 1 (2005), 58-83; y KURTZ, J., “The MFN Standard and Foreign Investment: An Uneasy Fit?”, *Jour World I&T*, vol. 5, n° 6 (2004), 861-886, p. 879.

¹³² *Renta 4...* (Caso CCE N° 24/2007, Laudo sobre objeciones preliminares de 20-3-2009, pár. 94).

¹³³ TEITELBAUM, R., “Who’s Afraid of Maffezini? Recent Developments in Interpretation of Most Favoured Nation Clauses”, *JIArb*, vol. 22, n° 3 (2005), 225-238, pp. 228-203.

Así, el Artículo 1103 del TLCAN ha establecido un modelo de cláusula de NMF que pretende interpretar de manera restrictiva su alcance y eludir así la invocación de la “doctrina Maffezini”. Según este precepto la obligación de conceder un trato de NMF sólo se limitará a “lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones”.

En este sentido se expresa el Artículo 4 de los modelos canadiense y estadounidense. Asimismo, como una muestra de las cautelas adoptadas a la hora de redactar la cláusula de NMF, cabe señalar el comportamiento de los Estados durante la negociación del Acuerdo de Libre Comercio entre los Estados Unidos de América, Centroamérica y República Dominicana. Los negociadores decidieron incorporar una nota al pie en el borrador del precepto que definía el trato de NMF, con el objeto de excluir expresamente la invocación de la “doctrina Maffezini”¹³⁴.

La actividad convencional española, como podría esperarse tras el desenlace del *Caso Maffezini*, también ha adoptado una posición defensiva y restrictiva coincidente con la que mantienen los Estados norteamericanos y el resto de Estados europeos. De hecho, la propia Comisión Europea, en un documento interno de trabajo preparado por la Dirección General de Comercio destinado a establecer unas líneas maestras para la negociación de tratados de libre comercio entre la UE y terceros sujetos, señala que “the scope of application of the MFN clause is focused and limited to establishment, thus clearly signalling that it could not extend to APPRI provisions on expropriation and dispute settlement”¹³⁵.

La mayor parte de los APPRI españoles de segunda generación utilizan una redacción muy similar a la dispuesta por el TLCAN, que limita la concesión del trato de NMF a los inversores de la contraparte sólo “en lo que respecta a la administración, mantenimiento, uso, disfrute y venta o, en su caso, la liquidación de las inversiones realizadas en su territorio”¹³⁶.

El APPRI con China emplea una fórmula distinta, en virtud de la cual, “ninguna de las Partes Contratantes someterá las *inversiones y actividades asociadas* con dichas inversiones de inversores de la otra Parte Contratante a un tratamiento menos favorable que el concedido a las inversiones y actividades asociadas de inversores de cualquier tercer Estado”¹³⁷. Pese a resultar una solución menos precisa que las utilizadas por otras

¹³⁴ Aunque dicha nota al pie no aparece en el texto final del Acuerdo, las partes han convenido que forme parte de sus trabajos preparatorios y, eventualmente, sea invocada para efectuar una interpretación restrictiva del trato de NMF: *vid.* ZIEGLER, A.R., “Most-Favoured-Nation Treatment”, en REINISCH, A. (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford 2008, 59-86, pp. 74-86 y especialmente p. 82.

¹³⁵ *Vid.* EUROPEAN COMMISSION, “Note for the Attention of the 133 Committee: Upgrading the EU Investment Policy”, 30-5-2006. Puede accederse directamente a este documento en el siguiente enlace electrónico: http://www.iisd.org/pdf/2006/tas_upgrading_eu.pdf (consultada el 6-8-2009).

¹³⁶ *Vid.* el Artículo 3.2 del APPRI con Colombia; el Artículo III.2 del APPRI con México; el Artículo 4.2 del APPRI con Kuwait; el Artículo 4.2 del APPRI con Ghana; el Artículo 4.2 del APPRI con Libia; el Artículo 4.2 del APPRI con Senegal; o el Artículo 4.2 del APPRI con Bahrein.

¹³⁷ *Vid.* el Artículo 3.3 del APPRI con China (cursiva añadida).

manifestaciones de la práctica española¹³⁸, tampoco parece que esta disposición sea lo suficientemente ambigua como para admitir la “doctrina Maffezini”.

Podría afirmarse que tanto España como el resto de Estados, han optado por blindar su política convencional de promoción y protección de las inversiones extranjeras y redactar de una manera muy precisa el trato de NMF concedido por los APPRI. Ello no obsta para que la invocación de este precedente haya quedado completamente descartada en el futuro.

