

CRÓNICA SOBRE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS (ENERO - DICIEMBRE 2011)

Director: Francisco José Pascual Vives*
Redactores: Björn Arp¹; Fernando Lozano Contreras²; Millán Requena Casanova⁴; e Irene Vázquez Serrano⁵

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ARREGLO DE LAS CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO. III. LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DEL ESTADO RECEPTOR DE LA INVERSIÓN. IV. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y OTROS SECTORES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.- V. LA REVISIÓN Y LA ANULACIÓN DE LAS DECISIONES ARBITRALES.- VI. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

La presente “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras” examina las decisiones dictadas por una serie de órganos arbitrales administrados por el Centro Internacional para el Arreglo de las Controversias Relativas a Inversiones (CIADI) y la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), que resuelven controversias en materia de inversiones extranjeras. Todas estas decisiones dadas a conocer durante finales del año 2010 y la primera parte del año 2011, como se advirtió en nuestra primera crónica publicada en el vigésimo volumen de la *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, se han seleccionando atendiendo a su interés para la práctica española en el Derecho internacional (DI) económico.

Entre los procedimientos arbitrales escogidos para este volumen figuran dos donde participan como demandantes inversores españoles y varios que se refieren a demandas interpuestas contra tres Estados de América Latina (Argentina, Ecuador y Venezuela) con los que España y sus inversores mantienen importantes lazos. Es precisamente esta circunstancia, amén de la existencia de un Acuerdo para la Promoción y Protección

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alcalá (f.pascualvives@uah.es). Redacta los epígrafes I y VI.

¹ Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alcalá (bjorn.arp@uah.es). Redacta el epígrafe IV.

² Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alcalá (jfernando.lozano@uah.es). Redacta el epígrafe III.

⁴ Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alicante (millan.requena@ua.es). Redacta el epígrafe II.

⁵ Profesora Asociada de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad Miguel Hernández de Elche (ivazquez@umh.es). Redacta el epígrafe V.

Recíporoca de las Inversiones (APPRI) celebrado por España y cada uno de los tres Estados citados, la que aconseja examinar las decisiones dictadas por aquellos tribunales arbitrales. En efecto, aún cuando se trate de casos donde no intervienen inversores españoles, a tenor de las recientes expropiaciones que han sufrido empresas españolas en Argentina y Bolivia importa conocer los argumentos utilizados por los tribunales para interpretar el alcance de las obligaciones internacionales que corresponden a los Estados de América Latina, pues podrían ser utilizados como argumento de ambiente o atmósfera en un eventual arbitraje iniciado por los inversores españoles. Por último, esta crónica de 2011 recoge un laudo donde se plantean las interacciones entre el DI económico y el DI de los derechos humanos y una sentencia del Tribunal de Justicia (TJ) de la Unión Europea (UE) donde se discute el alcance de las obligaciones internacionales convenidas por los Estados miembros a través de los APPRI celebrados con anterioridad a su adhesión a la UE, en el contexto del proceso de integración europea.

Por orden de publicación, el primer arbitraje que debe destacarse es el caso *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (Caso CIADI n° ARB/98/2). Se trata de un arbitraje de inversión iniciado sobre la base del APPRI celebrado entre España y Chile (*BOE*, 19-3-1994) y administrado conforme a las Reglas de Arbitraje del CIADI. Con fecha de 8-5-2008 un laudo arbitral reconoció que Chile había violado la obligación de conceder al inversor español un trato justo y equitativo durante la procelosa expropiación del grupo empresarial *Clarín*, concediéndole una indemnización de alrededor de doce millones de dólares. Las dos decisiones arbitrales recogidas en esta crónica se relacionan con la fase de anulación del citado laudo; un procedimiento presidido por Y.L. Fortier (canadiense) y en el que figuran como árbitros P. Bernardini (italiano) y A. El-Kosheri (egipcio).

En segundo lugar, el caso *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. Chile* (Caso CIADI n° ARB/04/7). En su decisión sobre anulación presentada por el inversor español de 10-12-2010, el Comité *ad hoc* fue presidido por Ch. Söderlund (sueco) y compuesto por P. Bernardini (italiano) y E. Silva Romero (colombiano). El Comité *ad hoc* no aceptó los argumentos del inversor, afirmó que no se quebrantó ninguna regla fundamental de procedimiento y que no había lugar a la anulación del laudo de 21-8-2007 en virtud del Artículo 52.1.d) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Convenio CIADI) (*BOE*, 13-9-1994), imponiendo además al inversor el pago de las costas administrativas del procedimiento de anulación, así como de los honorarios de los miembros del Comité *ad hoc*.

En tercer lugar, el caso *Murphy Exploration and Production Company International c. Ecuador* (Caso CIADI n° ARB/08/4) representa un arbitraje de inversiones administrado por el CIADI e iniciado en virtud del APPRI celebrado entre Ecuador y los Estados Unidos de América (firmado el 27-8-1993). El tribunal arbitral fue presidido por R. Oreamuno Blanco (costarricense) y compuesto por H.A. Grigera Naón (argentino) y R.E. Vinuesa (argentino). En su laudo sobre jurisdicción de 15-12-2010 el tribunal arbitral concluyó, por mayoría, su falta de jurisdicción y competencia para conocer el asunto, aceptando las excepciones presentadas por Ecuador fundadas en la

inobservancia, por parte de la demandante, del plazo de seis meses de consultas y negociaciones que establece el Artículo VI del APPRI celebrado entre Ecuador y los Estados Unidos de América. Asimismo, por unanimidad, el tribunal rechazó la excepción a la jurisdicción del CIADI planteada por Ecuador con fundamento en la declaración unilateral hecha con base en el Artículo 25.4 del Convenio CIADI.

En cuarto lugar, en el caso *Total S.A. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/04/1) se dirime, al calor del APPRI celebrado entre Francia y Argentina (firmado el 3-7-1991), la responsabilidad internacional de Argentina a resultas de las medidas legislativas adoptadas tras la entrada en vigor de la Ley de Emergencia n° 25561/02. El arbitraje de inversiones se rigió por las Reglas de Arbitraje del CIADI y el órgano arbitral fue presidido por G. Sacerdoti (italiano) y formado por H.C. Alvarez (canadiense) y L. Herrera Marcano (venezolano). El laudo sobre responsabilidad de 27-12-2010 concluyó que Argentina no otorgó al inversor francés un trato justo y equitativo, pero rechazó el resto de argumentos presentados por el demandante. Dada su complejidad, el órgano arbitral decidió tratar la cuestión del importe de la indemnización en una fase independiente.

En quinto lugar, en el caso *Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/08/15) se invocó el APPRI celebrado entre Venezuela y los Países Bajos (firmado el 22-10-1991), de conformidad con las Reglas de Arbitraje del CIADI. El Tribunal fue presidido por G. Guillaume (francés) y como árbitros figuran G. Abi-Saab (egipcio) y R.B. von Mehren (estadounidense). El arbitraje de inversiones fue instituido a resultas del proceso de expropiaciones y nacionalizaciones emprendido por Venezuela en múltiples sectores económicos hasta ahora controlados por inversores extranjeros. En su decisión sobre jurisdicción de 30-12-2010 el tribunal aceptó su jurisdicción sobre la base del citado APPRI, pero interesa igualmente señalar que la rechaza en virtud del Artículo 22 de la Ley de Inversión Extranjera de 1999.

En sexto lugar, el caso *Impregilo S.p.A. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/17) ha valorado la responsabilidad de Argentina a la luz del APPRI celebrado entre Argentina e Italia (firmado el 22-5-1990) y las Reglas de Arbitraje del CIADI. El órgano arbitral fue presidido por H. Danelius (sueco) y formado por Ch.N. Brower (estadounidense) y B. Stern (francesa). El laudo de 21-6-2011 concluyó tanto la competencia del tribunal para conocer la controversia, como el incumplimiento del citado APPRI por cuanto respecta a la obligación de conceder un trato justo y equitativo por parte de Argentina al inversor extranjero. El tribunal, sin embargo, rechazó que Argentina expropiara o nacionalizara la inversión de *Impregilo* y, al haber declarado la violación del trato justo y equitativo, decidió que no era necesario ponderar si Argentina llevó a cabo hechos discriminatorios contra el inversor o no cumplió su obligación de proporcionarle plena protección y seguridad. El laudo establece una indemnización de 21.294.000 dólares a favor de la demandante.

En séptimo lugar, el caso *Perenco Ecuador Limited c. Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (Caso CIADI n° ARB/08/6) es administrado por el CIADI ante

un tribunal presidido por P. Tomka (eslovaco) y formado por N. Kaplan (británico) y J.Ch. Thomas (canadiense). Este arbitraje de inversión se fundamenta en el APPRI celebrado entre Francia y Ecuador (firmado el 7-9-1994) y pretende dirimir la responsabilidad de Ecuador a resultas de las medidas legislativas adoptadas por este Estado en virtud de la Ley n° 2006/42, dictada para mejorar su participación en los beneficios derivados de la explotación del petróleo y del gas. Interesa analizar la decisión sobre jurisdicción de 30-6-2011 por distintas razones. El tribunal rechazó su jurisdicción respecto de la *Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador* y reconoce parcialmente su jurisdicción *ratione materiae* sobre las cuestiones planteadas contra el Estado derivadas de un incumplimiento contractual. No obstante, aplazó su decisión definitiva sobre la jurisdicción a la fase sobre el fondo, en tanto no está en condiciones de resolver su competencia sobre el incumplimiento de las obligaciones convencionales planteadas por el inversor. En este sentido, resulta interesante la decisión del tribunal solicitando que Francia y Ecuador aporten los *travaux préparatoires* con el objeto de interpretar el APPRI celebrado entre ambos Estados.

En octavo lugar, en el caso *Abaclat y otros (antes denominado Giovanna a Beccara y otros) c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/5) se dirime la responsabilidad de Argentina a tenor del APPRI celebrado entre Argentina e Italia (firmado el 22-5-1990), frente a una serie de personas físicas y jurídicas italianas (al inicio del procedimiento arbitral se contabilizaban más de 180.000), titulares de deuda pública argentina sometida a un proceso de restructuración tras la grave crisis financiera experimentada por Argentina. El tribunal está presidido por P. Tercier (suizo) y compuesto por G. Abi-Saab (egipcio) y A.J. van den Berg (neerlandés). El laudo sobre jurisdicción y admisibilidad de 4-8-2011 aceptó la competencia del tribunal para resolver el caso tanto *ratione materiae* como *ratione personae*, considerando las reclamaciones efectuadas por los demandantes como convencionales y no contractuales. Debe señalarse que el árbitro G. Abi-Saab, designado por Argentina, adjuntó una extensa Opinión Disidente de 28-10-2011 donde muestra su desacuerdo con el fallo, argumenta por qué el tribunal carecía jurisdicción para conocer este caso y, en el actual contexto económico, advierte que este caso podría constituir un precedente que introdujera desconfianza entre los Estados respecto al sistema de solución de controversias establecido por el CIADI. Asimismo, es importante considerar que el 15-9-2011 Argentina solicitó a la Secretaría del CIADI la recusación tanto del presidente del tribunal como del árbitro designado por la demandante, alegando graves irregularidades durante la primera parte del procedimiento arbitral. El 2-11-2011 G. Abi-Saab presentó su renuncia a seguir participando como miembro del tribunal y fue sustituido por el jurista español S. Torres-Bernárdez.

En noveno lugar, en el caso *Chevron Corporation (USA) y Texaco Petroleum Company (USA) c. Ecuador* (Caso CPA n° 34877) los inversores extranjeros defendían el incumplimiento por parte de Ecuador del APPRI celebrado entre Ecuador y los Estados Unidos de América (firmado el 27-8-1993). El tribunal arbitral, administrado por la CPA conforme a las reglas de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), fue presidido por K.-H. Böckstiegel (alemán) y compuesto como árbitros por Ch.N. Brower (estadounidense) y A.J. van den Berg

(neerlandés). En el laudo de 31-8-2011 se reconoció que Ecuador ha incumplido el citado APPRI, más concretamente su Artículo II.7, por el retraso indebido con el que sus tribunales resolvieron una serie de recursos jurisdiccionales internos e impone una indemnización a Ecuador de algo más de 96 millones de dólares.

En décimo lugar, aunque no se trata *per se* de un arbitraje de inversiones, la crónica también se refiere al caso C-264/09, *Comisión c. Eslovaquia*, dictado el 15-9-2011 por la Sala Primera del TJ, presidida por A. Tizzano (italiano) y compuesta por los jueces J.-J. Kasel (luxemburgués), A. Borg Barthet (maltés), E. Levits (letón) y M. Berger (austriaca). El Abogado General encargado de presentar sus conclusiones al TJ fue N. Jääskinen (finlandés). Este recurso por incumplimiento fue interpuesto por la Comisión Europea ante el mantenimiento por parte de Eslovaquia de un contrato celebrado antes de su adhesión a la UE que resultaba contrario al principio de no discriminación, reconocido como una de las piedras angulares del sistema de integración europeo. Tal contrato, según Eslovaquia, quedaba protegido por el APPRI celebrado entre Suiza y la República Federativa Checa y Eslovaca (firmado el 5-10-1990) y, por tanto, su rescisión podría dar lugar a la solicitud de un arbitraje de inversión por parte de los inversores.

En undécimo lugar, el caso *Continental Casualty Company c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/03/9) se resolvió mediante un laudo de 16-9-2008 donde parcialmente se declaraba el incumplimiento por parte de Argentina de su obligación de conceder un trato justo y equitativo al inversor a tenor del APPRI celebrado entre los Estados Unidos de América y Argentina (firmado el 14-11-1991). La crónica examina la decisión de 16-9-2011 que desestima completamente la solicitud de anulación parcial presentada por ambas partes ante un Comité *ad hoc* presidido por G. Griffith (australiano) y compuesto por Ch. Söderlund (sueco) y B.A. Ajibola (nigeriano).

En duodécimo lugar, el caso *El Paso Energy International Company c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/03/15) se administró bajo las normas procesales del CIADI y en virtud del ya citado APPRI entre Estados Unidos de América y Argentina (firmado el 14-11-1991). El tribunal arbitral encargado de dictar el laudo sobre el fondo de 21-10-2011 fue presidido por L. Caflisch (suizo) y compuesto por P. Bernardini (italiano) y B. Stern (francesa). Además de discutir la aplicación de los preceptos del APPRI relacionados con el trato justo y equitativo, la plena protección y seguridad y la prohibición contra expropiaciones injustificadas, en este litigio también se debatió en torno a la aplicación del estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud. El tribunal concluyó la violación por parte del Estado receptor de la inversión del APPRI al no haber otorgado al inversor un trato justo y equitativo y le impuso una indemnización ligeramente superior a 43 millones de dólares.

En decimotercer lugar, en el caso *Spyridon Roussalis c. Rumania* (Caso CIADI n° ARB/06/1) se discute conforme a las Reglas de procedimiento del CIADI la aplicación del APPRI celebrado entre Grecia y Rumania (firmado el 23-5-1997). El tribunal arbitral resolvió mediante laudo de 7-12-2011 y estaba presidido por B. Hanotiau (belga) y formado por A. Giardina (italiano) y M. Reisman (estadounidense). El tribunal concluye la inexistencia de una violación del citado APPRI por parte del Estado

receptor, si bien este caso resulta particularmente interesante en atención, primero, al pronunciamiento del tribunal contrario a reconocerse su jurisdicción para conocer de la contrademanda interpuesta por Rumania; segundo, porque el laudo impuso al demandante el pago al Estado receptor del 60% de sus gastos de litigación; y, tercero, al tratarse en el mismo las relaciones los derechos conferidos a los particulares en un APPRI y las obligaciones de los Estados partes del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (*BOE*, 10-10-1979).

Por último, aunque se trata de un arbitraje de inversiones en ciernes, resulta necesario poner de relieve que en el año 2011 un grupo de quince inversores extranjeros han solicitado la iniciación de un arbitraje contra España, en virtud de las obligaciones establecidas por el Tratado de la Carta de la Energía (*BOE*, 17-3-1998). Estos inversores argumentan que los cambios legislativos efectuados por el Gobierno de España para reducir las subvenciones que se aplican al sector de la energía solar fotovoltaica, suponen una violación de las obligaciones que España contrajo mediante el citado tratado internacional. Tras haberse agotado el plazo previo de negociaciones que dispone el Tratado de la Carta de la Energía para resolver amistosamente las controversias, los inversores habrían iniciado el arbitraje contra España en búsqueda de una adecuada compensación económica. Por el momento las fuentes ministeriales consultadas sólo han confirmado que cualquier documento relacionado con este arbitraje, como la solicitud presentada por los demandantes, no se haría público hasta la conclusión del procedimiento.

Una vez presentados los laudos y decisiones que se examinan en la presente crónica de 2011, en las siguientes páginas se analizan los aspectos jurídicos procesales y sustanciales más relevantes.

II. EL ARREGLO DE LAS CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO⁶

Este epígrafe estudia las decisiones relativas al consentimiento al arbitraje de inversiones, así como aquellos aspectos relacionados con la jurisdicción *ratione materiae* y *ratione personae*.

1. El consentimiento al arbitraje de inversiones

En el caso *Murphy Exploration and Production Company International c. Ecuador* (Caso CIADI nº ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción de 15-12-2010), el tribunal arbitral examinó tres de las siete objeciones a la jurisdicción presentadas por la parte demandada al considerar que, por su naturaleza, las otras cuatro debían tratarse en la fase de fondo. Las tres objeciones a la jurisdicción se fundaban en tres argumentos alternativos: a) la falta de consentimiento al arbitraje de la parte demandada en virtud de su declaración unilateral realizada conforme al Artículo 25.4 del Convenio CIADI; b) la inobservancia de los requisitos establecidos en el Artículo VI.2 del APPRI celebrado

⁶ Epígrafe elaborado por el Prof. Dr. Millán Requena Casanova (Universidad de Alicante).

entre Ecuador y los Estados Unidos de América, a cuyo tenor las controversias inversor-Estado se someten a arbitraje obligatorio si no han sido resueltas previamente mediante consultas y negociaciones; o c) el incumplimiento del plazo de seis meses concedido a las partes para que resuelvan la controversia amigablemente mediante consultas y negociaciones antes de recurrir al arbitraje.

Por lo que se refiere a la primera objeción a la jurisdicción, Ecuador invocó una interpretación del Artículo 25.4 del Convenio CIADI, en virtud de la cual se permitiría a un Estado parte en este convenio retirar el consentimiento al arbitraje para ciertas categorías de controversias mediante notificación unilateral, que fue realizada por Ecuador el 4-12-2007. En cambio, la parte demandante consideró que la notificación a la que se refiere el Artículo 25.4 del Convenio CIADI no es un medio válido para dar por terminada las obligaciones asumidas por Ecuador, pues este argumento no tiene en cuenta el alcance de las notificaciones conforme al Artículo 25.4 del Convenio CIADI, cuyos efectos no permiten a los Estados modificar de manera unilateral sus compromisos asumidos conforme al APPRI. El tribunal admitió este último argumento y afirmó que el consentimiento al arbitraje expresado por las partes en un APPRI sólo puede ser retirado o revocado por los mecanismos expresamente acordados en el tratado, rechazando así la primera excepción a la jurisdicción:

“72. The Tribunal finds that Article 25(4) of the ICSID Convention allows the contracting States to notify the Centre of the class of disputes they would submit to the jurisdiction of the Centre *in the future*. This notification may be sent at any time by means of a unilateral declaration to the Centre and the Secretary-General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. However, the Tribunal finds that the effect of notification under Article 25(4) is to inform the contracting parties of the class or classes of disputes which the notifying State would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre *in the future*. The text itself clarifies that such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1) of Article 25.

73. In the Tribunal’s view, an Article 25(4) notification may not unilaterally modify the consent given in another treaty. The consent of the State in this case is given in a treaty between two sovereign States (the BIT between Ecuador and the United States of America) granting rights to the investors of both States. The *pacta sunt servanda* principle requires good faith compliance with all obligations under the BIT. In this sense, Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, under title “*Pacta sunt servanda*” provides that “[e]very treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

(...)

80. (...) the offer of consent to ICSID jurisdiction by the signatory States of bilateral investments treaties may not be withdrawn or revoked other than the mechanisms expressly agreed upon by the parties. Article 25(4) notifications are

useful to alter those mechanisms in the future only and in absence of another legal instrument as the BIT which make them mandatory”.

(...)

87. The Tribunal agrees with Claimant in that neither the ICSID Convention nor the BIT allows parties to withdraw from its application with immediate effect. Therefore, Ecuador is not authorized to unilaterally modify and of those treaties with immediate effect. Moreover, the Tribunal believes that since there is no agreement between the parties, it is not possible to extinguish the obligations of a treaty by withdrawal, termination or unilateral modification of such instrument.

88. The Tribunal concludes that Ecuador intends to disregard the scope and future effect of the second sentence of its December 2007 notification, to ignore the irrevocability of its consent to ICSID arbitration under the BIT and to violate the rules applicable to withdrawal and modification of obligations undertaken by the Nation, in both the BIT and the ICSID Convention”.

A continuación, el tribunal consideró necesario determinar el momento en el que había surgido una controversia entre las partes relativa al Artículo VI del APPRI, para pronunciarse posteriormente sobre las objeciones a la jurisdicción tercera y cuarta planteadas por Ecuador relativas, respectivamente, a la falta de esfuerzos por la parte demandante para resolver la controversia mediante consultas y negociaciones y a la inobservancia del plazo de espera de seis meses antes de someter la controversia a arbitraje. El tribunal arbitral, con la oposición del árbitro H.A. Grigera Naón, consideró que la existencia de una controversia requería que el demandante hubiera presentado una reclamación en la que se invocara expresamente la violación del APPRI, circunstancia que no sucedió hasta el 28-2-2008:

“103. The Tribunal finds that in order for a dispute to be submitted to ICSID arbitration, in accordance with Article VI of the BIT, a claim on alleged breach of the BIT must previously exist. Disputes referred to in paragraph (1) of that provision arise when a Treaty breach is alleged. Therefore, the six-month waiting period shall run from the dated of such allegation.

104. The Tribunal sides with Claimant in that Article VI does not impose a formal notice requirement. However, without the prior allegation of a Treaty breach, it is not possible for a dispute to arise which could then be submitted to arbitration under Article VI of the BIT. In this sense, the Decision on Jurisdiction in the *Burlington* case holds that “...as long as no allegation of Treaty breach is made, no dispute will have arisen giving access to arbitration under Article VI.

105. The Tribunal understands that it is necessary for the Respondent to have been aware of alleged Treaty breaches in order to resort to arbitration under

Article VI of the BIT. Under the Treaty, it would suffice for Claimant to inform its counterpart of the alleged Treaty breach. In the Tribunal's view, claimant did not offer evidence showing that Ecuador was aware of the existence of a dispute with Murphy International based on the BIT prior to February 28, 2008.

(...)

107. The Tribunal finds that the six-month waiting period under Article VI (3) (a) starts running once there is evidence that a BIT claim exists. It follows that in order for the six-month term to effectively start running, the dispute based on an alleged BIT breach must be known to Respondent.

(...)

109. It is evident in this case, because of the way in which claimant proceeded to file its Request for Arbitration with ICSID on March 3, 2008 (the first business day after giving notice to Ecuador that it had a claim against that Nation), there was no possibility that the Parties could have availed themselves of a time frame in which they could have tried to resolve their disputes amicably”.

Esa visión restrictiva de los criterios formales para afirmar la competencia del tribunal arbitral concuerda con la jurisprudencia más reciente de la Corte Internacional de Justicia sobre la materia. Así, en la Sentencia sobre Objeciones Prelimares de 1-4-2011, en el *Caso de la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa)*, la Corte establece que, para determinar la existencia de una controversia relativa a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, las reclamaciones deben referirse al objeto del tratado con la suficiente claridad que permita al Estado contra el que se reclama identificar si existe, o puede existir, una controversia relativa a su ámbito de regulación material. Cuando la Corte exige al demandante una especificación expresa de los actos que constituyen discriminación racial conforme a la Convención contra la Discriminación Racial de 1965 este órgano introduce un nuevo requerimiento formal, desconocido hasta ahora en su clásica jurisprudencia relativa a la determinación de la existencia de una controversia.

Respecto a la satisfacción de la condición procesal exigida por el Artículo VI.2 del APPRI celebrado entre Ecuador y los Estados Unidos de América, esto es, el recurso a previas consultas y negociaciones, el tribunal examina si las negociaciones iniciadas el 12-11-2007 entre *Repsol* y Ecuador conforme al Artículo XI.2 del APPRI celebrado entre España y Ecuador (*BOE*, 10-4-1998) pueden reemplazar a las negociaciones requeridas por el Artículo VI del APPRI celebrado entre Ecuador y los Estados Unidos de América, concernientes a la controversia sometida a arbitraje por la demandante el 3-3-2008. El tribunal consideró que ambas reclamaciones son diferentes señalando al respecto que:

“130. The Tribunal finds (...) without doubt, that Murphy International as well as Repsol were fully aware that they had to comply with the six-month period established in Article VI of the US-Ecuador BIT and Article XI(2) of the Spain-Ecuador BIT, respectively.

131. This Tribunal holds that the negotiations and consultations entered into by Repsol, as the Operator of the Consortium, with Ecuador, are not the negotiation required by Article VI (2) of the BIT for this case. The negotiations and consultations of Repsol were prior to the date the dispute between Murphy International and Ecuador arose. Furthermore, it becomes evident that the negotiations and consultations between Repsol and Ecuador, pursuant to the Spain-Ecuador BIT.

132. Therefore, this Tribunal concludes that the six-month period established in Article VI (3) of the BIT is a mandatory requirement, and that both Repsol and Murphy International acknowledge this fact in their respective letters. Furthermore, the Tribunal finds that the claims of Repsol and Murphy International are different, and consequently, Repsol’s attempts to negotiate since November 12, 2007 and thereafter, do not meet Murphy International’s obligation to comply with that BIT requirement before resorting to ICSID”.

Desde luego, esta concordancia entre el contenido de las negociaciones y el objeto del tratado recuerda al *dictum* de la Corte de La Haya en la citada Sentencia de 1-4-2011, donde la Corte observa que la condición de entablar negociaciones previas establecida en la cláusula del Artículo 22 de la Convención contra la Discriminación Racial de 1965 exige un estándar de cumplimiento muy elevado respecto al contenido jurídico de las negociaciones.

No obstante, para el caso de que el tribunal arbitral llegara a esta conclusión, la demandante alegó el carácter infructuoso de las negociaciones conforme al Artículo VI.2 del APPRI celebrado entre Ecuador y los Estados Unidos de América, en atención al hecho de que en otros asuntos los inversores también iniciaron negociaciones con Ecuador que no culminaron con éxito, si bien el tribunal rechazó este argumento considerando que:

“135. In the Tribunal’s opinion, the obligation to negotiate is an obligation of means, not of results. There is no obligation to reach, but rather to try to reach, an agreement. To determine whether negotiations would succeed or not, the parties must first initiate them. The obligation to consult and negotiate falls on both parties, and it is evident that there were none in this case because as has been reiterated above, on Friday, February 29, 2008 Murphy International sent a letter Ecuador stating that it had a claim against the Republic based on the BIT, and then on Monday, March 3, 2008, it submitted the Request for Arbitration to ICSID. Murphy International’s conduct to decide, *a priori* and unilaterally, that it would not even try to resolve its dispute with Ecuador through negotiations constitutes a grave breach of Article VI of the BIT”.

En cuanto a la cuarta objeción a la jurisdicción, referida al carácter obligatorio del plazo de seis meses de espera antes de someter la controversia a arbitraje, establecido en el Artículo VI.3 del APPRI, Ecuador puso de relieve que esta disposición constituye una condición procesal previa a la jurisdicción arbitral. La demandante sostenía que el no cumplimiento con los plazos de espera no supone un obstáculo a la jurisdicción pues, en su opinión, la mayoría de tribunales que habían considerado esta cuestión adoptaron la posición según la cual los “plazos de espera” son “requisitos de procedimiento”, y no condiciones procesales, cuyo incumplimiento no genera consecuencias procesales a los efectos de establecer la jurisdicción del tribunal. El tribunal, sin embargo, no compartió este argumento:

“142. The Tribunal also not accept the consequences Claimant seeks to derive between ‘procedural’ and ‘jurisdictional’ requirements. According to Murphy International, ‘procedural requirements’ are of an inferior category than the ‘jurisdictional requirements’ and, consequently, its non-compliance has no legal consequences. It is evident that in legal practice this does not occur, and that non-compliance with a purely procedural requirement, such as, for example, the time appeal a judgement, can have serious consequences for the defaulting party.

(...)

145. Claimant’s interpretation of Article VI of the BIT simply ignores the existence of provisions mandating the parties to have consultations and negotiations to resolve their disputes (paragraph 2) and preventing them from resorting to ICSID before six months have elapsed from the date on which the dispute arose (paragraph 3).

146. The Tribunal’s interpretation of paragraph 3 of Article VI is that in order for the investor (‘the company or national concerned’) to request that its claim be resolved by an ICSID arbitral tribunal, the following two circumstances shall be present:

- a) that it has not submitted the dispute to the courts or to any dispute resolution proceeding; and
- b) that ‘six months have elapsed from the date on which the dispute the dispute arose’, during which the concerned party sought to resolve it through consultation and negotiation.

(...)

149. This Tribunal finds the requirement that the parties should seek resolve their dispute through consultation and negotiation for a six-month period does not constitutes, as Claimant and some arbitral tribunals have stated, ‘a procedural rule’ or a ‘directory and procedural’ rule which can or cannot be satisfied by the concerned party. To the contrary, it constitutes a fundamental

requirement that Claimant must comply with, compulsorily, before submitting a request for arbitration under the ICSID rules”.

El tribunal concluyó afirmando que la demandante no cumplió con las condiciones procesales exigidas en el Artículo VI del APPRI celebrado entre Ecuador y los Estados Unidos de América, cuya inobservancia supone que el tribunal carezca de competencia para conocer de esta controversia.

Por otra parte, la decisión sobre jurisdicción dictada en el caso *Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/08/15, Decisión de 20-12-2010), resuelve las siguientes cuestiones relativas a la jurisdicción del tribunal arbitral: a) si la Ley de Inversión Extranjera de 1999 contiene una oferta unilateral de arbitraje que permita establecer de manera automática la jurisdicción del tribunal en esta controversia; y b) si el consentimiento al arbitraje expresado en el APPRI Venezuela y los Países Bajos cumple las exigencias del Artículo 25 del Convenio CIADI.

En primer lugar, con relación a si la Ley de Inversión Extranjera de 1999 contiene una oferta unilateral de arbitraje, el tribunal entendió que la oferta arbitral contenida en una declaración unilateral presenta problemas interpretativos similares a los que ofrece la cláusula del Artículo 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Respecto a las declaraciones de aceptación unilateral de la jurisdicción obligatoria de la Corte, este órgano judicial ya se pronunció en varios asuntos, como en el *Caso de la Competencia en materia de Pesquerías (España c. Canadá)* (*ICJ Reports 1998*, párs. 43, 64 y 68), manifestando que las declaraciones unilaterales “como instrumentos internacionales que son, deben interpretarse con referencia al Derecho internacional”. El tribunal arbitral compartió el análisis de la Corte:

“79. (...) Unilateral acts by which a State consents to ICSID jurisdiction are standing offers made by a sovereign State to foreign investors under the ICSID Convention. Such offers could be incorporated into domestic legislation or not. But, whatever may their form, they must be interpreted according to the ICSID Convention and to the principles of international law governing unilateral declarations of States.

(...)

81. Customary rule governing States’ unilateral declarations in international law have never been codified. However, is recognized by the International Law Commission of the United Nations, a basic distinction must be drawn in that field between:

- a) declarations formulated in the framework and on the basis of a treaty, and
- b) other declarations made by States in the exercise of their freedom to act on the international plane.

82. Both declarations may have the effect of creating international obligations. However, when considering declarations not made within the framework and on the basis of a treaty, the utmost caution is required when deciding whether or not those declarations create such obligations. The International Court of Justice faced situations of that kind in the *Nuclear Tests* cases in 1974. In those cases, it decided that ‘when States make statements by which their freedom of action is to be limited, a restrictive interpretation is called for’. In 2006, in the *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo*, it confirmed that ‘a statement of this kind can create legal obligations only if it is made in clear and specific terms. The International Law Commission adopted the same position in its Guiding Principles of 2006 Applicable to Unilateral declarations of States’”.

Por tanto, dado que el tribunal consideró que el DI constituye el estándar de interpretación de las declaraciones unilaterales de los Estados, el análisis textual del Artículo 22 de la Ley de Inversión debe ser el punto de partida para interpretar el significado de esta disposición nacional. En este sentido, la demandante sostenía que la utilización de la frase “si así éste lo establece” es una referencia incontestable al Convenio CIADI. Por tanto, el Artículo 22 sería un compromiso obligatorio por el que Venezuela debe someter al arbitraje internacional todas las controversias protegidas por el Convenio CIADI, pues expresa un consentimiento inmediato y completamente operativo, sólo condicionado a los criterios jurisdiccionales establecidos en el Convenio CIADI. Por el contrario, Venezuela entendía que el Artículo 22 no expresaba un consentimiento general al arbitraje para todas las controversias en materia de inversiones entre dicho Estado y los inversores de los Estados contratantes, pues estas controversias sólo serían sometidas al arbitraje en los términos del Convenio CIADI “si así éste lo establece”, lo que significa, entre otras cosas, que el consentimiento al arbitraje para una controversia particular debe ser otorgado por escrito tanto por parte del Estado como del inversor del Estado contratante. El tribunal examinó el significado de la Ley de Inversión a la luz de su objeto y propósito. A los efectos de determinar la intención de los redactores del Artículo 22, el tribunal analizó la historia legislativa de esta cláusula así como las declaraciones públicas vertidas en el momento de su elaboración por ciertas autoridades venezolanas (como el Presidente de la República o el Ministro de Producción y Comercio), concluyendo que de tales declaraciones no se infería que la intención de la República de Venezuela fuera prestar su consentimiento general y anticipado al arbitraje mediante esta Ley, puesto que:

“137. The Tribunal finally notes that, at the time of the adoption of the Investment Law, Venezuela had already signed and ratified seventeen BITs stating either that Venezuela gave ‘its unconditional consent to the submission of disputes’ to ICSID arbitration or that its disputes with foreign investors ‘shall at the request of the national concerned be submitted to ICSID’, or using both phrases. Comparable words were used in some national laws and in the ICSID model clauses. If it had been the intention of Venezuela to give its advance consent to ICSID arbitration in general, it would have easy for the drafters of Article 22 to express that intention clearly using of those known *formulae*.

138. The Tribunal thus arrives at the conclusion that such an intention has not been established. As a consequence, it cannot conclude from the obscure and ambiguous text of Article 22 that Venezuela, (...) consented unilaterally to ICSID arbitration for all disputes covered by the ICSID Convention in a general manner. That article does not provide a basis for jurisdiction of the Tribunal in the present case.

139. Finally the Tribunal observes that, according to the Respondent, the 'Claimants Have Not Given Consent To Jurisdiction Under the Investment Law' and that they 'Are Not International Investors Under [that] Law. It submits that, for those reasons also, the Tribunal has not jurisdiction in the present case. However, as the Tribunal has arrived to the conclusion that Article 22 does not constitute consent to jurisdiction by Venezuela, it does not have to take a decision on those alternative objections to jurisdiction'.

Por otra parte, respecto a la jurisdicción fundada en el APPRI celebrado entre Venezuela y los Países Bajos, la parte demandante entendía que su Artículo 9 ofrecía una base sólida para expresar el consentimiento arbitral. Asimismo, el Artículo 1.a) del APPRI contiene una definición amplia de "inversión", de carácter no exhaustivo, que abarca también las inversiones indirectas. El tribunal observó que, en la mayoría de las decisiones arbitrales que habían considerado el concepto de "inversiones indirectas" en casos similares, se hacía referencia a una empresa nacional que era propiedad o controlada por la parte demandante a través de otra empresa. Para dilucidar esta cuestión el tribunal analizó la definición de "inversión" que ofrece el Artículo 1.a) del APPRI:

"151. The Tribunal notes that there is not explicit reference to direct or indirect investments in the BIT, and in particular in Article 1 (a). It also notes that the definition of investment given in that article is very broad. It includes 'every kind of assets' and enumerates specific categories of investments as examples. One of those categories consists of 'shares, bonds or other kind of interest in companies and joint ventures.

152. In a comparable case, *Siemens v. Argentine*, the ICSID Tribunal observed that 'there is no explicit reference to direct or indirect investment as such in the [German/Argentine BIT]. The definition of 'investment' is very broad. An investment is any kind of asset considered to be under the law of the Contracting Party where the investment has been made (...) The drafters were careful to use the words 'not exclusively' before listing the categories of 'particularly' included investments. One of the categories consists of 'shares, rights of participation in companies and other type of participation in companies'. The plain meaning of this provision is that shares held by a German shareholder are protected under the Treaty. The Treaty does not require that there be no interposed companies between the investment and the ultimate owner of the company. Therefore a literal reading of the Treaty does not support the allegation that the definition of investment excludes indirect investments.

(...)

156. The Tribunal considers that, as acknowledged by the Respondent, investments as defined in Article 1 of the BIT could be direct or indirect. By definition, an indirect investment is an investment made by an indirect investor. As the BIT covers indirect investments, it necessarily entitles indirect investors to assert claims for alleged violations of the Treaty concerning the investments that they indirectly own.

157. The Tribunal further notes that, when the BIT mentions investments `of` nationals of the other Contracting Party, it means that those investments must belong to such nationals in order to be covered by the Treaty. But this does not imply that they must be “directly” owned by those nationals. Similarly, when the BIT mentions investments made `in` the territory of a Contracting Party, all it requires is that the investments itself be situated in that territory. It does not imply that those investments must be `directly` made in such territory”.

Por estos motivos, el tribunal decidió por unanimidad afirmar su jurisdicción para conocer las reclamaciones fundadas en la supuesta violación del APPRI celebrado entre Venezuela y los Países Bajos, desestimando en cambio su jurisdicción conforme al Artículo 22 de la Ley de Inversión Extranjera de 1999.

Otro litigio que debe examinarse es el caso *Impregilo S.p.A. c. Argentina* (Caso CIADI nº ARB/07/17, Laudo de 21-6-2011), en el que la parte demandada solicitó que el tribunal arbitral declarara su falta de jurisdicción y competencia atendiendo a tres argumentos alternativos: a) la inobservancia de los requisitos establecidos en el Artículo 8 del APPRI celebrado entre Argentina e Italia, en virtud del cual las controversias inversor-Estado pueden someterse al arbitraje de inversiones transcurridos 18 meses desde que se hubieran presentado ante la jurisdicción interna; b) el carácter indirecto de la reclamación; o c) el carácter contractual (y no convencional) de la reclamación.

Por lo que se refiere al primer argumento, las condiciones procesales establecidas en el Artículo 8 del APPRI para someter una controversia al arbitraje, cabe señalar que la parte demandante no había cumplido el plazo de 18 meses de espera prescrito por el APPRI. Argentina consideraba que el tribunal no podía aceptar su jurisdicción sobre la base de una interpretación sistemática del citado precepto. El órgano arbitral admitió este argumento y afirmó la necesidad de que el inversor cumpliera con este plazo de espera, presente también en el APPRI celebrado entre Argentina y España (*BOE*, 18-11-1992), antes de acudir al arbitraje de inversiones:

“82. There could thus appear to be a certain ambiguity in the text of the BIT, and the following two interpretations of the two paragraphs, when read together, would seem to be arguable:

(a) The first interpretation (*Alternative 1*) would place the emphasis on the word “may” (“*podrá*”, “*potrá*”) and thus on the optional character of Article 8(2) and

lead to the conclusion that, as Article 8(2) provides that the investor *may* submit the dispute to the domestic courts, Article 8(3) should be understood to mean that the condition of previous domestic proceedings in Article 8(3) only applies if the investor has used the option and actually brought proceedings before the domestic courts, whereas, if he has not done so, he would be free to proceed at once to international arbitration.

(b) The second interpretation (*Alternative 2*) would be that, although Article 8(2) provides that the investor *may* submit the dispute to the domestic courts, it follows from Article 8(3) that, if the investor wishes to submit a dispute to international arbitration, he must first bring proceedings before the domestic courts and observe the waiting period of 18 months.

83. The Arbitral Tribunal notes that, whatever interpretation is chosen, the term “may” in Article 8(2) is justified in the sense that the investor is not obliged to bring the dispute to the domestic courts. The only question that arises in regard to the wording in Article 8(2) is what legal consequences, if any, follow from the investor’s failure to bring the dispute before these courts.

(...)

86. In the Arbitral Tribunal’s opinion, the terminological differences between BITs do not necessarily mean that any substantive difference was intended. The ambiguity to which they may give rise must be resolved by reading the provisions not only according to their wording but also in their context (cf. Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties). The immediate context of Article 8(2) is Article 8(3), and these two provisions, when read together, have to be given a reasonable meaning.

87. Alternative 1 above would mean that, if the investor does not bring the dispute before the domestic courts, the condition in Article 8(3) of the BIT is not applicable. In other words, the investor would always have a free choice between immediate international arbitration and such arbitration preceded by domestic proceedings during a period of at least 18 months.

88. The Arbitral Tribunal finds it unlikely that this is what the parties to the BIT had in mind. For the Argentine Government, it must have been desirable to give its courts a first opportunity to resolve disputes with foreign investors. This benefit would of course not materialize if Article 8(3) were interpreted according to Alternative 1.

89. Moreover, the wording of Article 8(3) indicates that it contains a general condition for international arbitration, and there is no exception for the situation where there had been no domestic proceedings. If the intention had been to provide for such an exception, the wording would most probably have been different. An appropriate wording would then have been, for instance: “If the

dispute has not been submitted to the competent judicial or administrative courts in accordance with paragraph 2 above, or if the dispute, after having been submitted to these courts, has remained unresolved eighteen months after the commencement of proceedings before them, it may be submitted to international arbitration - - -”.