En primer lugar, cabe la posibilidad de que los Tribunales llamados a resolver los arbitrajes de inversiones realicen interpretaciones militantes *-favor inversionis-* de los APPRI¹³⁹. Conviene referirse al reciente *Caso RosInvest*, planteado a resultas de una presunta violación del mandato de no expropiar injustificadamente establecido por el APPRI celebrado entre el Reino Unido y Rusia.

El Tribunal arbitral constituido en el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo reconoció su competencia sobre la base del APPRI celebrado entre Rusia y Dinamarca, esto es, apelando a la “doctrina Maffezini” para realizar una interpretación extensiva de la cláusula de NMF prevista por el APPRI celebrado entre el Reino Unido y Rusia¹⁴⁰.

Y, en segundo lugar, los APPRI resultan de la negociación entre dos sujetos internacionales que pactan y consienten aquellos compromisos recíprocos que estiman más convenientes para sus intereses mutuos. Nada impide que los Estados decidan soberanamente otorgarle una interpretación extensiva al trato de NMF en un APPRI y, por tanto, consientan¹⁴¹ voluntaria y expresamente en dar pábulo a la “doctrina Maffezini”.

Este sería el caso, por ejemplo, de la política convencional seguida desde 1990 por el Reino Unido, la mayor parte de cuyos APPRI establecen una disposición que extiende

¹³⁸ En consonancia, por ejemplo, con el Artículo 4 de los modelos indio y francés. En esta misma línea, el Artículo 3.2 del modelo alemán señala que “Neither Contracting State shall in its territory subject investors of the other Contracting State, *as regards their activity in connection with investments*, to treatment less favourable than it accords to its own investors or to investors of any third State” (cursiva añadida).

¹³⁹ Aunque los tribunales arbitrales valoran cada vez más el principio de soberanía: *vid.* SORNARAJAH, M., “The Retreat of Neo-Liberalism in Investment Treaty Arbitration”, en ROGERS, C.A. y ALFORD, R.P. (eds.), *The Future of...*, *op. cit.*, 273-296, pp. 295-296.

¹⁴⁰ Puesto que el Artículo 8 del APPRI celebrado entre el Reino Unido y Rusia fue redactado de manera muy restringida y no permite someter todos los casos de expropiación a un arbitraje de inversiones: *vid. RosInvest c. Rusia* (Caso CCE N° 79/2005, Laudo sobre competencia de 11-2007, párs. 124-139 y 130-133).

¹⁴¹ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “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”, *REEL*, vol. 13 (2007), pp. 16-20; y VALENTI, M., “The Most Favoured Nation Clause in BITs as a Basis for Jurisdiction in Foreign Investor-Host State Arbitration”, *Arb Int'l*, vol. 24, n° 3 (2008), 447-465, p. 462.

expresamente el trato de NMF a los artículos relacionados con el arreglo de las controversias: “For the avoidance of doubt the Contracting Parties confirm that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 of this agreement”¹⁴². No obstante, salvo la citada excepción¹⁴³, no parece ser esta la tendencia que impera en nuestros días entre la mayoría de Estados.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis del arbitraje de inversiones como un medio para el arreglo de las controversias relativas a inversiones en la segunda generación de APPRI españoles permite formular algunas consideraciones de alcance particular, relacionadas con la evolución de la práctica española, así como otra de alcance general, que tienen que ver con la evolución del DI económico, como régimen sectorial integrado en el DI público.

1. La política convencional española de segunda generación se sitúa en línea con la práctica del resto de Estados europeos y sólo dispone reformas concretas y puntuales en los medios de arreglo de las controversias relativas a inversiones extranjeras. Frente a esta posición conservadora, los Estados miembros del TLCAN, por el contrario, han establecido un conjunto de normas procedimentales mucho más desarrollado y preciso en sus recientes APPRI.

El APPRI celebrado entre España y México evidencia las diferencias existentes entre el modelo continental y el norteamericano y, asimismo, cómo desde un sistema de cooperación regional como el TLCAN se pueden desarrollar progresivamente disposiciones relacionadas con esta materia. No obstante, ambos modelos comparten el objetivo de reforzar la seguridad jurídica de las partes que entablan un arbitraje de inversiones.

Entre las reformas introducidas, interesa destacar que la práctica española ha optado por desvincular el conjunto de obligaciones materiales previstas por los APPRI de las

¹⁴² Pueden consultarse los APPRI celebrados por el Reino Unido con: Burundi (13-9-1990); Bahrain (30-10-1991); Ucrania (10-2-1993); Barbados (7-4-1993); Lituania (17-5-1993); Armenia (27-5-1993); Trinidad y Tobago (23-7-1993); Perú (4-10-1993); Honduras (7-12-1993); Letonia (24-1-1994); Bielorrusia (1-3-1994); Colombia (9-3-1994); Albania (30-3-1994); Estonia (12-5-1994); Sudáfrica (20-9-1994); Pakistán (30-11-1994); Kirguistán (8-12-1994); Cuba (30-1-1995); Turkmenistán (9-2-1995); Zimbabwe (1-3-1995); Venezuela (15-3-1995); Georgia (12-5-1995); Laos (1-6-1995); Costa de Marfil (8-6-1995); Kazajistán (23-11-1995); Azerbaijón (4-1-1996); Chile (8-1-1996); Eslovenia (3-7-1996); Nicaragua (4-12-1996); Tonga (22-10-1997); Uganda (24-4-1998); Líbano (16-2-1999); Kenia (13-9-1999); El Salvador (14-10-1999); Sierra Leona (13-1-2000); Angola (4-7-2001); Bosnia-Herzegovina (2-10-2002); o Vanuatu (22-12-2003).

¹⁴³ El Reino Unido ha celebrado también APPRI en los que rehúsa introducirla: *vid.* República Checa y Eslovaquia (10-7-1990); Marruecos (30-10-1990); Nigeria (11-12-1990); Turquía (15-3-1991); Mongolia (4-10-1991); Uruguay (21-10-1991); Emiratos Árabes Unidos (8-12-1992); Nepal (2-3-1993); Tanzania (7-1-1994); India (14-3-1994); Ecuador (10-5-1994); Swazilandia (5-5-1995); Omán (25-11-1995); Bulgaria (11-12-1995); Croacia (13-3-1997); y México (12-5-2006).

disposiciones que regulan el arreglo de controversias. Una decisión, compartida por la mayoría de Estados, que ha servido para limitar la aplicación de la “doctrina Maffezini”.

No obstante, la práctica española contemporánea sigue sin prestar la suficiente atención a dos cuestiones de capital importancia. En primer lugar, todavía no se ha generalizado una cláusula de sumisión expresa al arbitraje inversor-Estado en los APPRI españoles. Esta situación no favorece los intereses de los inversores extranjeros en un escenario internacional donde cada vez más Estados realizan reservas de soberanía para eludir los arbitrajes de inversiones celebrados en el marco del CIADI.

Y, en segundo lugar, estos APPRI tampoco han respondido de manera integrada al fenómeno de la acumulación y la pluralidad de procedimientos arbitrales. En ambos casos, además, podría resultar satisfactorio que todos los Estados miembros de la UE realizaran una aproximación común y logaran encontrar soluciones desde el ámbito de la integración.

2. La práctica convencional y arbitral examinada en el presente trabajo pone de relieve una tensión entre el principio de soberanía y el principio *favor inversionis*, que inspira la aplicación del DI de las inversiones.

En los últimos años, los Estados han optado por establecer redacciones cada vez más elaboradas para sus APPRI, con el objeto de acotar su eventual interpretación extensiva por parte de los tribunales arbitrales. De la misma forma, se aprecia una creciente disposición de los Estados por introducir algunos elementos de flexibilidad en los APPRI. El APPRI con Colombia, que permite a los Estados mantener contactos diplomáticos iniciado un arbitraje de inversiones y excluir la responsabilidad del Estado receptor en virtud de una serie de razones tasadas, resulta un excelente ejemplo de esta tendencia en la práctica española.

Los órganos arbitrales, sin embargo, no han perdido la ocasión para seguir reconociendo la vigencia del principio *favor inversionis*, especialmente en todo lo que atañe a la interpretación del comportamiento seguido por el Estado receptor durante la fase previa al inicio del procedimiento arbitral, así como al uso de las reglas procesales y probatorias utilizadas en los arbitrajes de inversiones.

Como sucede en otros sectores del DI público donde el individuo también ha conseguido cierto *jus standi* internacional, los tribunales arbitrales toman en consideración que este tipo de controversias tienen lugar entre un sujeto soberano de DI y una entidad privada.

En cualquier caso, la mayor regulación normativa introducida por los APPRI de nueva generación resulta una evidencia patente de cómo los Estados desean hacer más previsible la aplicación del principio *favor inversionis*, por parte de los órganos arbitrales que resuelven las controversias inversor-Estado.