90. As the text now reads, the Tribunal considers that Article 8(3) should be interpreted according to Alternative 2, or, in other words, that it should be considered to set out a general condition that must be complied with by the investor who wishes to submit the dispute to international arbitration. The condition to be complied with is a double one: first bringing the dispute before the domestic courts and then waiting for 18 months before proceeding to international arbitration. This condition has not been complied with by Impregilo.

(...)

94. In sum, Article 8(3) contains a jurisdictional requirement that has to be fulfilled before an ICSID tribunal can assert jurisdiction. This decision is in accordance with the decision in *Wintershall*, where it was found for a very similar clause in the Argentina-Germany BIT, that “Article 10(2) contains a time-bound prior-recourse-to-local-courts-clause, which mandates (not merely permits) litigation by the investor (for a definite period) in the domestic forum”, before the right to ICSID can even materialize. Impregilo not having fulfilled this requirement, the Tribunal cannot find jurisdiction on the basis of Article 8(3) of the Argentina-Italy BIT”.

No obstante, para el caso de que el tribunal arbitral llegara a esta conclusión, la demandante solicitó recibir el mismo tratamiento procesal que Argentina otorgaba a los inversores estadounidenses, en virtud de la cláusula de nación más favorecida (NMF). El APPRI celebrado entre Argentina y los Estados Unidos de América no les impone a los inversores extranjeros ningún plazo de espera para someter las controversias sobre inversiones al arbitraje internacional. La demandante, en suma, invocó la conocida “doctrina Maffezini” y solicitó que se extendiera la aplicación del trato de NMF a las cuestiones procesales reguladas por el APPRI. El tribunal arbitral, con la oposición del árbitro B. Stern, admitió esta petición y, por tanto, terminó reconociendo su jurisdicción para conocer del caso y rechazó la primera excepción a la jurisdicción presentada por la demandada:

“99. The Arbitral Tribunal is of the opinion that the term “treatment” is in itself wide enough to be applicable also to procedural matters such as dispute settlement. Moreover, the wording “all other matters regulated by this Agreement” is certainly also wide enough to cover the dispute settlement rules. The argument that the *ejusdem generis* principle would limit its application to matters similar to “investments” and “income and activities related to such investments” is not convincing, since the wording does not allow “all other matters” to be read as “all similar matters” or “all other matters of the same kind”.

Nor is the argument that an all-embracing concept like “all other matters” would make the previously mentioned terms “investments” and “income and activities related to such investments” superfluous, since it is indeed not unusual in legal drafting to indicate typical examples even in provisions which are intended to be of general application.

100. As regards point (b), the Arbitral Tribunal accepts that the words “within its own territory” limit the scope of the MFN clause. In the present case, however, the question as to what legal protection Argentina shall give to foreign investors is in no way an issue over which Argentina has no power to decide, nor is it tied to any particular territory. The Tribunal therefore considers that the wording “within its own territory” does not exclude the application of the MFN clause to dispute settlement.

101. As regards point (c), the Arbitral Tribunal finds that the relevant question is not whether resorting to domestic courts is more or less favorable to investors than international arbitration. Instead, what should be considered is whether a choice between domestic proceedings and international arbitration, as in the Argentina-US BIT, is more favorable to the investor than compulsory domestic proceedings before access is opened to arbitration. The answer to this question is in general, and certainly in this case, evident: a system that gives a choice is more favorable to the investor than a system that gives no choice.

102. Finally, point (d) presents a more difficult issue. In this respect, the Argentine Republic has pointed out, *inter alia*, that Argentina has included in several of its BITs, even those concluded after the Argentina-US BIT, a clause about domestic proceedings and an 18-month waiting period. This could be seen as an indication that Argentina did not intend these clauses to be replaced, via MFN clauses in the same BITs, by the rules of the Argentina-US BIT as being more favorable to the investor. However, the argument becomes less persuasive in the present case, because the Italy-Argentina BIT (signed on 22 May 1990) preceded the Argentina-US BIT (signed on 14 November 1991).

103. The Arbitral Tribunal must also attach special weight to the wording of the MFN clause, which extends its scope to “all other matters regulated by this Agreement”. Given the breadth of this language, the clause must be considered to encompass dispute settlement provisions.

(...)

108. (...) It is true that, as stated above, the jurisprudence regarding the application of MFN clauses to settlement of disputes provisions is not fully consistent. Nevertheless, in cases where the MFN clause has referred to “all matters” or “any matter” regulated in the BIT, there has been near-unanimity in finding that the clause covered the dispute settlement rules. On this basis, the majority of the Tribunal reaches the conclusion that Impregilo is entitled to rely,

in this respect, on the dispute settlement rules in the Argentina-US BIT and that the case cannot be dismissed for non-observance of the requirements in Article 8(2) and (3) of the Argentina-Italy BIT”.

En cuanto al segundo argumento presentado, el carácter indirecto de la reclamación, Argentina puso de relieve que la demandante había formulado una reclamación en calidad de accionista mayoritaria de la empresa concesionaria argentina contra la que se habían adoptado las medidas impugnadas. La demandada resaltaba que, de aceptarse la jurisdicción del tribunal arbitral, existiría un riesgo de imponerle múltiples reparaciones tanto en la vía internacional (a resultas del arbitraje de inversiones iniciado por la demandante), como en la vía interna (a resultas de la reclamación interpuesta en ese foro por la empresa concesionaria). El tribunal arbitral, sin embargo, invocó el concepto amplio de inversión contenido en el APPRI celebrado entre Argentina e Italia para aceptar su competencia:

“137. The Arbitral Tribunal notes that Impregilo was one of the parties in the consortium that was granted the concession for water and sewage services for a certain area within the Province of Buenos Aires. In accordance with the applicable requirements, the consortium formed an Argentine company, AGBA, with which the Concession Contract was concluded.

138. It follows from Article 1(1)(b) of the Argentina-Italy BIT that Impregilo’s shares in AGBA were protected under the BIT. If AGBA was subjected to expropriation or unfair treatment with respect to its concession – an issue to be determined on the merits of the case – such action must also be considered to have affected Impregilo’s rights as an investor, rights that were protected under the BIT.

139. The question of double compensation being granted would seem to the Arbitral Tribunal to be a theoretical rather than a real practical problem. It seems obvious that if compensation were granted to AGBA at domestic level, this would affect the claims that Impregilo could make under the BIT, and conversely, any compensation granted to Impregilo at international level would affect the claims that could be presented by AGBA before Argentine courts”.

El tercer argumento presentado por Argentina tenía que ver con el carácter contractual y no convencional de los incumplimientos alegados por la demandante. El tribunal, sin embargo, distinguió entre el incumplimiento de las obligaciones contraídas por la empresa concesionaria y el incumplimiento de las obligaciones convenidas en virtud del APPRI y terminó aceptando su jurisdicción:

“178. The Concession Contract provides in Article 16.7 that any dispute arising between the Granting Authority and the Concessionaire related to the interpretation and performance of the Contract shall be resolved by the administrative courts of competent jurisdiction in and for the city of La Plata and that the parties waive any other applicable jurisdiction or venue.

179. It should then be immediately observed that it was AGBA, and not Impregilo, that concluded the Concession Contract and made this undertaking in regard to dispute resolution.

180. The Arbitral Tribunal considers that the wording of Article 16.7 of the Concession Contract cannot be considered to exclude recourse to a remedy under the BIT in cases where a dispute arises about acts which might constitute breaches of both the Concession Contract and the BIT.

181. The suggestion that AGBA's undertaking in the Concession Contract should be considered as a waiver by Impregilo of its right to initiate proceedings based on the BIT seems to be far-fetched and unconvincing.

182. It should also be observed that Impregilo's main claims in this arbitration concern acts that are alleged to constitute expropriation, unfair treatment and discrimination, which are all claims that go beyond mere contractual breaches even if the factual basis of the two types of claims may to a large extent coincide".

Por otra parte, en el caso *Abaclat y otros (antes denominado Giovanna a Beccara y otros) c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/05, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad de 4-8-2011), se han planteado ciertas cuestiones relativas a la validez del consentimiento al arbitraje. El tribunal examinó no sólo la existencia de un documento escrito que incorpore el consentimiento arbitral, sino también la validez del mismo, considerando que el único requerimiento a efectos de validez del consentimiento es que éste sea otorgado de manera libre e informada. Además, el tribunal entendió que otros requisitos de validez aplicables de acuerdo a las leyes nacionales para ciertas clases de contratos son irrelevantes, por lo que no han de tenerse en cuenta en este caso:

“446. (...) [I]t is the Request for arbitration that embodies the consent of the investor, unless the investor has otherwise previously expressed its consent, e.g., in a notice of dispute. Where such Request is filed by a lawyer, that lawyer must be duly authorized to do so, based on an appropriate power of attorney (...).

477. (...) the validity of such power attorney as embodiment expression of an investor's consent is thus subject to general principles of international law. Indeed, one must distinguish the validity of the power of attorney itself and the validity of the consent embodied therein. While the former is a matter of procedure (and thereby of admissibility) and is regulated in Rule 18 ICSID Arbitration Rules, the latter is a matter of jurisdictional and subject to the law applicable to the consent itself, i.e., international law.

(...)

453. The Tribunal holds that the Power of Attorney constitutes a written power of attorney and contains a clear and unambiguous expression of irrevocable

consent by the relevant claimant to initiate ICSID arbitration against Argentina in relation to its non-payment of amounts due under the relevant bonds, and to entrust White & Case with the conduct of such arbitration. Based thereon, this Power of Attorney constitutes a written consent in the sense of Article 25 (1) ICSID Convention.

454. Further, the Tribunal finds that:

- Whether or not this power of Attorney also complies with Italian law or law of the District of Columbia is irrelevant for the purpose of assessing its validity under Article 8 BIT and Article 25(1) ICSID convention. This conclusion is based on the assumption that the Powers of Attorney were signed by the relevant Claimants (...).

- In addition, Claimants' intention to participate to ICSID proceedings is further confirmed by the series of further documents, such as copies of identification documents and documents establishing the holding of the security entitlement, which each claimant had to submit together with the TFA Mandate Package.

(...)

461. The Tribunal holds that the TFA Mandate Package contains sufficient information to allow claimants to make an informed consent. It clearly sets forth that during the ICSID arbitration Claimants cannot simultaneously initiate legal claims against the TFA member banks and that the statute of limitation for such claims is not tolled (...).

462. Thus, based on the information contained in the Mandate Package the Tribunal finds that it allowed Claimants to make an informed choice between (i) ICSID arbitration at the cost of TFA and the temporary detriment of Claimants' potential claims against TFA's member banks, or (ii) civil litigation against the banks, at claimants' own expense and without the opinion simultaneous ICSID arbitration against Argentina.

(...)

465. Consequently, the Tribunal considers that there is at this stage no indication that Claimants' consent to ICSID arbitration through the TFA Mandate Package and the initiation of the present proceedings by White & Case in accordance with such package would be invalid".

Finalmente, merece destacar la respuesta del tribunal frente a otro de los argumentos presentados por la demandada por el que condicionaba el consentimiento al arbitraje a la aplicación del mecanismo previsto en los Artículos 8.1 y 8.2 del APPRI, que establece el recurso previo a las negociaciones y la obligación de litigar durante 18

meses antes de acudir al arbitraje. El tribunal determinó bajo qué circunstancias era posible el arbitraje CIADI en los términos del consentimiento prestado por Argentina:

“496. The Tribunal is of the opinion that the negotiation and 18 month litigation requirements relate to the conditions for implementation of Argentina’s consent to ICSID jurisdiction and arbitration, and not the fundamental question of whether Argentina consented to ICSID jurisdiction and arbitration. Thus, any non-compliance with such requirements may not lead to a lack of ICSID jurisdiction, and only – if at all – to a lack of admissibility of the claim, and will thus be addressed when dealing with issues of admissibility”.

2. La jurisdicción *ratione materiae* y *ratione personae*: el concepto de inversión extranjera y la nacionalidad del inversor

En el caso *Perenco Ecuador Limited c. Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (Caso CIADI n° ARB/08/6, Decisión sobre Jurisdicción de 30-6-2011), el tribunal respondió a las objeciones a la jurisdicción planteadas por la demandada. En concreto, el tribunal centró su examen en las dos objeciones destinadas a impugnar su jurisdicción *ratione materiae* (distinguiendo entre las reclamaciones relativas al Bloque 7 y las que se refieren al Bloque 21) y *ratione personae*, pues, la cuestión de la competencia en relación con las reclamaciones fundadas en el APPRI quedó remitida a su decisión sobre el fondo.

Por lo que respecta a su jurisdicción *ratione materiae* sobre las reclamaciones relativas al Bloque 21, se alegó por la demandada que esta reclamación no quedaba cubierta por las cláusulas del Contrato de Participación, en particular, por la cláusula 20.2 del Contrato y su Anexo XVI, que debían ser leídos conjuntamente. En virtud de la cláusula 20.2, titulada “arbitraje técnico y/o económico”, sólo los asuntos técnicos que se refiriesen a aspectos económicos o los asuntos económicos con una dimensión técnica derivados de la participación en el Bloque 21 pueden ser sometidos a arbitraje. El tribunal consideró que, a través del Anexo XVI del Contrato de Participación, las partes expresamente habían acordado que, una vez en vigor el Convenio CIADI para Ecuador, cualquier controversia técnica y/o económica derivada de la aplicación de dicho Contrato debería ser resuelta a través del arbitraje CIADI conforme a las previsiones del Convenio, dejando sin efecto el procedimiento arbitral previsto en la cláusula 20 del Contrato. Así, el tribunal rechazó los argumentos de la demandada:

“134. The Tribunal is of the view that this interpretation based on the opposition of ‘legal’ versus ‘technical and/or economic’ cannot be accepted as would result in depriving Annex XVI of its applicability in general. The ICSID Convention requires dispute to be a legal one. This requirement was adopted, after some discussion, and was explained in the Report of the Executive directors which states

“26. ... The expression ‘legal dispute’ has been used to make clear that while conflicts of rights are within the jurisdiction of the Centre, mere

conflicts of interests are not. The dispute must concern the existence or scope of a legal right or obligation, or the nature or extent of the reparation to be made for breach of a legal obligation’.

135. The Parties to the Block 21 Participation contract agree, in its Annex XVI, ‘to submit to the INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES any technical and/or economic dispute relating to this Participation Contract’. It is thus the task of the Tribunal to ascertain whether the contractual claims advanced by Perenco in this arbitration concern a ‘technical’ or ‘economic’ dispute relating to the Block 21 Participation Contract. The language ‘and/or’ suggests that the dispute does not need to be of a cumulative nature, i.e., ‘technical and economic’. The Tribunal does not accept the Respondents’ attempt to treat ‘and/or’ as requiring that a dispute be technical and economic.

(...)

137. The Tribunal accepts that the alleged violation of the Ecuadorian Constitution, its provisions on confiscation, discrimination and retroactivity of laws concerns essentially legal matters, and cannot qualify as a ‘technical and/or economic dispute relating to [the] Participation Contract. These matters are not covered by the Parties’ consent to arbitration under Annex XVI and therefore lie outside the Tribunal’s competence.

(...)

145. The Claimant is of the view that Law 42 and its Implementing Regulation, ‘in effect unilaterally amended the participation percentages’, despite the fact that clause 15.2 of the Contract expressly provides that ‘any amendments to participation contracts require mutual agreement of the parties’. Claimant alleges that Ecuador breached its obligations under the Contract, in particular clause 8.1.’

146. The aim of Law 42 and its Implementing Regulations was to affect the economic conditions of the contracts in order ‘to maintain the economic equilibrium of the relationship between the investor and the government’... The Tribunal has no doubt that the dispute concerning the participation percentages in the share of the produced crude oil qualifies as an ‘economic dispute relating to th[e] Participation Contract’ in the sense of Annex XVI”.

En cuanto a la jurisdicción del tribunal sobre las reclamaciones relativas al Bloque 7, la parte demandada sostenía que esta objeción era extemporánea conforme a las Reglas de Arbitraje del CIADI, cuyo Artículo 41.1 exige que las objeciones a la jurisdicción se presenten tan pronto como sea posible, lo que Ecuador demoró hasta el 17-11-2009, fecha en la que presentó su escrito de réplica a la jurisdicción. Sin embargo, el tribunal entendió que la cláusula 20.3 del Contrato de Participación en el Bloque 7 preveía el recurso al arbitraje del CIADI para las disputas relativas al cumplimiento del referido

Contrato en el Bloque 7, por lo que estas disputas entrarían en el ámbito de la competencia del tribunal en la medida en que las reclamaciones de la demandante se referían precisamente a este tipo de controversias.

Respecto a la jurisdicción *ratione personae*, la demandada alegó que *Petroecuador* no había sido designada como parte en el Contrato según exige el Artículo 25.1 del Convenio CIADI. A tal efecto, sostenía que *Petroecuador* no podía ser considerada parte en los Contratos de Participación en los Bloques 7 y 21, dado que en su letra se indicaba claramente que las partes en los mismos eran el contratista y Ecuador. A los efectos de determinar su jurisdicción sobre *Petroecuador*, el tribunal analizó los términos que utilizan los Contratos para identificar a las partes, el alcance de la personalidad jurídica de *Petroecuador*, así como su grado de autonomía para asumir derechos y obligaciones distintos a los que le fueron delegados por Ecuador, manifestando que:

“187. The Tribunal is confident that Perenco, Ecuador and Petroecuador all understood that the sentence ‘through Petroecuador’ was intended to create an agency or representative relationship between Ecuador and Petroecuador. Such an explanation becomes undisputable in light of Clause 3.3.32 of the Participation Contract for Block 21 which specifies that ‘PETROECUADOR’ ‘represents the Ecuadorian State’.

188. Absent express or unequivocal reference to the contrary, an agent or representative cannot be regarded as an independent party to a contract. Therefore, unless it is proven that Petroecuador could act independently from Ecuador’s instruction, on its own initiative and for its own benefit, Petroecuador cannot be considered a party to the Participation Contracts.

(...)

199. In the Tribunal’s view, the fact that Petroecuador has a juridical personality distinct from Ecuador does not demonstrate that Petroecuador is a party to the Participation Contracts, nor does it prove or deny the agency relationship between Ecuador and Petroecuador. Petroecuador’s juridical personality is no more than evidence of Petroecuador’s legal existence.

(...)

210. The Tribunal notes that Petroecuador’s obedience to Ecuador’s instructions is reflected by Petroecuador’s implementation of Law 42. If, as Claimant contends, Petroecuador enjoyed so much autonomy that it made Petroecuador a party to the Contracts, Petroecuador did not have to comply with Law 42 allegedly modified the contracts. In the Tribunal’s view, Petroecuador’s compliance with Ecuador’s instruction to implement Law 42 is evidence that Petroecuador never reached the level of autonomy that would make it an independent party to the Contracts.

(...)

227. Neither the enactment of Law 42 nor any of the subsequent actions which seem to form the basis of Claimant's claims were acts of Petroecuador. They were actions taken by Ecuador. As an independent entity, Petroecuador is not responsible for the acts performed by another entity, i.e. Ecuador.

(...)

229. Two factors show that Petroecuador was obliged to implement Law 42. First, as representative of Ecuador, Petroecuador had the legal duty to comply with Ecuador's instructions. Second, as a juridical person of the Ecuadorian state, Petroecuador also had the obligation to comply with applicable State laws. In the Tribunal's view, Petroecuador cannot reasonably be held liable for following Ecuador's instructions and complying with Ecuador's mandatory laws and regulations".

En función de todo lo anterior, el tribunal declaró que carecía de jurisdicción *ratione personae* sobre *Petroecuador*.

En el caso *Abaclat y otros (antes denominado Giovanna a Beccara y otros) c. Argentina* (Caso CIADI nº ARB/07/05, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad de 4-8-2011), se han planteado cuestiones interesantes respecto al alcance del término "inversión" y del concepto de "inversor" previstos en el APPRI celebrado entre Argentina e Italia. Como cuestión inicial, el tribunal tuvo que determinar si las reclamaciones de las partes eran puramente de tipo contractual (lo que, en principio privaría de jurisdicción al tribunal arbitral) o de naturaleza convencional y fundadas en la violación de Argentina de sus obligaciones convencionales conforme al APPRI. Sobre esta cuestión el tribunal consideró que:

"325. (...) It is only relevant to note that the dispute, and in particular Claimants' claims and Argentina defence thereto, relate to the actions Argentina took in order to remedy its financial insolvency. Such actions were based on a sovereign decision of Argentina outside of a contractual framework. Thus, Argentina's actions were the expression of State power and not of rights or obligations Argentina had as debtor under a specific contract.

326. Consequently, the Tribunal considers that the claims brought forward by Claimants in the present arbitration are not pure contractual claims but treaty claims based on acts of a sovereign, which claimants allege are in breach of Argentina's obligations under the BIT".

Por lo que se refiere al término "inversión", las partes discrepaban respecto a si las reclamaciones fundadas en el APPRI podían considerarse como "inversión" en el sentido del Artículo 1 del APPRI y del Artículo 25 del Convenio CIADI, dado que el demandado rechazaba que los activos financieros pudieran calificarse de inversiones

con el alcance que le otorgan a dicho término aquellas disposiciones. En particular, las reclamaciones no satisfacían los requisitos exigidos por la jurisprudencia arbitral que ha interpretado el Artículo 25 del Convenio CIADI, conocidos como “factores *Salini*”. Asimismo, la inversión tampoco se había realizado en el “territorio de Argentina” ni en cumplimiento con el “Derecho argentino”, como exige el Artículo 1 del APPRI. Por el contrario, la demandante sostenía que los activos financieros y fondos sí constituían una inversión en los términos de los Artículos 25.1 del Convenio CIADI y del Artículo 1 del APPRI. En concreto, los activos financieros y los fondos serían una inversión conforme a las letras c) y g) del Artículo 1 del APPRI, que califica como inversión, respectivamente, a “obligaciones, títulos públicos o privados o cualquier otro derecho a prestaciones o servicios que tengan un valor económico” o “cualquier derecho de tipo económico conferido por ley o por contrato”.

En orden a establecer su jurisdicción *ratione materiae* sobre la controversia, el tribunal procedió a determinar si las reclamaciones de las partes pueden considerarse como una “inversión” en el sentido del APPRI:

“353. Analysing the structure of the various subsections of Article 1 (1), it appears that they reflect a categorization of various types of investments from the perspective of rights and values that they generate: (a) refers to property rights on movable and immovables, (b) relates to participation into companies, (c) refers to financial instruments, (d) refers to credits, (e) to rights on immaterial property and technology transfer, and (f) to all kinds of further rights of economic value.

354. Firstly, this list covers an extremely wide range of investments, using a broad wording and referring to formulas such as ‘independent of the legal form adopted’, or ‘any other’ kind of similar investment. It even contains a residual clause in lit. (f), encompassing ‘any right of economic nature conferred under law or contract’. In other words, the definition provided for in article 1 (1) is not drafted in a restrictive way. Based on its wording, as well as on the broader aim of the BIT as described in the Preamble, Article 1 (1) cannot be seen to have intended to adopt a restrictive approach with regard to what kind of activity or dealing was meant to qualify as an investment.

355. Secondly, lit. (c) specifically addresses financial instruments. It is true that the term ‘obligations’ is a broad term and can refer to any kind of contractual obligation, i.e., debt, and it is also true that the term ‘title’ is also very broad. However, put in the context of the further terms listed in lit. (c) such as ‘economic value’ or ‘capitalized revenue’, as well as considering that lit. (f) already deals with the more general concept of ‘any right of economic nature’, lit. (c) is to read as referring to the financial meaning of these terms. Thus, the term ‘obligation’ may be understood as referring to an economic value incorporated into a credit title representing a loan. This kind of obligations would in the English language more commonly be called ‘bond’, rather than ‘obligation’. Similarly, the term ‘title’ in Spanish and Italian would be more accurately translated into English

term of `security`, which means nothing more than a fungible, negotiable instrument representing financial value.

356. Thus, the Tribunal finds that the bonds (...), constitute `obligations` and/or at least `public securities` in the sense of Article 1 (1) lit. (c) of the BIT.

357. With regard to the security entitlements that Claimants hold in these bonds, they also represent `securities` in the sense of Article 1 (1) lit. (c), since they constitute an instrument representing a financial value held by the holder of the security entitlement in the bond issued by Argentina”.

“361. Consequently, the bonds and Claimants’ security entitlements therein are both to be considered `investments` in the sense of Article 1 (1) lit. (c) BIT”.

A continuación, el tribunal verificó si estos fondos y activos podían calificarse como “inversión” de acuerdo al Artículo 25 del Convenio CIADI, utilizando como criterio el hecho de que las aportaciones de los demandantes hayan creado un valor que las partes tengan la intención de proteger a través del APPRI:

“362. Under Article 25 ICSID Convention, the relevant question is whether the bonds and the security entitlements therein were generated by a contribution that is in line with the spirit and aim of Article 25 ICSID Convention.

(...)

366. In this respect, there is no doubt that claimants made a contribution: They purchased security entitlements in the bonds and thus, paid certain amount of money in exchange of the security entitlements. The value generated by this contribution is the right attached to be the security entitlements to claim reimbursement from Argentina of the principal amount and the interest accrued. As mentioned above, this rights is protected under article 1 (1) lit. (c) of the BIT.

367. Consequently, the Tribunal finds that Claimants’ purchase of security entitlements in Argentinean bonds constitutes a contribution which qualifies as `investments` under Article 25 ICSID Convention”.

Asimismo, el tribunal se pronunció sobre la legalidad de la inversión rechazando el argumento de la demandada que sostenía que las inversiones se habían realizado en violación de la regulación bancaria italiana que prevé ciertas restricciones de venta aplicables a los fondos, lo que invalidaba la inversión conforme al Artículo 8.7 del APPRI:

“384. With regard to the `lawfulness` of the investment, which form part of the definition of the concept of investment under Article 1 (1) BIT, Article 1(1) par.1 merely requires that the investments be made `in compliance with the laws

and regulations of the [Host State], i.e., Argentina. It is undisputed between the Parties that the bonds have been issued by Argentina in accordance with the relevant laws and regulations. As such, they were made `in compliance with the laws and regulations of Argentina´.

385. The alleged breach of applicable regulations respondent relies on, concerns breaches allegedly committed by the Italian banks and not by Claimants. As mentioned above, such breaches should not be relevant for the purpose of examining Claimants´ rights and Argentina´s obligations under the BIT. As such, an alleged misconduct of the Italian banks may not render the security entitlements unlawful pursuant to Article 1 (1) BIT. Whether it may render such investment invalid under the laws applicable to the dispute according to Article 8 (7) BIT is an issue to be dealt with at the merits stage of the present dispute, subject to the Tribunal´s findings on jurisdiction.

386. Consequently, the relevant bonds and Claimants´ security entitlements therein are both to be considered made `in compliance with the laws and regulations of [Argentina] pursuant to Article 1 (1) BIT”.

Respecto al concepto de “inversor”, el tribunal clarificó bajo qué condiciones pueden las personas físicas y jurídicas beneficiarse de la protección que ofrece el APPRI. A tal efecto, la demandada sostenía que los demandantes no son inversores en el sentido del Artículo 1.2 del APPRI ya que, por un lado, no habían realizado una inversión en el territorio de Argentina y, por otro, su condición de titulares de activos financieros había sido adquirida a través de múltiples intermediarios vinculados con aseguradoras y contratos subyacentes. Además, los demandantes no habían demostrado de manera fehaciente haber cumplido con los requerimientos de nacionalidad del Artículo 25 del Convenio CIADI ni tampoco con los requisitos de nacionalidad y domicilio exigidos por el APPRI y su Protocolo Adicional. En cuanto a las personas jurídicas, la demandada afirmaba que su imposibilidad para ser parte en el arbitraje deriva de la carencia de personalidad jurídica. Por el contrario, la demandante argumentaba que el hecho de poseer personalidad jurídica no era un prerrequisito para calificar a una “persona jurídica” conforme el Artículo 1.2 del APPRI, dado que este término no sólo alude a las entidades que posean personalidad jurídica sino que se refiere a otro elemento como la capacidad de litigar de la entidad.

En primer lugar, el tribunal se pronunció respecto a las condiciones para que una “persona física” pueda considerarse inversor a los efectos de la protección que brinda el APPRI:

“411. With regard to Respondent´s objection as to the quality of investors of Claimants, it is based on the allegedly remote connection between the security entitlements and the original underwriters and underlying bonds. This objection has to be rejected for the Tribunal has come to the conclusion, (...), that not only the bonds themselves, but also any security entitlements held in those bonds and distributed by the Participants and other Intermediaries to Claimants constitute

an investment in the sense of Article 1 BIT and Article 25 ICSID Convention. Thus, to the extent that Claimants are holders of such security entitlements, they are to be considered `investors´ under the terms of the BIT and subject to the Tribunal´s jurisdiction *rationae personae*.

“412. (...) at this stage of the proceedings, it is sufficient to establish that pursuant to the relevant legal provisions, the Tribunal has jurisdiction *rationae personae* over each and any Claimant being a natural person (i) with Italian nationality on 14 September 2006 and 7 February 2007, (ii) who on either date was not also a National of the Argentine Republic, (iii) who was not domiciled in the Argentine Republic for more than two years prior to making the investment, and (iv) has made an investment falling under scope, whereby Claimants having purchased a security entitlement in one of the concerned bonds issued by Argentina are to be considered `investors´”.

En segundo lugar, el tribunal determinó en qué circunstancias una entidad puede calificarse como “persona jurídica” conforme al APPRI:

“416. With regard to the nature of the capacity necessary for corporations to benefit from the protection of the BIT and be a party to the present arbitration, the Tribunal is of the opinion that neither Article 1 (2) BIT nor Article 25 ICSID Convention limits the scope of eligible entities to those having full legal capacity, and also encompasses entities which enjoy limited civil capacity to the extent that such entities have the capacity to make an investment under the BIT and further to sue and to be sued.

417. (...) (iii) Where a non-natural investor falls within the definition of juridical persons provided for in the BIT, and where such investor has under the law applicable to it the legal capacity to acquire an investment protected under the BIT and to sue and to be sued, it would be contrary to the purpose of the BIT and the ICSID Convention to deny such investor the capacity to initiate ICSID arbitration (...).

418. Having regard to these considerations, the Tribunal finds that in order to qualify as `juridical person´ under Article 1 (2) (b) BIT it is sufficient that Italian law affords those Claimants who constitute entities or other forms of organizations with the capacity to make the investment and the right to litigate in their own name. It is not necessary that they be granted full legal personality under Italian law.

(...)

420. In addition, in order to benefit from the protection of the BIT and be a party to the present arbitration, these entities must fulfil the criteria of `Italian nationality´. According to general international law, applied to corporate entities and other forms of organizations, the nationality requirements means that such

entities and organizations must be duly constituted and organized under Italian law and/or have their *siège social* in Italy. These requirements do not really seem to be disputed between the Parties, Respondent's objections focusing solely on whether they have been met. This question is however premature at this stage and will be examined when dealing with questions relating to individual Claimants.

421. Consequently, at this stage of the proceedings, it is sufficient to establish that pursuant to the relevant legal provisions the Tribunal has jurisdiction *rationae personae* over each and any claimant being a juridical person with Italian nationality on 14 September 2006, meaning that it was on such date constituted in compliance with the legislation of Italy, had its *siège social* in the territory of Italy, and was recognized by Italian law in the sense that it had the civil capacity to make such investment and to litigate in its own name".

Cabe preguntarse si esta decision adoptada por el tribunal arbitral puede servir como precedente en la solución de dos casos todavía pendientes y también relacionados con los tenedores de deuda pública argentina [*Giovanni Alemanni y otros c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/8) y *Giordano Alpi y otros c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/08/9)].

III. LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DEL ESTADO RECEPTOR DE LA INVERSIÓN⁷

En este epígrafe se analizan las decisiones tomadas por los tribunales arbitrales respecto al cumplimiento de las obligaciones sustantivas previstas en los diversos acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones.

1. La plena protección y seguridad de las inversiones

2. El trato justo y equitativo

En el caso *Total S.A. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/04/1, Laudo sobre responsabilidad de 27-12-2010) y el caso *Impregilo S.p.A. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/17, Laudo de 21-6-2011), los tribunales encargados de resolver las demandas interpuestas contra Argentina, llevaron a cabo en el marco de sus decisiones un análisis sobre el alcance y contenido del estándar de trato justo y equitativo articulado en los APPRI celebrados entre Francia y Argentina y Argentina e Italia, respectivamente, utilizando para ello las reglas sobre interpretación de los tratados internacionales establecidas en el Artículo 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (BOE, 13-6-1980) y atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso. En el caso *Total S.A. c. Argentina*, el tribunal en su decisión sobre responsabilidad inició su

⁷ Epígrafe elaborado por el Prof. Dr. Fernando Lozano Contreras (Universidad de Alcalá).

análisis refiriéndose, en líneas generales, a la interpretación que debe dársele al estándar de trato justo y equitativo recurriendo para ello al Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados:

“107. The fair and equitable treatment standard is, by contrast, an autonomous standard, although its exact content is not predefined, except in cases where a treaty provides additional specifications, which is not the case for the France-Argentina BIT. Since this standard is inherently flexible, it is difficult, if not impossible, “to anticipate in the abstract the range of possible types of infringements upon the investor’s legal position”. Its application in a given case must take into account relevant State practice and judicial or arbitral case law as well as the text of the BIT and other sources of customary or general international law.

108. The meaning of various fair and equitable treatment clauses has been tested in several investment disputes and the issue has been dealt with by a number of academic writings, including by the most prominent scholars in the field of international investment law. Some tribunals have started from the ordinary meaning of the term, in accordance with Article 31(1) of the Vienna Convention of the Law of Treaties (“VCLT”), recalling the dictionary definitions of just, even-handed, unbiased, legitimate. On the other hand, one cannot but agree with Judge Higgins’ observation in the *Oil Platforms* case, that “the key terms “fair and equitable treatment to nationals and companies”... are legal terms of art well known in the field of overseas investment protection”.

109. On the premise that a “judgement of what is fair and equitable cannot be reached in the abstract; it must depend on the fact of the particular case” and that “the standard is to some extent a flexible one which must be adapted to the circumstances of each case”, tribunals have endeavoured to pinpoint some typical obligations that may be included in the standard, as well as types of conduct that would breach the standard, in order to be guided in their analysis of the issue before them.

110. A breach of the fair and equitable treatment standard has been found in respect of conduct characterized by “arbitrariness” and of “acts showing a wilful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith”. It has been also held that the standard requires “treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment”, thereby condemning conduct that is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic or that “involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety – as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in administrative process.” Awards have found a breach in cases of discrimination against foreigners and “improper and discreditable” or “unreasonable” conduct. This does not mean that bad faith is necessarily required

in order to find a breach: “A State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith”.

A continuación, el tribunal se refirió al principio de confianza legítima. El tribunal tuvo que valorar si los compromisos suscritos entre las demandantes y las autoridades argentinas habían creado una serie de legítimas expectativas en aquellas. Para ello el tribunal realizó, primero, una interpretación del principio de protección de las expectativas legítimas del inversor tomando en consideración la estabilidad, la previsibilidad y la coherencia de la legislación del Estado receptor de la inversión, la capacidad del Estado para ejercer su soberanía y tomar medidas legislativas o administrativas relativas a la inversión extranjera, el contenido del APPRI y la conducta de las autoridades del Estado receptor de la inversión; para a continuación determinar el contenido del estándar a la luz de los principios de DI:

“123. On the other hand, the host State’s right to regulate domestic matters in the public interest has to be taken into consideration as well. The circumstances and reasons (importance and urgency of the public need pursued) for carrying out a change impacting negatively on a foreign investor’s operations on the one hand, and the seriousness of the prejudice caused on the other hand, compared in the light of a standard of reasonableness and proportionality are relevant. The determination of a breach of the standard requires, therefore, “a weighing of the Claimant’s reasonable and legitimate expectations on the one hand and the Respondent’s legitimate regulatory interest on the other.” Thus an evaluation of the fairness of the conduct of the host country towards an investor cannot be made in isolation, considering only their bilateral relations. The context of the evolution of the host economy, the reasonableness of the normative changes challenged and their appropriateness in the light of a criterion of proportionality also have to be taken into account.

124. Besides such an objective comparison of the competing interests in context, the conduct of the investor in relation to any undertaking of stability is also, so to speak “subjectively”, relevant. Tribunals have evaluated the investor’s conduct in this respect, highlighting that BITs “are not insurance policies against bad business judgments” and that the investor has its own duty to investigate the host State’s applicable law.

125. The commitment to fair and equitable treatment in Article 3 of the BIT relates to a treatment that must be in conformity with the principles of international law (“*conforme a los principios de Derecho Internacional / en conformité des principes du droit international*”). The parties have discussed whether this reference is to a minimum standard, as suggested by Argentina, or whether it sets forth an autonomous standard, as submitted by Total. For the reasons stated hereunder the Tribunal is of the opinion that the phrase “fair and equitable in conformity with the principles of international law” cannot be read as “treatment required by the minimum standard of treatment of aliens/investors under international law.” This is irrespective of the issue of whether today there

really is a difference between this traditional minimum standard and what international law generally requires as to treatment of foreign investors and their investments.

126. In order to elucidate the content of the treatment required by Article 3 in conformity with international law, a tribunal is directed to look not just to the BIT in isolation or the case law of other arbitral tribunals in investment disputes interpreting and applying similarly worded investment protection treaties, but rather to the content of international law more generally.

127. The Tribunal will, therefore, proceed to further interpret the “fair and equitable treatment” standard looking also at general principles and public international law in a non BIT context. This approach is consistent with the interpretation of Article 3 of the France Argentina BIT by the “*Vivendi II*” tribunal which has expressed the view we have developed above, namely, that: “The Tribunal sees no basis for equating principles of international law with the minimum standard of treatment ... the reference to principles of international law supports a broader reading that invites consideration of a wider range of international law principles than the minimum standard”. The views expressed by commentators on the French model BIT, from which the phrase derives, are consistent with these conclusions.

128. Since the concept of legitimate expectations is based on the requirement of good faith, one of the general principles referred to in Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice as a source of international law, the Tribunal believes that a comparative analysis of the protection of legitimate expectations in domestic jurisdictions is justified at this point. While the scope and legal basis of the principle varies, it has been recognized lately both in civil law and in common law jurisdictions within well defined limits.

(...)

131. Under international law, unilateral acts, statements and conduct by States may be the source of legal obligations which the intended beneficiaries or addressees, or possibly any member of the international community, can invoke. The legal basis of that binding character appears to be only in part related to the concept of legitimate expectations—being rather akin to the principle of “estoppel”. Both concepts may lead to the same result, namely, that of rendering the content of a unilateral declaration binding on the State that is issuing it (...).

Como consecuencia de dicho análisis, el tribunal en los párrafos 184, 346, 444, 455 y 461 de su decisión concluyó que algunas de las medidas adoptadas por Argentina durante la crisis y que afectaron a las inversiones que la empresa francesa había realizado en los sectores de gas, petróleo y electricidad contravenían el estándar de trato justo y equitativo articulado en el APPRI celebrado entre Francia y Argentina:

“333. The fair and equitable treatment standard of the BIT has been objectively breached by Argentina’s actions, in view of their negative impact on the investment and their incompatibility with the criteria of economic rationality, public interest (after having duly considered the need for and responsibility of governments to cope with unforeseen events and exceptional circumstances), reasonableness and proportionality. A foreign investor is entitled to expect that a host state will follow those basic principles (which it has freely established by law) in administering a public interest sector that it has opened to long term foreign investments. Expectations based on such principles are reasonable and hence legitimate, even in the absence of specific promises by the government. Hence, the fair and equitable standard has been breached through the setting of prices that do not remunerate the investment made nor allow reasonable profit to be gained contrary to the principles governing the activities of privately owned generators under Argentina’s own legal system. This is especially so in the utility or general interest sectors, which are subject to governmental regulation (be it light or strict), where operators cannot suspend the service, investments are made long term and exit/divestment is difficult”.

En el caso *Impregilo S.p.A. c. Argentina* se aprecia una posición similar. El tribunal arbitral nuevamente trató de determinar si hubo incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo por parte de las autoridades argentinas. Para ello también valoró las expectativas legítimas de los inversores para concluir afirmando que Argentina no le concedió a *Impregilo* un trato justo y equitativo:

“325. The Arbitral Tribunal considers that, once the value of the peso was determined by market conditions, the balance provided for in Article 12.1.1 no longer existed and that, according to Article 12.1.1, it was then incumbent on the Province, in order to treat AGBA in a fair and equitable manner, to find appropriate solutions to restore the envisaged balance. In other words, since the new exchange rate caused by the abolition of the fixed legal rate had highly detrimental effects on AGBA, the Province should have offered AGBA a reasonable adjustment of its obligations under the Concession Contract.

(...)

329. Moreover, it appears that the Province was reluctant to renegotiate the Concession Contract. The position of the Province is reflected in a letter of July 23, 2002 to ORAB in which the Undersecretary of Public Services of the Province indicated that adjustments in favor of AGBA should not be made, as this would have negative effects for the customers whose economic interests required protection.

330. Since the disturbance of the equilibrium between rights and obligations in the concession was essentially due to measures taken by the Argentine legislator, it must have been incumbent on Argentina to act to effectively restore an equilibrium on a new or modified basis. Although Argentina has attributed the

failure of the negotiations to what it regarded as AGBA's unreasonable demands, it does not appear that Argentina took any measures to create for AGBA a reasonable basis for pursuing its tasks as concessionaire which had been negatively affected by the emergency legislation, including the New Regulatory Framework.

331. In these circumstances, the Arbitral Tribunal considers that Argentina, by failing to restore a reasonable equilibrium in the concession, aggravated its situation to such extent as to constitute a breach of its duty under the BIT to afford a fair and equitable treatment to Impregilo's investment".

3. El trato nacional

En el caso *Total S.A. c. Argentina* la empresa francesa sostuvo que algunas de las medidas adoptadas por Argentina durante el periodo de crisis por el que atravesó el país (pesificación y congelación de las tarifas de los suministros) contra sus inversiones y las inversiones llevadas a cabo por otras empresas extranjeras gestoras de los suministros de energía eran discriminatorias, comparadas con las medidas dictadas por esas mismas autoridades en otros sectores cuya gestión recaía en empresas nacionales. En primer lugar, el órgano arbitral se pronunció respecto a los caracteres que presenta el concepto de trato discriminatorio:

"210. In order to determine whether treatment is discriminatory, it is necessary to compare the treatment challenged with the treatment of persons or things in a comparable situation. In economic matters the criterion of "like situation" or "similarly-situated" is widely followed because it requires the existence of some competitive relation between those situations compared that should not be distorted by the State's intervention against the protected foreigner. This is inherent in the very definition of the term "discrimination" under general international law that:

"Mere differences of treatment do not necessarily constitute discrimination (...) discrimination may in general be said to arise where those who are in all material respects the same are treated differently, or where those who are in material respects different are treated in the same way."

The elements that are at the basis of likeness vary depending on the legal context in which the notion has to be applied and the specific circumstances of any individual case.

211. Under international investment agreements, both national treatment and most favoured-nation treatment require such a comparative analysis. Moreover, the national treatment obligation does not preclude all differential treatment that could affect a protected investment but is aimed at protecting foreign investors from *de iure* or *de facto* discrimination based on nationality.

212. Therefore a claimant complaining of a breach by the host State of the BIT's national treatment clause: (i) has to identify the local subject for comparison; (ii) has to prove that the claimant-investor is in like circumstances with the identified preferred national comparator(s); and (iii) must demonstrate that it received less favourable treatment in respect of its investment, as compared to the treatment granted to the specific local investor or the specific class of national comparators.

El tribunal arbitral dictaminó en su decisión sobre responsabilidad que dicha discriminación no tuvo lugar, reconociendo el margen de discrecionalidad del que los Estados gozan a la hora de ordenar su economía:

213. In view of the above, the Tribunal concludes that the absence of the term "like" in Article 4 of the BIT is not decisive since this element is inherent in an evaluation of discrimination. To succeed in its national treatment claim Total therefore has to prove that Argentina accorded it less favourable treatment, in respect of its investments, than that accorded to national investors in like circumstances or situations to Total. The Tribunal cannot accept Total's statement that, under Article 4 of the BIT, measures of general application that have practically resulted in different treatment being accorded to investors in different sectors and irrespective of their different nationality can be considered *per se* discriminatory without any "in like circumstances" analysis. Moreover, different treatment between foreign and national investors who are similarly situated or in like circumstances must be nationality driven. Accordingly, a foreign investor who is challenging measures of general application as *de facto* discriminatory under Article 4 of the BIT has to show a *prima facie* case of nationality-based discrimination. The Tribunal believes that the allegations brought by Total have evidenced neither that the sectors are comparable nor that the differential treatment is motivated by nationality or results in a worse treatment for foreigners.

214. For the above-stated reasons, to find a breach of the national treatment obligation the relevant criterion is not just whether a sector has been treated differently, that is worse, than some other. Maintaining low energy prices by a hydrocarbon producing nation in order to bolster other sectors of its economy seems to be a widely practiced economic policy. It cannot be labelled by itself as discriminatory even if foreign investors are more heavily engaged in that natural resources sector. On the contrary, it is generally recognized that governments have considerable discretion in deciding how to treat and regulate different sectors of the economy in view of political and economic expediency. A finding of *de facto* discrimination in such a context would require that the claimant present a *prima facie* case of nationality-based discrimination without the host State proving that such different and less favourable treatment is not unreasonable.

215. It is the Tribunal's view that Total has failed to present a *prima facie* case of discrimination in various respects. First, as to pesification, this measure was applicable and hit all sectors of Argentina without distinction. The allegations made and examples given by Total in support of its national treatment claim do

not lend themselves to consideration as like sectors or situations. As to the differential treatment of different sectors of Argentina's economy (even if an inter-sector comparison would be admissible), Total failed to prove that such differential treatment was nationality-based. In this respect, the Tribunal notes that a national investor such as TECHINT (an investor in TGN like Total) was accorded the same treatment by Argentina in respect of its investment in TGN, as Total was accorded.

216. Furthermore, the Tribunal notes that the measures which Total complained of under Article 4 are also alleged by Total as a breach of Article 3. The Tribunal recalls the conclusion reached above that Argentina is in breach of Article 3 by not having made any adjustment to TGN's tariffs since July 1, 2002, and having failed to conclude the renegotiation process with TGN positively after more than seven years. Even if such conduct had been discriminatory, this would not add an additional element of illegality to conduct already found by the Tribunal to be unreasonable and in breach of the BIT, nor would this additional finding be relevant for the determination of damages".

4. El trato de nación más favorecida

5. La prohibición de expropiar injustificadamente

De nuevo en *Total S.A. c. Argentina e Impregilo S.p.A. c. Argentina*, los tribunales encargados de resolver ambos asuntos realizaron en el marco de sus decisiones un análisis sobre el alcance y contenido de la cláusula prevista en los APPRI celebrados por Francia y Argentina y Argentina e Italia que prohíbe al Estado receptor de la inversión adoptar injustificadamente medidas directas o indirectas de expropiación o nacionalización. En el caso *Total S.A. c. Argentina*, el tribunal arbitral que dictó el laudo sobre responsabilidad, basándose en las circunstancias del caso y la jurisprudencia arbitral, determinó que la empresa francesa que había realizado inversiones en los sectores de gas, electricidad y petróleo no había sufrido expropiación indirecta alguna con motivo de la puesta en marcha de las medidas adoptadas por Argentina a principios de la pasada década en respuesta a la profunda crisis económica por la que atravesó:

"196. In light of the above legal principles, the Tribunal turns to examine the merits of Total's claim that it is the victim of an indirect expropriation. The Tribunal considers that Total has not shown that the negative economic negative impact of the Measures has been such as to deprive its investment of all or substantially all its value. Therefore the Tribunal rejects Total's claim of indirect expropriation in breach of Article 5(2) of the BIT. We note that this conclusion is consistent with all of the previous arbitral precedents dealing with indirect expropriation claims brought by foreign investors in the utility sector under various BITs in respect of the same or similar measures of Argentina in 2001-2002. According to this uniform arbitral case law, Argentina's Measures have been considered to not give rise to an indirect expropriation under various BITs, in the absence of an effective deprivation of the value of the foreign investment in

the above-mentioned meaning (i.e., total deprivation of the investment's value or total loss of control by the investor of its investment, both of a permanent nature).

197. Before concluding on this claim, the Tribunal recalls that the Claimant challenged a number of distinct measures under Article 5(2) of the BIT: the pesification and the freezing the gas tariffs and the creation of the trust-fund system to expand TGN's network. The Tribunal recalls here that, by analysing the pesification under Total's claim of breach of Article 3, it has already judged the said measure as a bona fide regulatory measure of general application, which was reasonable in light of Argentina's economic and monetary emergency and proportionate to the aim of facing such an emergency. Therefore, the Tribunal has concluded that in the absence of specific stabilization promises to the Claimant, the pesification does not amount to a breach of Article 3 of the BIT. For the same reasons, it is the Tribunal's view that the pesification also does not amount to a measure equivalent to expropriation or nationalisation, that is an indirect expropriation entailing Argentina's obligation to compensate Total. Moreover, contrary to Total's submissions, the pesification was not contrary to any specific undertaking given by Argentina to Total. In this regard the Tribunal recalls its finding under Total's claim of breach of Article 3 of the BIT that the provision according to which the gas tariffs were calculated in US dollars and adjusted in accordance with US PPI variations cannot be properly construed as "promises" or "specific undertakings" given by Argentina to Total since they were not addressed directly or indirectly to Total.

198. Finally, the Tribunal is unable to sustain Total's claim that the failure to readjust the tariffs would constitute also an indirect expropriation in breach of Article 5(2) of the BIT. This is because this de facto freezing of the gas tariffs implied neither a deprivation of the investment nor a total loss of its value".

A una conclusión similar llegó el tribunal que dictó el laudo en el caso *Impregilo S.p.A. c. Argentina*. En su opinión, la terminación del contrato de concesión que permitía a la empresa inversora italiana gestionar el abastecimiento de agua potable y alcantarillado de la provincia de Buenos Aires en un momento donde el país atravesaba gravísimas dificultades financieras no podía ser considerada, a la luz de las circunstancias, como un acto de expropiación:

"272. During the concession period, a number of measures were taken which affected AGBA's rights. However, none of these measures amounted to a loss of the concession. Nor could the joint effect of these measures be considered to be a loss of property rights. A loss only occurred when the Province terminated the concession by Decree No. 1666/06. However, the termination of the concession is not necessarily equal to expropriation. In fact, the Concession Contract provided for termination in various defined circumstances, and if the Contract is terminated in conformity with these provisions, this is not an act of expropriation by the State but an act performed by the public authorities in their capacity as a party to the Contract.

(...)

275. Impregilo argues that the decision to terminate the concession was in reality a political decision based on the policy of the regime that public facilities like water and sewage services should not be provided by private companies but by entities owned by the State or the Provinces. From such a perspective, the termination was in fact an expropriation, and the reasons given for it were only a pretext for transferring the services to public bodies.

(...)

277. The Arbitral Tribunal accepts that the Argentine administration may have set up as a political goal to transfer water and sewerage services to public entities. However, this does not necessarily lead to the conclusion that the termination of the Concession Contract with AGBA was an act of expropriation”

En efecto, el tribunal arbitral señaló que el elemento decisivo para determinar la existencia de una expropiación susceptible de ser amparada por el APPRI consiste en la ausencia de una suficiente motivación y fundamentación jurídica:

“278. What is decisive is whether the reasons given for the termination constituted a legally valid ground for termination according to the provisions of the Concession Contract.

(...)

283. The Arbitral Tribunal considers that, in the examination of whether the termination of AGBA’s concession constitutes expropriation, it is not decisive whether or not the Province had a correct understanding of AGBA’s obligations under the Concession Contract. What is relevant is rather that the Province, with some justification, considered that AGBA had grossly failed in fulfilling its contractual obligations and terminated the Concession Contract on this basis. This is sufficient, in the Arbitral Tribunal’s opinion, to exclude that the termination could be regarded as an act of – direct or indirect – expropriation or other appropriation of AGBA’s property or Impregilo’s investment. It has also in no way been proven that the termination of the Concession Contract was the last step in a successive series of measures taken by the Province with a view to depriving AGBA of the concession, or, in other words, that AGBA was exposed to “creeping expropriation”.

6. La compensación por pérdidas en caso de conflictos armados

7. La libre transferencia de los capitales

8. Excepciones a la obligación internacional de protección de las inversiones extranjeras

En *Total S.A. c. Argentina e Impregilo c. Argentina*, los tribunales arbitrales encargados de resolver las demandas interpuestas contra Argentina rechazaron la defensa de estado de necesidad alegada por Argentina. En esta ocasión nos vamos a referir al laudo sobre responsabilidad adoptado en el marco del caso *Total S.A. c. Argentina*, si bien podemos encontrar una argumentación y resultado similares en el laudo dictado en el caso *Impregilo S.p.A. c. Argentina* (párrs. 336-359).

El tribunal arbitral concluyó, en primer lugar, que la defensa de estado de necesidad basada en el DI consuetudinario no tenía fundamento jurídico:

“223. Argentina has not shown that the economic security of the gas users would have been imminently and gravely threatened if the gas tariffs would have been adjusted in mid-2002 as Argentina’s own legislation provided for. Even if such would have been the case, Argentina has not shown that the freezing of the tariffs would have been “the only way for the State to safeguard” such an essential interest against a grave and imminent peril. In this regard, the Tribunal notes that Argentina discussed the lack of any reasonable alternatives to the emergency measures actually taken by Argentina to cope with the crisis principally in respect of the pesification of the economy that the Tribunal has found not in breach of the BIT. According to Argentina, the pesification was the only way for Argentina to safeguard its own economic and political survival as well as that of its people, also as a means to ensure “fair and reasonable rates” of public utilities. Argentina has not discussed nor did it provide evidence, as it was its burden, that there were no reasonable alternatives to the freezing of the tariffs. Not only did Argentina fail to submit any evidence to support its position that its measures were necessary, it also failed to respond to Total’s submission to the contrary. For example, Total referred to the introduction of subsidies to low-income households (as Argentina did in other utilities and public services) and reducing tax burden on the utility bills for low-income households.

224. Thus Argentina has failed to prove the defence of necessity under customary international law as concerns the measures adopted in relation to Total’s investments in TGN found to be in breach of the BIT. It is therefore unnecessary for the Tribunal to examine whether the further conditions required under customary international law for Argentina to avail itself of the defence of necessity have been fulfilled. Nor does the Tribunal have to analyse Total’s counter-arguments in respect of those conditions. The Tribunal concludes that Argentina’s defence based on the state of necessity under customary international law is groundless”.

La misma conclusión alcanzó el tribunal arbitral al analizar los argumentos presentados por Argentina con arreglo a las cláusulas de limitación de responsabilidad previstas en los APPRI celebrados entre Francia y Argentina y Argentina e Italia, respectivamente,

para casos de pérdidas derivadas de conflicto armado, disturbios civiles y/o emergencia nacional:

“228. Having summarized the position of the Parties on Argentina’s defence based on Article 5(3) in the above paragraphs, the Tribunal will deal with the interpretation of Article 5(3) of the BIT in accordance with Article 31 VCLT. In this respect, the plain reading of Article 5(3) clearly indicates that each Party shall grant to investors of the other Party a treatment not less favourable than that accorded to its investors or to investors of the most-favoured nation in case of losses affecting investments made in its territory by the other Party’s investors “as a result of war or any other armed conflict, revolution, state of national emergency or uprising”.

229. Contrary to Argentina’s position, the ordinary meaning of the terms used in Article 5(3) do not support the conclusion that this clause is an escape clause for emergency cases. This is not a so-called “non precluded measures” clause contained in other Bilateral Investment Treaties concluded by Argentina with other States (for instance Article XI of Argentina-US BIT). Article 5(3) envisages and regulates the situation of losses suffered by investments made in the territory of one Party by investors belonging to the other Party in case of “war or any other armed conflict, revolution, state of national emergency or uprising” and is thus more properly classified to a “war and civil disturbance” clause, or a “losses due to war” clause. Contrary to Argentina’s arguments, Article 5(3) is not applicable to an economic emergency, unless the economic emergency, which hits one of the Parties, has led to a “national emergency” where losses have occurred such as those that are a result of war, uprising or any other kind of civil disturbance. The Tribunal can find no basis on which to uphold Argentina’s argument that the provision legitimizes the government of the host country taking measures that in time of national economic emergency inflict losses on foreign investors. The losses suffered by Total were not “a result of ... national emergency” but, rather, a result of regulatory measures passed by Argentina. In any case, the provision operates only when compensation of losses has been granted by a Party to its own investors or to a third Party’s investors. In such an event, Article 5(3) imposes the duty to treat investors protected by the BIT no less favourably than other investors. The provision is thus inapplicable from all points of view in the context at issue.

230. In view of the above, by invoking this clause Argentina could not be exonerated from liability for having breached the BIT. Moreover, the Tribunal notes that this clause has an opposite purpose to that of an exculpatory clause. In fact, this clause is aimed at granting to the investments made in the territory of one Party by the investors of the other Party an additional guarantee in respect of situations in which the host State, even if not internationally obliged to do so, has provided for compensation for the losses suffered due to certain events to its own nationals or investors of third States”.

En este mismo orden de ideas, el tribunal recordó que la invocación por parte de Argentina del Artículo 25 del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos precisaba la existencia de una serie de condiciones que, en este caso, no se cumplían:

“345. Before concluding, the Tribunal must address the plea of Argentina based on the defence of “state of necessity” under customary international law in order to excuse its breaches of the BIT found by the Tribunal in respect of Total’s investments in power generation. The Tribunal recalls in this respect its analysis of the issue in respect of Total’s TGN claim, and specifically the rigorous conditions that are required to sustain such a defence in light of Article 25 of the ILC Articles on State Responsibility. In respect of Total’s claim concerning its investments in power generation, the Tribunal has found the pesification of capacity payments, spot Price and any other parameters and/or values prescribed in the electricity system not to be in breach of the BIT. On the contrary, the Tribunal has found the alteration of the uniform marginal price mechanism (discussed at paragraph 325 ff. above) and the refusal to pay power generators their receivables and their conversion into a stake in FONINVEMEM (discussed at paragraph 336 ff. above) to be in breach of the fair and equitable treatment standard. As a consequence, the Tribunal must address Argentina’s state of necessity defence in respect of these two measures only. The above analysis of the electricity sector in Argentina from 2002 onward clearly shows that the infringing measures were in no way necessary to safeguard Argentina’s essential security interests in preserving its people and their security of energy supply. More specifically, Argentina has not shown that the alteration of the Price mechanism to the detriment of generators was necessary to ensure the supply of energy. On the contrary, the Tribunal recalls its finding (at paragraph 328) that the pricing system that the SoE put in place after 2002 resulted in unreasonably low tariff and encouraged a substantial increase in consumption that could not be covered. This caused shortages in the supply of electricity and power cuts to the detriment of the entire population and economy, exactly the opposite of safeguarding “an essential interest against a grave and imminent peril”, as required by Article 25.1(a). In any case, even accepting Argentina’s position as to the existence of a grave and imminent threat to its essential interest in ensuring electricity at affordable prices, the above pricing mechanism was not “the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril.” (Article 25.1(a)). As pointed out by Total, alternatives not in breach of the BIT, such as targeted subsidies, were available to Argentina in order to keep electricity tariffs at affordable levels for consumers in need. As to the non payment of the generators’ receivables and their forced conversion, Argentina has not explained nor provided any evidence as to which essential interest was being safeguarded by the measures.. The Tribunal recalls that the inability of CAMMESA to pay the electricity supplied by generators was due to CAMMESA’s insufficient revenues which has been caused, in turn, by the pricing mechanism established by the SoE after 2002. Since the receivables of generators were caused by Argentina’s conduct in breach of the BIT, and were not justified by necessity, their subsequent

forced conversion cannot be justified either. In any case, this forced conversion took place in 2004 when Argentina was not facing any “imminent and grave peril” to its essential interest. The Tribunal, therefore, concludes that Argentina’s defence based on the state of necessity under customary international is groundless.

(...)

483. As to the retroactive elimination of the Tierra del Fuego tax exemption (discussed at paragraph 447 ff. above), Argentina’s request for payment of back taxes pursuant to Resolution 776/06 for the period 2001-2006 can in no way be considered required “to safeguard an essential interest” of Argentina “against a grave and imminent peril”. Nor did Argentina present any evidence to the contrary. The same can be said of the fixing of the domestic price of gas below the relevant benchmark without providing for compensation to Total in accordance with Article 6 of Decree 1589/89, as addressed by the Tribunal at paragraph 455 above. Providing for such compensation to Total could not have impaired an essential interest of Argentina. Again, Argentina did not present any evidence to the contrary.

484. As to Argentina’s interference with Total’s export contracts in 2004, the Tribunal recognizes that in time of shortages, diverting gas intended for export to domestic consumption could qualify, in the abstract, as an act adopted “to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril.” However, this is subject to the party invoking the defence showing that the peril is grave and imminent and that the action is “the only way” to safeguard the essential interest at stake. Argentina, however, did not provide any evidence that the limitation of the gas export placed upon Total in 2004 (when the emergency of 2001 had been overcome) was correlated to a grave and imminent peril to consumers’ access to essential gas supply. The Tribunal, therefore, concludes that Argentina’s defence based on the state of necessity under customary international law is groundless”.

Por otra parte, en *El Paso Paso Energy International Company c. Argentina* (Caso CIADI nº ARB/03/15) el tribunal analizó los artículos invocados por Argentina para eludir la responsabilidad por las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis económica, el Artículo XI del TBI y el Artículo 25 de los Artículos del CDI sobre la Responsabilidad del Estado. El órgano arbitral se centró en los argumentos basados en el Artículo XI porque, como ya lo manifestara el tribunal del caso *Continental*, la aplicación del Artículo XI en el presente caso (de justificarse) podría llevar a convertir en superfluo un análisis pormenorizado de la defensa del estado de necesidad en virtud del derecho internacional aplicado a los hechos específicos de la presente diferencia:

“[...] El Artículo XI es la *lex specialis*, y el Artículo 25 es la *lex generalis*. Como el Tribunal considerará si el Artículo XI del TBI se aplica al caso, puede obviar el análisis completo y aplicar el Artículo 25 de los Artículos de la CDI. No obstante, el Tribunal debe subrayar la diferencia entre las dos excepciones basadas en el

Artículo XI del TBI y el Artículo 25 del derecho internacional general. De conformidad con el Artículo XI, las medidas necesarias a los fines de ‘para el mantenimiento del orden público’ o para ‘la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad’ no constituyen un incumplimiento del TBI aplicable, y por consiguiente sería apropiado que el Tribunal analice si existía una situación de necesidad conforme al Artículo XI incluso antes de evaluar las distintas medidas adoptadas. Por el contrario, si se aplican las normas del derecho internacional general en materia de necesidad, esto constituye el fundamento para excluir la ilicitud de un acto que no se ajusta a la obligación internacional y por tanto implica que los actos deben analizarse antes. Esta diferencia fue claramente enfatizada en una afirmación de la Decisión de Anulación del caso CMS [...] En otras palabras, a fin de analizar las consecuencias del Artículo XI, la primera pregunta a responder es si existe un estado de emergencia en los términos de ese Artículo. Si la respuesta es afirmativa, todos los actos que el Tribunal considere necesarios para superar dicha situación quedan excluidos del alcance del TBI, y se puede llegar a la conclusión contraria respecto de los actos que el Tribunal no considere necesarios. Si la respuesta es negativa, el Tribunal debe examinar las distintas medidas adoptadas a fin de determinar si constituyen o no una violación de los estándares de trato de la inversión extranjera consagrados en el TBI. Las consecuencias del Artículo 25 deben evaluarse utilizando el enfoque opuesto. En primer lugar, el Tribunal debe analizar si las medidas constituyen o no una violación de los estándares de trato del TBI. Si la respuesta es negativa, el análisis culmina allí. Si la respuesta es afirmativa, el Tribunal debe considerar si se puede excluir la ilegalidad por la existencia de un estado de necesidad (párrs.552-554)”.

IV. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y OTROS SECTORES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO⁸

Durante el período de referencia para la presente crónica se han adoptado una serie de decisiones que tienen muy en cuenta las interacciones entre el DI económico en sentido estricto y otros sectores normativos del ordenamiento internacional como el DI de los derechos humanos y el Derecho de la UE. Además, uno de los casos estudiados se refiere a las relaciones entre el Derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Derecho de las inversiones establecido por los APPRI.

1. Las relaciones con el Derecho de la Organización Mundial del Comercio

En el asunto *Continental Casualty Company c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/03/9, Decisión sobre la solicitud de suspensión parcial presentada por ambas partes de 16-9-2011), se planteó hasta qué punto una aplicación errónea de normas procedentes de otros sectores del DI público podrían constituir una base para sustentar la anulación de un laudo arbitral. En particular, en el presente caso se trataba de la supuesta aplicación

⁸ Epígrafe elaborado por el Prof. Dr. Bjorn Arp (Universidad de Alcalá).

errónea del Derecho de la OMC por parte del tribunal arbitral. El Comité *ad hoc* de anulación señaló:

“Continental argues that the Tribunal erred in its analysis of the law of the GATT-WTO. However, the Tribunal was clearly not purporting to apply that body of law, but merely took it into account as relevant to determining the correct interpretation and application of Article XI of the BIT. Even if it could be established by Continental that the Tribunal reached an erroneous interpretation of Article XI of the BIT based on an erroneous understanding of GATT-WTO law, that would amount only to an error of law, which is not a ground of annulment [...]”.

Así las cosas, la aplicación errónea de otros sectores normativos del DI público no constituye un motivo de anulación de un laudo arbitral, en aplicación del Artículo 52.1 del Convenio CIADI.

2. Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional económico

En el caso *Total S.A. c. Argentina* (Caso CIADI nº ARB/04/01, Laudo sobre responsabilidad de 27-12-2010) el tribunal tuvo en cuenta tanto la práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de la UE para afirmar que el principio de las legítimas expectativas no se puede alegar contra actos del poder legislativo. El tribunal formuló la incorporación de estos dos sectores normativos en la aplicación del APPRI celebrado entre Francia y Argentina de la siguiente manera:

“129. In domestic legal systems the doctrine of legitimate expectations supports “the entitlement of an individual to legal protection from harm caused by a public authority retreating from a previous publicly stated position, whether that be in the form of a formal decision or in the form of a representation”. This doctrine, which reflects the importance of the principle of legal certainty (or rule of law), appears to be applicable mostly in respect of administrative acts and protects an individual from an incoherent exercise of administrative discretion, or excess or abuse of administrative powers. [...] However it appears that only exceptionally has the concept of legitimate expectations been the basis of redress when legislative action by a State was at stake. Rather a breach of the fundamental right of property as recognized under domestic law has been the basis, for instance, for the European Court of Human Rights to find a violation of the First Protocol to the European Convention on Human Rights protecting the peaceful enjoyment of property.

130. From a comparative law perspective, the tenets of the legal system of the European Community (now European Union), reflecting the legal traditions of twenty-seven European countries, both civil and common law (including France, the home country of the Claimant) are of relevance, especially since the recognition of the principle of legitimate expectations there has been explicitly based on the international law principle of good faith. Based on this premise, the Tribunal of the European Union has upheld the legitimate expectations of

importers that the Community would respect public international law. According to the Court of Justice of the European Union (“ECJ”) private parties cannot normally invoke legitimate expectations against the exercise of normative powers by the Community’s institutions, except under the most restrictive conditions (which the Court has never found in any case submitted to it)”.

En suma, se observa la intención del tribunal por definir el alcance de las obligaciones jurídicas que los APPRI imponen a los Estados a la luz de las normas internacionales en su conjunto que vinculan a Francia.

En otro caso interpuesto contra Argentina por las medidas económicas adoptadas durante la crisis económica y financiera de 2001, *Impregilo S.p.A. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/17, Laudo de 21-6-2011), dicho Estado alegó la existencia de ciertas obligaciones de derechos humanos como mecanismo de defensa para justificar las medidas de nacionalización de los servicios de distribución del agua potable y alcantarillado adoptadas por la provincia de Buenos Aires. Argentina formuló su argumento de la siguiente manera:

“230. Por otra parte, las obligaciones asumidas por la República Argentina en material de inversiones no desplazan las obligaciones asumidas en tratados de derechos humanos. Por ello, las obligaciones que emanan del TBI no deben interpretarse aisladamente sino en armonía con las normas de protección de los derechos humanos. En particular, en este caso deben tenerse presente tratados de derechos humanos que contemplan el derecho humano al agua”.

Argentina presentó este argumento de forma independiente del estado de necesidad. El tribunal no entró a valorar exhaustivamente el argumento de los derechos humanos, muy probablemente porque Argentina tampoco desarrolló y expuso con precisión el contenido jurídico de las obligaciones de derechos humanos que impedían cumplir las exigencias del APPRI con Italia. Por tanto, en su análisis sobre el fondo del asunto el tribunal se limitó a valorar las características del estado de necesidad como causa que excluye la responsabilidad internacional de Argentina.

En el caso *Spyridon Roussalis c. Rumania* (Caso CIADI n° ARB/06/1, Laudo de 7-12-2011), el tribunal arbitral examinó las interacciones entre el DI económico y el DI de los derechos humanos. En efecto, además de alegar un incumplimiento del APPRI celebrado entre Grecia y Rumania, el inversor extranjero afectado por las medidas adoptadas por el Estado rumano invocó la violación del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de propiedad consagrados ambos por el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esta línea argumentativa obligó al tribunal arbitral a examinar si el citado convenio podía ser utilizado como derecho aplicable al litigio:

“306. At the first session of the Arbitral Tribunal held on May 4, 2007, the Parties agreed that Romanian law would govern the substantive merits of the dispute and that the BIT would be treated as part of Romanian law (...).

307. Article 9(4) of the BIT provides that: “The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the provisions of this Agreement and the applicable rules and principles of international law (...).”

308. The Parties agree that Claimant’s investment is protected by the BIT, more specifically its articles 2(2) and 4(1).

309. According to Claimant, in view of Article 10 of the BIT, the international obligations that Respondent has assumed in Article 6 of the European Convention on Human Rights and Article 1 of the First Additional Protocol to the European Convention are also to be taken into consideration in the instant case. This is disputed by Respondent.

310. Article 10 of the BIT provides that: “[i]f the provisions of law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to this Agreement, contain a regulation, whether general or specific, entitling investments by investors of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is provided for by this Agreement, such regulation shall to the extent that it is more favourable, prevail over this Agreement.

311. In accordance with the interpretation rules of Article 31 of the Vienna Convention

312. The Tribunal does not exclude the possibility that the international obligations of the Contracting States mentioned at Article 10 of the BIT could include obligations deriving from multilateral instruments to which those states are parties, including, possibly, the European Convention of Human Rights and its Additional Protocol No.1. But the issue is moot in the present case and does not require decision by the Tribunal, given the higher and more specific level of protection offered by the BIT to the investors compared to the more general protections offered to them by the human rights instruments referred above. Consequently Article 10 of the BIT cannot, in its own terms and in the instant case, serve as a useful instrument for enlarging the protections available to the Claimant from the Romanian State under the BIT, the Tribunal considers that the references made in the text of that Article 10 to “either Contracting Party,” “between the Contracting Parties,” and “investors of the other Contracting Party” refer to the Contracting Parties of the Romania-Greece BIT. The reference to international obligations established between the parties therefore only encompasses international obligations between these two countries”.

El tribunal arbitral no consideró necesario, dado el mayor nivel de protección que proporciona el APPRI, valorar el comportamiento de Rumania a la luz del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, pero tampoco descarta la aplicación de este convenio pueda en otros procedimientos.

3. Las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho internacional económico

En el caso C-264/09, *Comisión c. Eslovaquia*, Sentencia TJ de 15-9-2011, el TJ desestimó el recurso por incumplimiento presentado por la Comisión, permitiendo que Eslovaquia mantuviera la validez de un contrato que, al otorgar un derecho preferente a una determinada empresa (ATEL) hasta el 30-9-2014, sitúa a esta última en una posición privilegiada respecto a los demás operadores jurídicos y, por tanto, incorpora disposiciones contrarias a los Artículos 9.e) y 20.1 de la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26-6-2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE (DO L 176, 15-7-2003); preceptos que exigen que se garantice un acceso no discriminatorio a la red de transporte de electricidad.

El TJ, en línea con lo expresado por el Abogado General N. Jääskinen en sus Conclusiones, se preguntó si el contrato controvertido quedaba protegido por el APPRI celebrado entre Suiza y la República Federativa Checa y Eslovaca, es decir, si podía considerarse como una inversión extranjera:

“33. Para examinar si es tal el caso, es necesario analizar si el acceso preferente concedido a ATEL debe considerarse como una inversión regida en ese momento por dicho acuerdo. Únicamente en ese caso deberá examinarse igualmente si la República Eslovaca habría podido resolver el contrato en cuestión sin violar este acuerdo.

34. Con arreglo a su artículo 1, apartado 2, letra c), el acuerdo sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones se aplica a las inversiones, entendidas como “todo tipo de activos” y, en particular, a “los créditos y derechos a cualquier prestación con valor económico”.

35. En este sentido, al pagar más de la mitad de los costes de construcción de la línea de transporte de Krosno (Polonia) a Lemesany (Eslovaquia), ATEL pudo adquirir un derecho de tránsito en esta línea por una capacidad específica. En otros términos, la obligación de SEPS de conceder a ATEL una capacidad de transporte, mediante simple petición de ésta, forma parte de la retribución prevista de manera contractual como contrapartida de la participación económica aportada por ATEL para la construcción de la línea de transporte en cuestión.

36. En estas circunstancias, el derecho de tránsito adquirido por ATEL posee manifiestamente un valor económico en la medida que garantiza a ésta, en relación con una determinada capacidad, el acceso a la red de transporte eslovaca necesario para que pudiera vender electricidad en Polonia vía Hungría.

37. Por consiguiente, tal como ha señalado el Abogado General en el punto 71 de sus conclusiones, la inversión efectuada por ATEL debe considerarse como una inversión, en el sentido del artículo 1, letra c), del acuerdo sobre la promoción y la

protección recíproca de las inversiones, que la República Eslovaca debe proteger con arreglo al artículo 4, apartados 1 y 2, del mismo”.

Esta conclusión permitió al TJ concluir que el Estado demandado por la Comisión debía cumplir una serie de obligaciones internacionales; obligaciones que en el caso que nos ocupa le vinculaban con un particular. En su decisión, el TJ otorgó preferencia a estas obligaciones internacionales contraídas por el Estado miembro demandando antes de su adhesión a la UE, al calor del Artículo 307 del Tratado de la Comunidad Europea (actual Artículo 351 del Tratado de Funcionamiento de la UE). Una eventual resolución del contrato representaría, habida cuenta de tales obligaciones internacionales, una violación del APPRI que el inversor podría reclamar internacionalmente mediante un arbitraje de inversiones:

“47. En cuanto a la posibilidad de la República Eslovaca de resolver dicho contrato respetando lo dispuesto en el artículo 6 del acuerdo sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones, debe señalarse que esta disposición establece una amplia protección de las inversiones que no sólo se aplica a las medidas de expropiación directa e indirecta, sino también a las medidas que tengan el mismo efecto que la expropiación.

48. Por tanto, en la medida en que tal resolución del contrato en cuestión habría tenido por consecuencia privar a ATEL de la retribución que dicho contrato preveía en contrapartida por su participación económica en la construcción de la línea de transporte entre Krosno y Lemesany, dicha medida habría producido un menoscabo en los derechos de ATEL y tendría, por tanto, el mismo efecto que una expropiación en el sentido del artículo 6 del acuerdo sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones.

49. Ciertamente, el artículo 6 también consagra un derecho a obtener una indemnización como resultado de la violación del derecho del inversor a no ser expropiado. Sin embargo, la obligación de indemnización en caso de expropiación no tiene por efecto suprimir la obligación de la República Eslovaca de no adoptar medidas de expropiación de las inversiones protegidas por el acuerdo sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones.

50. Debe añadirse, tal como señaló el Abogado General en el punto 105 de sus conclusiones, que la República Eslovaca no puede modificar los términos del contrato ni sus efectos con su legislación, ni privarlo de eficacia jurídica. Ninguna ley eslovaca que declare inválidos e inaplicables los contratos que otorguen un acceso preferente a redes de transporte cambiaría el hecho de que SEPS seguiría jurídicamente vinculada por el contrato en cuestión. Por lo tanto, la única forma factible de que la República Eslovaca cumpliera con su obligación sería adoptar una legislación dirigida a SEPS para impedirle que ejecute dicho contrato, lo cual equivaldría a una expropiación indirecta del derecho de tránsito de ATEL.

51. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe declararse que el acceso preferente concedido a ATEL puede considerarse como una inversión protegida por el acuerdo sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones que, según el artículo 307 CE, párrafo primero, no puede quedar afectado por las disposiciones del Tratado CE.

52. En consecuencia, debe considerarse que, incluso en el supuesto de que el acceso preferente concedido a ATEL no sea conforme con la Directiva 2003/54, este acceso preferente está protegido por el artículo 307 CE, párrafo primero”.

Esta decisión contrasta con tres sentencias previas dictadas para resolver tres recursos por incumplimiento contra Austria, Suecia y Finlandia, donde el TJ decretó que estos Estados miembros habían incumplido el Derecho de la UE al mantener en vigor APPRI contrarios con la libre circulación de capitales (respectivamente, caso C-205/06, caso C-249/06 y caso C-118/07). Asimismo, al reconocer la posibilidad de que el Artículo 307 del Tratado de la Comunidad Europea sea aplicable en las relaciones verticales (entre un Estado y una empresa), el TJ parece apartarse de su jurisprudencia anterior, en la que había sostenido la aplicación de este precepto exclusivamente en el ámbito de las relaciones horizontales. En suma, la sentencia de 15-9-2011 trató de sortear las dificultades jurídicas que plantean para los Estados miembros las interacciones entre el DI económico y el Derecho de la UE.

V. LA REVISIÓN Y LA ANULACIÓN DE LAS DECISIONES ARBITRALES⁹

El primero de los casos analizados es *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (Caso CIADI N° ARB/98/2). El 5-9-2009 Chile presentó una solicitud de anulación del laudo dictado el 8-5-2008 por un tribunal arbitral y al que ya se ha hecho referencia en el primer epígrafe. Si bien es cierto que el procedimiento de anulación aún no ha llegado a su fin, merece la pena analizar dos incidentes procesales resueltos por el Comité *ad hoc*: a) la decisión sobre la admisibilidad de la demanda de anulación de 4-5-2010 y b) la decisión sobre la solicitud efectuada por Chile de suspender la ejecución del laudo de 5-5-2010.

En la decisión de 4-5-2010 sobre la admisibilidad de la demanda de anulación, el Comité *ad hoc* se pronunció sobre el alcance de los preceptos de las Reglas de arbitraje del CIADI encargados de regir la representación de las partes en el trámite de presentación de recursos de anulación. El Comité *ad hoc*, tras analizar los argumentos presentados por los demandantes, concluyó inadmitir su solicitud basándose en las siguientes conclusiones:

“35. Le Comité note que l’article 50 ne contient aucune condition quant au pouvoir ou à l’autorisation de la personne physique or morale qui présente la demande.

⁹ Epígrafe elaborado por la Profa. Irene Vázquez Serrano (Universidad Miguel Hernández de Elche).

36. L'autre article du Règlement d'arbitrage qui, en vertu du renvoi de l'article 53, est pertinent pour l'analyse du Comité est l'article 18, intitulé "Représentation des parties". Il est ainsi rédigé: (1) Chaque partie peut être représentée ou assistée par des agents, des conseillers ou des avocats dont les noms et les pouvoirs doivent être notifiés par ladite partie au Secrétaire général, qui en informe sans délai le Tribunal et l'autre partie. (2) Aux fins du présent Règlement, le terme "partie" comprend, si le contexte le permet, l'agent, le conseiller ou l'avocat autorisé à représenter ladite partie.

37. Il est donc tout à fait clair que la seule condition imposée à la République qui soit pertinente dans le cadre de la Requête des Demanderesses est la notification par la République au Secrétaire général du CIRDI de l'agent, du conseiller ou de l'avocat représentant la République dans la présente procédure.

38. Le dossier révèle qu'une telle notification a été effectuée par la République par lettre (...).

El Comité *ad hoc* reconoció la imposibilidad de realizar una interpretación de la reglamentación procesal general *mutatis mutandi* con la normativa procesal relativa al recurso de anulación, en atención básicamente al principio *in claris non fit interpretatio*:

"41. L'argument principal des Demanderesses à l'appui de leur Requête est fondé sur l'application à la procédure en annulation du Règlement d'introduction des instances, en particulier des articles 1 et 2. Dans leur soumission en date du 17 février 2010, les Demanderesses soutenaient ce qui suit: En effet, s'agissant d'une nouvelle procédure, ce qui n'est pas contesté, les conditions requises à l'article 1 du Règlement d'Introduction des Instances concernant une requête d'arbitrage s'appliquent, *mutatis mutandis*, à l'introduction d'une demande en annulation. Cela signifie que, pour être recevable, la demande en annulation doit être signée soit par la partie requérante soit par un représentant dûment autorisé.

42. De l'avis du Comité, le Règlement d'introduction des instances ne s'applique pas à une demande en annulation d'une sentence du CIRDI, pour les raisons suivantes.

43. En premier lieu, le Comité relève que, de par ses propres termes, l'article 1 ne s'applique qu'à un État contractant ou un ressortissant d'un État contractant "qui désire entamer une procédure de conciliation ou d'arbitrage en vertu de la Convention". La Note Introductive du Règlement d'introduction des instances confirme la portée limitée de ce Règlement et son inapplicabilité à une Demande en Annulation. Celle-ci est ainsi rédigée: La portée du Règlement d'introduction des instances est limitée à l'intervalle de temps qui s'écoule entre le dépôt d'une requête et l'envoi de la notification de l'enregistrement. Toutes opérations ultérieures doivent être régies conformément aux Règlements de conciliation et d'arbitrage.

44. Le Comité observe, dans ce contexte, que les Demanderesses ne peuvent pas invoquer une disposition *mutatis mutandis* pour importer dans leur argumentation un article du Règlement d'introduction des instances étant donné que le Règlement d'introduction des instances, contrairement au Règlement d'arbitrage (article 53), ne prévoit pas de clause *mutatis mutandis*.

45. Enfin, la Note du Centre qui suit le texte de l'article 50 du Règlement d'arbitrage et qui est invoquée par les Demanderesses à l'appui de leur argument central n'est, de l'avis de Comité, d'aucune aide pour les Demanderesses. La première phrase de la Note B est ainsi rédigée: [...] B. La procédure applicable au dépôt et à l'enregistrement d'une demande présentée conformément à l'Article ci-dessus est à peu près analogue à celle relative au dépôt et à l'enregistrement d'une requête initiale d'arbitrage formulée conformément au Règlement d'Introduction des Instances.

46. En dehors du fait que l'article 50 du Règlement d'arbitrage n'exige aucunement une autorisation pour le dépôt d'une Demande, les termes "à peu près analogue", ne peuvent, de l'avis du Comité, l'emporter sur les termes clairs et sans ambiguïté de la Note Introductive du Règlement d'introduction des instances qui limitent la portée de ce Règlement.

La decisión de 5-5-2010 sobre la solicitud efectuada por Chile de suspender la ejecución del laudo, traía causa de una petición chilena realizada el 5-9-2008 con el propósito anular el laudo arbitral. Chile había sustentado su posición a partir de la práctica arbitral en la materia, puesto que ningún Comité *ad hoc* del CIADI ha negado hasta ahora una suspensión de la ejecución del laudo mientras se resuelve el procedimiento de anulación. Asimismo, Chile puso de relieve cómo los diversos Comités *ad hoc*, en casos anteriores, habían identificado ciertos factores que se entendían relevantes para justificar la suspensión o no de la ejecución del laudo, a saber: a) las perspectivas de cumplimiento del laudo arbitral; b) si la parte que solicita la anulación intenta retrasar la ejecución del laudo; c) las perspectivas de recuperación del pago correspondiente, en el caso de que el laudo sea ulteriormente revocado; y d) los prejuicios a los demandantes por la demora en el pago. En este orden de ideas, el Comité *ad hoc* declaró admisible la solicitud de suspensión provisional de la ejecución del laudo formulada por Chile:

"25. Turning first to the Republic's Request that the stay of enforcement of the Award should be continued pending its decision on the Application, the Committee notes that, although Article 52(5) of the Convention uses the verb —may, thereby conveying an element of discretion to the Committee, a review of the many decisions by *ad hoc* annulment committees since the MINE decision in 1988 leads the Committee to the conclusion that, absent unusual circumstances, the granting of a stay of enforcement pending the outcome of the annulment proceedings has now become almost automatic.

26. In the present case, the Committee is satisfied that the Republic has discharged its burden of proving that there are no unusual circumstances and that all the

factors which the Republic has referred to support the continuation of the stay of enforcement of the Award pending the Committee's decision and it so rules".

Ante la petición efectuada por los inversores españoles de que la suspensión de la ejecución del laudo estuviera supeditada a la prestación de algún tipo de garantía por parte del Estado chileno para evitarles daños y perjuicios, el Comité *ad hoc* apeló a la promesa que Chile había efectuado de cumplir el laudo cuando éste fuera confirmado:

“30. The Committee starts from the premise that the primary security for the Claimants' Award is provided through the obligations the Republic of Chile has assumed under Article 54 of the Convention. In addition, the Committee notes that the Republic's constitutional and municipal law enforcement regimes are in conformity with the Convention.

31. The Republic has represented that it has always complied with its international payment obligations and with all judgments or awards of international courts and tribunals. Through its authorized representative, it affirmed before the Committee that it will do so in the present case if the Award is confirmed.

Asimismo, el Comité *ad hoc* declaró que cualquier perjuicio causado a los inversores españoles podría ser compensado por los intereses que a su favor se generasen hasta el momento de la confirmación del laudo, al tiempo que recordaba los perjuicios que su ejecución podría causar para Chile:

32. It is a fact that, because of the Application, the satisfaction of the Award (assuming that the Application is unsuccessful) will be delayed. In the view of the Committee that is the only prejudice which the Claimants can point to. But, the provision for compound interest in the —dispositif of the Award compensates the Claimants adequately for the delay. As the Azurix *ad hoc* Committee said, after quoting Article 53(1) of the Convention: —... if an *ad hoc* Committee considers, as we do, that the circumstances require a stay, then the award creditor's rights are themselves qualified by the Convention.

33. For the foregoing reasons, the Republic has demonstrated to the satisfaction of the Committee that the Claimants will not be prejudiced by the grant of the stay save in respect of the delay which is incidental to the Convention system of annulment and which will be remedied by the payment of compound interest if the annulment application is unsuccessful.

34. There is an additional reason why the Committee has decided not to require the Republic to provide a guarantee, particularly a guarantee such as the Claimants propose in the present case, as a condition to the continuation of the provisional stay of enforcement of the Award. Not only would the posting of such a guarantee at this time place the Claimants in a much more favourable position than it enjoyed prior to the provisional stay, but it could also prevent the Republic from opposing a legal defense of sovereign immunity under Article 55 of the

Convention if, in the event the application was unsuccessful, forcible execution of the Award was resorted to by the Claimants. In the words of the MINE *ad hoc* annulment Committee, to which the Committee subscribes: —such a one-sided change in the relative position of the parties is [not] justified. It would truly be a form of conditional payment in advance”.

En el caso *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. Chile* (Caso CIADI n° ARB/04/7), el inversor extranjero había presentado una solicitud de anulación parcial contra el laudo de 21-8-2007 que no fue atendida por el Comité *ad hoc*. En efecto, mediante decisión de 10-12-2010, éste desestimó todas las causas de anulación presentadas por aquélla, a saber: a) extralimitación en las facultades del tribunal; b) quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; y c) falta de motivación del laudo.

Respecto de la primera causa de anulación, extralimitación manifiesta por parte del tribunal en sus facultades, el Comité *ad hoc* señaló:

“313. (...) el Tribunal no se apartó de la aplicación apropiada del Artículo 2(3) sino que, por el contrario, interpretó este Artículo sobre la base del criterio utilizado en el caso *Lucchetti* en el cual, aplicando una regla convencional del mismo tenor, el Tribunal debió determinar si se encontraba frente a la “misma” o frente a una nueva controversia.

314. En todo caso, el Tribunal no formuló una nueva regla de derecho internacional sino, por el contrario, interpretó un tratado sobre la base de una decisión precedente en CIADI”.

Asimismo, el Comité *ad hoc* reconoció al tribunal la facultad para seleccionar los hechos presentados por las partes que considerase más relevantes para solventar el problema, sin que este ejercicio de selección pudiera constituir una extralimitación de sus facultades:

“321. En cuanto a este punto, es menester recordar que al haber elegido el Tribunal el criterio de una controversia anterior a la entrada en vigencia del Acuerdo que sigue teniendo un rol central con respecto a las reclamaciones subsiguientes, la calificación de los Reclamos b) y c), tal y como fueron presentados por la Demandante, no reviste un interés particular.

322. Este Comité considera que no es correcto afirmar que el Tribunal no tenía la libertad para evaluar los hechos presentados por la Demandante e inferir conclusiones distintas a las presentadas por la Demandante para efectos de determinar la competencia del Tribunal y la jurisdicción del CIADI. El Tribunal puede perfectamente iniciar un análisis de los hechos presentados por una de las partes para inferir sus propias conclusiones, incluso si éstas son distintas a las que la parte sostiene con respecto a la importancia o no de algunos de los hechos.

323. En este proceso, es perfectamente plausible que el Tribunal descarte algunos hechos invocados por una de las partes por considerar llanamente que esos hechos no revisten interés para una cuestión en particular. Durante este análisis, la Demandada puede perfectamente aducir hechos que presenten implicaciones para las circunstancias concretas”.

En este mismo sentido, el Comité *ad hoc* afirmó que el tribunal no había entrado a considerar el fondo del asunto en la fase de jurisdicción y competencia:

“328. Sin embargo, se infiere claramente de las consideraciones del Tribunal que el rol que tuvo la estructura de la demanda de daños de la Demandante no tuvo un impacto decisivo en su decisión. Esto puede comprobarse con la expresión “*con el fin de ser exhaustivo*” y los conectores “*a mayor abundamiento*” y “*una simple referencia*”.

329. En este contexto, el Tribunal sólo tenía que tomar en consideración –y de hecho sólo tuvo en cuenta– el hecho de que la Demandante había presentado una demanda (tentativa) de daños que había sido estructurada de una forma determinada (imputándole a Chile daños supuestamente sufridos cada año a partir del momento en que la inversión del predecesor de *Vieira* fue realizada). El Tribunal no se embarcó en ninguna consideración sobre el hecho de saber si *Vieira* tenía derecho, por las supuestas violaciones al Acuerdo, a la reparación de ciertos daños o a su cuantía, lo que hubiera significado una revisión del fondo de la controversia (por el contrario, el Tribunal explícitamente se abstuvo de hacer dicha revisión). La aproximación restrictiva que hizo el Tribunal para efectos de determinar la cuestión jurisdiccional se limitó acertadamente a examinar la importancia que debía dársele a la forma en que la Demandante estructuró su demanda de daños y en todo caso no fue más allá. Aquí el punto no es discutir si el Tribunal, para efectos de determinar la cuestión jurisdiccional, consideró de forma adecuada el impacto de la forma en la que la Demandante estructuró sus reclamos de daños”.

Además, el inversor extranjero consideraba como una extralimitación de las competencias del tribunal arbitral el recurso al derecho interno chileno como un elemento de interpretación durante la fase de las objeciones de jurisdicción. El Comité *ad hoc* puso de manifiesto la facultad del tribunal para emplear el derecho interno chileno como un hecho relevante en el momento de interpretar el sentido corriente de los términos del APPRI controvertido:

“339. Este Comité ya ha indicado que la interpretación de los Artículos 2(2) y 2(3) del Acuerdo tiene que fundarse sobre el texto mismo del Acuerdo, interpretado a la luz de los principios de la CVDT y sobre las reglas consuetudinarias de derecho internacional. En el contexto de una decisión sobre la jurisdicción *ratione temporis* del Centro a la luz del Acuerdo, la ley chilena constituye, desde el punto de vista del derecho internacional, un “hecho” que puede ser tomado en consideración como cualquier otro hecho. En este sentido, hacer referencia al

derecho chileno o a una decisión administrativa chilena no significa aplicar la ley chilena sino utilizarla para evaluar un hecho que puede ser relevante para decidir sobre la jurisdicción.

340. El hecho de que el Tribunal haya concluido que el Recurso de Protección conllevó en definitiva la negación del derecho de CONCAR de pescar en aguas exteriores no constituye una decisión sobre el fondo (ni mucho menos sobre la conformidad de dicha decisión con las reglas del Acuerdo). Por el contrario, se trató simplemente de un reconocimiento de un hecho (no controvertido) al que el Tribunal, de forma correcta o no, le dio cierto peso al momento de decidir sobre la interpretación del Artículo 2(3) del Acuerdo.

341. Más importante aún –y de aplicación general– el Comité desea hacer hincapié en que el hecho de que el Tribunal haya tratado temas ligados al derecho chileno ya un cierto número de decisiones administrativas adoptadas bajo su fundamento no implica necesariamente que el Tribunal haya *aplicado* la ley chilena”.

Con relación a la segunda causa de anulación, el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, el inversor extranjero reclamaba una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva durante el desarrollo del procedimiento arbitral, en particular, al haberse aplicado indebidamente el derecho chileno y haberse prejuzgado cuestiones propias de la fase del fondo. El Comité *ad hoc* señaló

“379. Para que esta causal de anulación prospere, es necesario que una regla fundamental de procedimiento sea quebrantada. Es entonces imperativo que la parte solicitante pruebe una o varias situaciones en las cuales no haya habido imparcialidad o que su derecho a ser oído o a presentar pruebas haya sido violado. Normalmente una violación a una regla de procedimiento durante los procedimientos ante un tribunal debe ser evidente, por lo cual no haberlo objetado en el momento oportuno se traduce en una renuncia de conformidad con la Regla 27 de las Reglas de Arbitraje.

(...)

381. Las afirmaciones de la Demandante son demasiado generales y no citan situaciones concretas de posibles irregularidades procesales. Esto permite entrever que la decisión sobre esta causal será claramente rechazada. Además de esto, debe agregarse, como se dijo anteriormente, que el hecho de que un tribunal se haya extralimitado en sus facultades o haya dejado de aplicar la ley aplicable al procedimiento no conduce, *ipso facto*, a la conclusión de que hubo una violación de carácter procesal.

382. Es importante recordar que *Vieira* no ha alegado siquiera que su derecho a ser oída haya sido comprometido por la forma en que el Tribunal condujo el procedimiento. Esto, aunado con la observación del Comité de que las demás causales de anulación, de haber existido, no permiten llegar *ipso facto* a la

conclusión de que se presentó una irregularidad procesal, permite anticipar que esta causal de anulación está llamada a ser rechazada”.

En cuanto a la tercera causa de anulación, la falta de motivación del laudo:

“359. El Comité considera que el Tribunal motivó sus consideraciones de forma consistente y suficientemente clara y detallada a lo largo del Laudo. Desde sus primeras consideraciones al determinar si la controversia era “nueva” o no basándose en que la controversia anterior había jugado un rol central en el surgimiento de los reclamos subsiguientes, pasando por la interpretación del Artículo 2(3) que el Tribunal debía adelantar, y culminando con la discusión de los Reclamos b) y c) sobre la base de dicha interpretación, los razonamientos y las motivaciones del Tribunal son fáciles de seguir.

(...)

364. Al analizar estas observaciones, el Comité llega a la conclusión de que el Tribunal no incumplió su deber de motivar su decisión. El Tribunal explicó por qué consideraba que los Reclamos b) y c) no constituían la ocurrencia de una “nueva” controversia. Esta forma de aproximarse a la tarea interpretativa que le fue conferida al Tribunal es algo que las Partes podrán aprobar o desaprobado, pero que no podrán criticar por haber dejado de aplicar la ley, mucho menos de forma manifiesta, o por haber omitido las motivaciones. Como este Comité ya explicó anteriormente, el Tribunal no se pronunció sobre si las circunstancias relacionadas con la cuota cero violaban o no el Acuerdo.

(...)

370. La Demandante critica al Tribunal por la forma en que concluyó que una sucesión de eventos que comenzó con la negación a CONCAR de pescar en aguas exteriores (Reclamo a), negación que siguió jugando un rol central con respecto a los hechos subsiguientes que dieron lugar a los Reclamos b) y c), constituye una única controversia o reclamo. El Comité considera que las consideraciones del Tribunal satisfacen el requisito de que el Laudo sea motivado.

371. Como se dijo anteriormente, este Comité considera que el examen por parte del Tribunal de la importancia de las circunstancias que dieron lugar al Reclamo b) y al Reclamo c) solamente se basa en la interpretación del lenguaje del Artículo 2(3) del Acuerdo y no puede, por ende, ser considerado como un incumplimiento a la obligación de motivar la decisión. El Tribunal ciertamente expuso sus motivaciones, y una parte puede considerar perfectamente que dichas motivaciones son persuasivas o no. Sin embargo, desde el punto de partida de la tarea de interpretación que desarrolló el Tribunal en adelante, no encontramos ninguna dificultad para seguir la línea del razonamiento del Tribunal e, independientemente de lo que pueda decirse sobre el razonamiento mismo, no existe una falta de dar motivos en el Laudo.

372. La conclusión del Tribunal fue que, como se explicó anteriormente, la controversia inicial sobre la Resolución No. 291 continuó teniendo un rol central en los hechos subsiguientes que fueron objeto del estudio del Tribunal. El hecho de que el Tribunal hubiera alcanzado esta conclusión no constituye un incumplimiento de su deber de dar motivos a las decisiones. La solicitud de *Vieira* de que el Laudo sea anulado por no haber sido motivado debe ser, por lo tanto, rechazada”.

El último aspecto que analizó el Comité *ad hoc* en su decisión sobre anulación fue el referido a las costas. Dos suelen ser las opciones en un procedimiento de anulación: a) la adoptada en el caso *Vivendi II* y el caso *Helnan*, que consiste en que cada parte cargue con sus propias costas y que las del procedimiento de anulación se dividan a partes iguales, independientemente del éxito de la solicitud de anulación; y b) la práctica más común, llevada a cabo en el caso *Azurix*, el caso *MCI* y el caso *Duke*, que consiste en imponer a cada parte el pago de sus propias costas y gastos, mientras que los gastos relativos al procedimiento de anulación deben ser asumidos en su totalidad por la parte que presentó el procedimiento de anulación y si éste hubiera sido totalmente desestimado. Todo ello teniendo en cuenta que, si circunstancias excepcionales lo justificaran, el Comité *ad hoc* podría apartarse de esta práctica.

“390. En *primer lugar*, en cuanto a las costas del procedimiento de anulación (honorarios y gastos de los miembros del Comité y gastos administrativos del CIADI), este Comité considera que es más acorde con los principios de equidad decidir sobre las costas del procedimiento de anulación en función del resultado (lo anterior se decide indistintamente del hecho de que la parte vencida fue la única que contribuyó a los pagos anticipados solicitados por el Centro para este procedimiento). Consecuentemente, este Comité decidirá que *Vieira* deberá soportar la totalidad de las costas del procedimiento de anulación (honorarios y gastos de los miembros del Comité y gastos administrativos del CIADI).

391. En *segundo lugar*, en lo tocante a las costas de las partes y gastos de representación, el Comité no cree que existan circunstancias que ameriten que *Vieira* reembolse las costas y gastos de representación de *Chile*. Por lo tanto, haciendo uso de la discrecionalidad que en materia de costas le confiere el Artículo 61(2) del Convenio, este Comité decidirá que cada una de las Partes deberá soportar sus propias costas y gastos de representación incurridos en este procedimiento de anulación”.

En tercer y último lugar, en el caso *Continental Casualty Company c. Argentina* (Caso CIADI nº ARB/03/9) ambas partes habían solicitado la anulación parcial del laudo. Estas solicitudes fueron examinadas conjuntamente por un Comité *ad hoc*, que por decisión de 16-9-2011 decidió finalmente no admitir las anulaciones solicitadas por ninguna de ellas y acordar la continuación de la ejecución del laudo dictado por el tribunal arbitral el 5-9-2008.

Por una parte, *Continental Casualty Company* había apelado a las siguientes causas de anulación: a) omisión de resolver sobre la reclamación por las pérdidas sufridas una vez superado el estado de necesidad; b) omisión de resolver la reclamación de expropiación en relación con las Letras del Tesoro argentinas; y c) la presunta violación del Artículo V del APPRI celebrado entre los Estados Unidos de América y Argentina.

Por lo que respecta a la primera omisión alegada por el inversor extranjero, consistente en resolver sobre la reclamación por las pérdidas sufridas una vez superado el estado de necesidad, el Comité *ad hoc* la desestimó de acuerdo con los siguientes argumentos:

“124. En la opinión del Comité, resulta sumamente claro, a partir del Laudo, que el Tribunal consideró que, cuando el Estado receptor adopta una medida como las mencionadas en el Artículo XI del TBI, las obligaciones sustantivas emanadas del TBI sencillamente no se aplican a dicha medida. La consecuencia lógica de esta conclusión es que la medida no puede representar una violación de ninguna de las disposiciones del TBI.

(...)

126. (...) El Tribunal concluyó que, debido a la crisis reinante en ese momento, el TBI sencillamente no era aplicable a las medidas adoptadas en 2001-02 en virtud del Artículo XI; por ello, debe entenderse como implícita la idea de que, según el Tribunal, la Argentina no tenía obligación alguna de indemnizar a Continental por haber adoptado dichas medidas una vez superada la crisis. Si en efecto, como concluyó el Tribunal, el TBI no era aplicable a las medidas adoptadas en 2001-02 en virtud del Artículo XI debido a la crisis reinante en ese momento, cabe inferir que dichas medidas no constituyen una violación del TBI aunque sus *consecuencias* sigan percibiéndose después de la crisis. El Tribunal consideró que no era importante determinar si se trataba de medidas temporarias o permanentes y, en cada caso, si los efectos temporarios o permanentes siguieron percibiéndose una vez superada la crisis. Si, como determinó el Tribunal, dichas medidas se encuadraban en el Artículo XI, sería lógico concluir que el TBI no se aplicaba a las consecuencias que estas pudieran seguir generando, incluso una vez superada la crisis económica.

(...)

128. Habría sido preferible que el Tribunal abordara este argumento expresamente. Sin embargo, el hecho de que no haya procedido de ese modo podría explicarse si se tiene en cuenta que la única parte del procedimiento ante el Tribunal mencionado por Continental en que se planteó el argumento consistió en varios párrafos relativamente breves de su Memorial de Réplica. Basándose en el material que tiene ante sí, el Comité no considera que se haya tratado de un argumento importante de Continental en el procedimiento ante el Tribunal. (...).

129. (...) Por lo tanto, el hecho de que el Tribunal no haya tratado el argumento en forma más directa bien podría ser producto del grado limitado de prominencia que Continental otorgó al planteo de dicho argumento en el procedimiento ante el Tribunal.

130. (...) Continental parece haber citado otros precedentes ante el Tribunal en relación con distintos argumentos. En todo caso, el Tribunal no está obligado a citar ni a prestar atención expresamente a cada precedente que se cita ante él en relación con un determinado argumento. Naturalmente, no puede esperarse que tenga en cuenta precedentes que no han sido citados ante él en relación con un determinado argumento.

131. Sean cuales fueren las razones por las que el Tribunal no abordó este argumento en forma más directa, el Comité está convencido de que las razones esgrimidas por el Tribunal para rechazarlo se encuentran “*implícitas en las consideraciones y conclusiones contenidas en el laudo*” (...). En tal sentido, rechaza la afirmación de que el Tribunal no expresó motivos conforme a lo dispuesto en el Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI (...).

132. El Comité también considera que el Tribunal, al llegar a la conclusión a la que llegó, no se apartó del derecho aplicable. A su juicio, el derecho aplicable a las reclamaciones de la Demandante comprendía el Convenio del CIADI, el TBI y el derecho internacional vigente, y que este es precisamente el derecho que aplicó el Tribunal”.

En cuanto a la segunda omisión denunciada por el inversor, la de resolver la reclamación de expropiación en relación con las Letras del Tesoro argentinas, el Comité *ad hoc* respondió en los siguientes términos:

“166. El Comité considera que puede inferirse claramente del Laudo, tomado en su conjunto, que, en opinión del Tribunal, aunque se hubiera registrado una expropiación de las LETE en los términos de la cláusula de expropiación, dicha expropiación se habría producido o bien el 8 de marzo de 2002 (pesificación), como sostuvo Continental, o bien, en forma adicional o alternativa, el 25 de abril de 2002 (cesación de pagos), y que ello tuvo lugar en un momento en que la Argentina pudo acogerse a la excepción establecida en el Artículo XI del TBI.

(...)

172. No obstante, si, tal como se desprende implícitamente del Laudo según el Comité, el Tribunal concluyó que las expropiaciones se habrían producido en 2002, cuando el Artículo XI era aplicable a las medidas en cuestión, ello responde a la pregunta de si el Decreto 1735/04 constituyó una medida expropiatoria. Si las LETE ya habían sido objeto de expropiación en 2002, no podían volver a ser expropiadas en 2004 mediante el Decreto 1735/04. De ello se desprende que no todas las expropiaciones que se produjeron en 2002 constituyeron una violación

de la cláusula de expropiación, en virtud del Artículo XI, y que en el 2004 no existió expropiación. Resultaba irrelevante, por lo tanto, determinar si se hubiera otorgado una indemnización mayor por daños y perjuicios derivados de la violación de la cláusula de expropiación en caso de que hubiese existido dicha violación, por lo que el Tribunal no se vio obligado a decidir esta cuestión.

173. A la luz de esta lectura del Laudo, la referencia a “un monto que corresponda al valor nominal original en dólares de esas LETES” en el párrafo 285 del Laudo no puede ser objeto de una lectura independiente que también requeriría un examen de la responsabilidad que le cabe a la Argentina conforme a lo dispuesto en el Artículo IV en el marco del Decreto 1735/04, responsabilidad que, como concluyó el Tribunal, quedó excluida por la aplicación del Artículo XI del TBI.

174. Asimismo, si bien no es necesario decidir esta cuestión, al Comité le resulta evidente, a partir del Laudo, que el Tribunal, incluso en el supuesto de que hubiera concluido que el mismo Decreto 1735/04 constituía una expropiación (y una violación de la cláusula de trato justo y equitativo), no habría adjudicado una indemnización por daños y perjuicios mayor en el caso de la violación de la cláusula de expropiación que en el de la violación de la cláusula de trato justo y equitativo.

(...)

178. El Comité considera que se desprende claramente del Laudo, tomado en su conjunto, que, en opinión del Tribunal, aunque se concluyera que el Decreto 1735/04 conllevaba una expropiación de las LETE, además de la violación de la cláusula de trato justo y equitativo respecto de dichos títulos, el monto de los daños y perjuicios correspondiente a cada caso de violación habría sido el mismo. Por ende, tal como lo declaró el Tribunal en el párrafo 285, era lógico que “[h]abiéndonos pronunciado ya sobre el mismo tema conforme al Artículo II(2)(a) del TBI, no es necesario que hagamos lo propio con la reclamación alternativa de violación del Artículo IV, formulada por la Demandante”.

179. Por lo tanto, el Comité está convencido de que el Tribunal abordó satisfactoriamente la cuestión de la expropiación. Cuando el Laudo se lee en forma integral a la luz de las presentaciones realizadas al Tribunal, el razonamiento desarrollado en dicho documento es suficientemente claro.

180. De ello se desprende que el Comité está convencido de que el Tribunal aplicó la ley vigente (en particular, las disposiciones del mismo TBI). En estas circunstancias, el Comité considera que el error que aduce Continental es meramente un presunto error de derecho o un desacuerdo con las conclusiones del Tribunal, lo que no constituye un error capaz de provocar la anulación”.

La tercera cuestión planteada por el inversor, referente a la presunta violación del Artículo V del APPRI celebrado entre los Estados Unidos de América y Argentina, fue respondida de la siguiente forma por el Comité *ad hoc*:

“219. El Comité considera que la decisión del Tribunal y su fundamento son sumamente claros, y que la decisión se basó en la opinión que tenía el Tribunal sobre la correcta interpretación del Artículo V del TBI, que era la norma jurídica aplicable.

(...)

229. Si bien un tribunal tiene la obligación de abordar cada una de las pretensiones que se lleven a su conocimiento, no está obligado a comentar acerca de todos los argumentos de las partes relacionados con cada una de estas pretensiones. La pretensión planteada al Tribunal consistía en determinar si se había violado el Artículo V. El hecho de que el Tribunal no haya comentado sobre ninguno de los argumentos de Continental basados en el Artículo 10 del Protocolo o sobre reclamaciones de un trato más favorable en el marco del TBI entre la Argentina y otros Estados, no significa, a juicio del Comité, que el Tribunal haya incumplido su obligación de expresar los motivos de su decisión sobre el punto relativo al Artículo V.

230. El Comité no está convencido de que el Tribunal no haya aplicado la legislación vigente o no haya expresado los motivos de su decisión, respecto de la reclamación de Continental en el marco del Artículo V del TBI.

231. (...) El Comité recuerda que los presuntos errores de hecho y de derecho no constituyen causales de anulación en el marco del Artículo 52 del Convenio. Las normas aplicables eran el TBI, el Convenio del CIADI y el derecho internacional en sentido general. El Tribunal aplicó el Artículo V del TBI para resolver la reclamación de Continental en el marco de dicha disposición y justificó su decisión. No le corresponde a un comité de anulación determinar si el Tribunal decidió correctamente la reclamación.

232. Por estas razones, el Comité concluye que corresponde rechazar esta causal de anulación. En consecuencia, desestima la solicitud de Continental de anulación de todas las partes dispositivas del Laudo, con excepción del párrafo 320(b) y todas las solicitudes de anulación de Continental de las conclusiones del Tribunal y el fundamento conexo mencionado en el párrafo 77, *supra*”.

Como se indicó *supra*, el Comité *ad hoc* también analizó la solicitud de anulación parcial presentada por Argentina y basada en: a) falta de motivación del laudo arbitral; y b) extralimitación manifiesta por parte del Tribunal en las facultades asignadas por el Convenio CIADI.

Por lo que se refiere a la primera causa, la falta de motivación, Argentina puso de relieve la parquedad de los argumentos expuestos por el tribunal para resolver determinadas cuestiones, pero el Comité *ad hoc* respondió afirmando que no existe una relación directa entre la falta de motivación de un laudo arbitral y la presencia de una argumentación breve o parca:

“261. El hecho de que los motivos se hayan expuesto brevemente no es, en opinión del Comité, un criterio significativo para determinar si el análisis ofrecido por el Tribunal entraña la falta de expresión de motivos que es su deber. Además, a fin de determinar si los motivos expresados para llegar a una conclusión sobre una cuestión en especial son suficientes, es necesario no considerar aisladamente párrafos particulares del laudo que se refieren específicamente a esa cuestión. Esos párrafos siempre deben leerse junto con la totalidad del Laudo. En el presente caso, el Laudo contenía un análisis extenso de los antecedentes fácticos de la crisis económica argentina, en el que se detallaba el curso de los acontecimientos desde fines de los años noventa hasta mediados de la primera década del siglo XXI. Las conclusiones del Tribunal relativas específicamente al incumplimiento de las LETE y el Decreto 1735/04 deben entenderse teniendo en cuenta el marco de circunstancias que el Tribunal evidentemente tuvo en cuenta para llegar a sus conclusiones.

262. El Tribunal solo podía decidir las cuestiones planteadas ante él sobre la base de las pruebas y los escritos presentados ante él por las partes. Teniendo en cuenta esas pruebas y estos escritos, el Tribunal debía determinar si el Artículo XI del TBI se aplicaba a distintas medidas tomadas por la Argentina desde el inicio de la crisis económica. Teniendo en cuenta esas pruebas y esos escritos, el Tribunal sostuvo que el Artículo XI se aplicaba a varias de esas medidas adoptadas en 2001 y 2002, pero pudo comprobar que no se aplicaba al Decreto 1735/04. El Comité considera que el Laudo, leído en su totalidad, “*nos permite saber cómo llegó el tribunal desde el punto A hasta el punto B, y por último a su conclusión*”. El Comité no está convencido de que se trate de un “*caso claro*” de razones que “*hacen que la decisión sobre un punto en particular carezca esencialmente de expresión de motivos*”. Aunque los motivos se expresen sucintamente y aunque a la Argentina tal vez no le convenzan, no ha habido omisión de expresión de motivos”.

En cuanto al segundo motivo de anulación, Argentina había denunciado en la fase de audiencias que el tribunal se había extralimitado en sus poderes al otorgar una indemnización por daños y perjuicios por una circunstancia que la demandante no había solicitado. El Comité *ad hoc* negó en todo caso que, de haberse producido, tal extralimitación hubiera sido manifiesta:

“263. En la audiencia celebrada ante el Comité, la Argentina por primera vez planteó otro argumento como base de la anulación de la conclusión del Tribunal con respecto a las LETE, a saber: que el Tribunal había otorgado el derecho a indemnización por daños y perjuicios *ultra petita*, es decir, sobre un argumento

que no había sido invocado por Continental. La Argentina afirma que ello se debe a que Continental nunca planteó una reclamación ante el Tribunal en el sentido de que el Decreto 1735/04 constituyera un incumplimiento del TBI.

264. Con respecto a este argumento, el Comité observa que aun cuando un tribunal diera lugar a una reclamación que sea *ultra petita*, ello solo constituiría un error anulable si resultara aplicable una de las casuales de anulación establecidas en el Artículo 52(1) del Convenio del CIADI. En su solicitud de anulación en este procedimiento, la única causa de anulación invocada por la Argentina fue la omisión de expresar motivos y un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. En el Memorial de Anulación de la Argentina se invocan análogamente solo estas dos causas, al igual que en el Memorial de Réplica sobre Anulación de la Argentina. En la audiencia, la Argentina se basó en última instancia en los mismos dos fundamentos.

265. Por los motivos expuestos, el Comité ha comprobado que el Tribunal expresó motivos suficientes para su decisión al respecto.

266. Además, aun cuando se supusiera que constituye una extralimitación en sus facultades que un tribunal decida una reclamación *ultra petita*, ello solo sería una causa de anulación en virtud de lo dispuesto en el Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI cuando la extralimitación en sus facultades sea “manifiesta”.

267. Se ha dicho que “Comúnmente se entiende que un exceso en las facultades es “manifiesto” cuando es evidente por sí solo de la sola lectura del Laudo, es decir, aún antes de examinar en detalle el contenido del mismo”, y que esta causa de anulación exige que la extralimitación en las facultades sea “textualmente obvia”. El Comité considera que aun cuando fuera a aceptarse que el Tribunal se extralimitó en sus facultades en este caso al concluir *ultra petita* que se produjo un incumplimiento del TBI, la extralimitación en las facultades no fue “manifiesta” en este sentido. A fin de establecer si ha habido alguna extralimitación en las facultades en este caso es necesario realizar un examen cuidadoso de los argumentos presentados por las partes en el procedimiento arbitral básico. Aunque se afirmara que hubo extralimitación en las facultades, el Comité no considera que esta sea “evidente por sí sola”, ni “textualmente obvia”.

268. La Argentina no adujo expresamente que el dictado de una decisión *ultra petita* por un tribunal equivalga a un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento, en el sentido del Artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI. El Comité ha considerado sin embargo si está facultado, en virtud del principio de *jura novit curia*, para decidir si el argumento *non ultra petita* planteado por la Argentina constituye una causa de anulación en virtud de lo dispuesto en el Artículo 52(1)(d)”.

En cualquier caso, el Comité *ad hoc* no entró a valorar la existencia de una extralimitación de las funciones del tribunal, puesto que llegó a la conclusión que este argumento no había sido introducido por Argentina en el momento procesal oportuno:

“272. El Comité concuerda con la opinión de Continental de que no se puede decir que la Argentina haya invocado debidamente el argumento de *non ultra petita* antes de la audiencia. Habida cuenta de la situación, el Comité estaba en última instancia preparado para analizar el argumento. Sin embargo, dadas las circunstancias, el Comité no está preparado para seguir adelante, ni para considerar por impulso propio, en virtud del principio de *jura novit curia*, si pudo haber habido un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento”.

Por último, respecto a las costas, a pesar de que existe plena libertad para decidir, tal y como se señaló en el caso *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. Chile*, el Comité *ad hoc* resolvió de acuerdo con la práctica habitual de estos procedimientos de anulación:

“285. (...) ambas partes presentaron solicitudes de anulación parcial del Laudo. Las solicitudes de ambas partes han sido desestimadas en su totalidad, y no se ha anulado ninguna parte del Laudo. (...), el Comité concluye que es adecuado, teniendo en cuenta decisiones anteriores sobre la anulación, que cada una de las partes sufrague la mitad de las costas del procedimiento y se haga cargo de sus propias costas”.

VI. CONSIDERACIONES FINALES¹⁰

Los arbitrajes de inversiones examinados en esta edición de la crónica plantean distintas cuestiones de actualidad en el DI económico que merecen ser consideradas de manera sistemática en este epígrafe.

I. Como ya tuvimos la ocasión de examinar en la crónica de 2010, publicada en el número 20 de esta revista, se ha formado una jurisprudencia arbitral pacífica que no admite al Artículo 22 de la Ley de Inversión venezolana como base jurídica suficiente para aceptar el consentimiento de Venezuela al arbitraje de inversiones. Por tanto, para activar el sistema del CIADI contra Venezuela resulta necesario que ésta hubiera celebrado un APPRI con el Estado de la nacionalidad del inversor extranjero. Ahora bien, en este mismo orden de ideas, los tribunales arbitrales consideran que la notificación a la que se refiere el Artículo 25.4 del Convenio CIADI, realizada por Bolivia y Ecuador, no es un medio válido que permita dar por terminadas las obligaciones asumidas por un Estado conforme a un APPRI y escapar así de la jurisdicción de los tribunales del CIADI. Mientras estos dos Estados mantengan en vigor APPRI en los que se prevea la opción de acudir al CIADI (o a su Mecanismo Complementario) para resolver las controversias inversor-Estado, los inversores

¹⁰ Epígrafe elaborado por el Prof. Dr. Francisco José Pascual Vives (Universidad de Alcalá).

extranjeros podrán hacer uso de la misma, si bien muy seguramente se enfrentarán a una compleja fase de excepciones a la jurisdicción del tribunal arbitral donde Bolivia y Ecuador tratarán de hacer valer sus argumentos basándose en una interpretación estricta del principio estructural de soberanía del Estado. Todas estas consideraciones resultan importantes dada la manifiesta oposición mostrada por Venezuela y otros Estados Latinoamericanos al arbitraje de inversión administrado por el CIADI y especialmente en un año 2011 donde se han introducido nada menos que diez solicitudes de arbitraje contra Venezuela en este foro. En este contexto, por ejemplo, debe entenderse la decisión de Bolivia de denunciar a principios del año 2012 su APPRI con España.

II. La “doctrina Mafezzini”, amén de los ríos de tinta que ha hecho correr entre la doctrina especializada, sigue ocupando las discusiones sobre jurisdicción y competencia de varios tribunales arbitrales, como lo demuestran las últimas y contundentes opiniones disidentes presentadas por los árbitros que quedan en minoría en los tribunales arbitrales donde se discute su aplicación. Ello no obstante, debe recordarse que se trata de una doctrina sometida a revisión, que en los últimos años está siendo combatida por los Estados a través de la redacción de cláusulas más precisas en sus modelos de APPRI que permiten muy poco margen de interpretación a los operadores jurídicos. Incluso los Estados miembros de la UE han alcanzado un consenso en la materia y, al calor de la “comunitarización” de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas, han fijado una concepción que pretende restringir las posibilidades de aplicación de la “doctrina Mafezzini”, limitando su invocación a las disposiciones de carácter sustantivo pero no procesal de los APPRI.

III. En otro orden de ideas, en el actual contexto económico destaca el impacto que podría tener la decisión sobre jurisdicción adoptada por el tribunal encargado de resolver el arbitraje interpuesto por un grupo de tenedores italianos de deuda soberana afectados por el último *default* de Argentina [*Abaclat y otros (antes denominado Giovanna a Beccara y otros) c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/5)]. Los argumentos empleados por el tribunal para aceptar su competencia bajo el amparo de un APPRI pueden resultar cuestionables, como ha denunciado en su opinión disidente el árbitro G. Abi-Saab, designado por Argentina. Será muy interesante conocer el valor como precedente de este arbitraje en las próximas decisiones sobre jurisdicción de otros arbitrajes que deben conocerse durante los próximos meses y donde también se ventilan reclamaciones de tenedores de deuda argentina [*Giovanni Alemanni y otros c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/07/8) y *Giordano Alpi y otros c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/08/9)]. Muy en particular, a tenor de la composición del tribunal que conoce uno de estos dos casos (*Giordano Alpi y otros c. Argentina*), donde preside B. Simma y participa como árbitro S. Torres-Bernárdez, ambos juristas con una dilatada experiencia en la resolución de controversias de carácter interestatal, sería de esperar una decisión sobre jurisdicción y admisibilidad que permitiera esclarecer las incertidumbres planteadas por la opinión disidente y posterior renuncia a formar parte del tribunal de G. Abi-Saab en el citado caso *Abaclat*.

IV. La anterior consideración nos lleva a realizar una reflexión sobre la composición de los tribunales que resuelven arbitrajes de inversiones y, en particular, sobre la presencia

en los mismos de miembros de la Corte Internacional de Justicia. En efecto, la concurrencia en la condición de árbitro y miembro de la Corte no se limita a expertos en el DI económico, quienes son designados posteriormente en La Haya por algún Estado en calidad de Juez *ad hoc* (M. Lalonde, Y.L. Fortier, F. Orrego Vicuña o R.E. Vinuesa, por ejemplo). Al calor de la eclosión del arbitraje de inversiones, la condición de árbitro en este tipo de controversias de naturaleza eminentemente económica se ha extendido por las tres plantas nobles del edificio anexo al Palacio de la Paz que alberga los despachos de los miembros de la Corte. Cabe preguntarse si una eventual generalización de esta práctica podría tener algún impacto sobre el funcionamiento de la Corte como máxima institución jurisdiccional de las Naciones Unidas, amén de afectar a su jurisprudencia. Valgan como ejemplo de estas últimas afirmaciones las páginas 7-9 de la Opinión Disidente conjunta de los Jueces A.S. Al-Khasawneh y A.A. Yusuf a la Sentencia de 30-11-2010, dictada en el Caso *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, donde ambos jueces ponen de relieve la necesidad de que la Corte sea más sensible con los estándares de protección establecidos por el DI económico.

La compatibilización de las más altas funciones jurisdiccionales internacionales con la condición de árbitro de inversiones no es una práctica novedosa. Fue iniciada por el senegalés K. Mbaye, quien ya en la década de los ochenta formó parte de varios tribunales arbitrales [*Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others c. Camerún y Société Camerounaise des Engrais* (Caso CIADI n° ARB/81/2); *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Senegal* (Caso CIADI n° ARB/82/1) y *Maritime International Nominees Establishment c. Guinea* (Caso CIADI n° ARB/84/4)] al tiempo que ejercía como miembro de la Corte entre 1982-1991 y Vicepresidente en el trienio 1988-1991. Con posterioridad, en los años noventa, Sir. R.Y. Jennings, miembro de la Corte entre 1982-1995 presidió el tribunal en el caso *Vacuum Salt Products Ltd. c. Ghana* (Caso CIADI n° ARB/92/1), mientras ejercía en La Haya como Presidente de la Corte (1991-1994). R. Ranjeva, miembro de la Corte entre 1992-2009 y Vicepresidente entre 2003-2006, participó como árbitro en el caso *SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H. c. Madagascar* (Caso CIADI n° CONC/94/1). M. Bedjaoui, miembro de la Corte entre 1982-2001 y Presidente (1994-1997), fue designado árbitro en el caso *Antoine Goetz y otros c. Burundi* (Caso CIADI n° ARB/95/3). F. Rezek, miembro de la Corte entre 1996-2006, formó parte del tribunal en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/97/3), el caso *Eudoro A. Olguín c. Paraguay* (Caso CIADI n° ARB/98/5), parte del caso *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (Caso CIADI n° ARB/98/2), el caso *GRAD Associates, P.A. c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/00/3) y el caso *CMS Gas Transmission Company c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/01/8). G. Guillaume, miembro de la Corte entre 1987-2005 y Presidente (2000-2003), presidió el caso *World Duty Free Company Limited c. Kenia* (Caso CIADI n° ARB/00/7), el caso *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Jordania* (Caso CIADI n° ARB/02/13) y el caso *Impregilo S.p.A. c. Pakistán* (Caso CIADI n° ARB/03/3). Th. Buergenthal, miembro de la Corte entre 2000-2010, presidió el caso *Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A. c. Perú* (Caso CIADI n° ARB/03/4) y el caso *Chevron Bangladesh Block Twelve, Ltd. y Chevron Bangladesh Blocks Thirteen*

and Fourteen, Ltd. c. Bangladesh (Caso CIADI n° ARB/06/10). Y, por último, B. Simma, miembro de la Corte entre los años 2003-2012, ejerce como presidente del tribunal arbitral en los casos: *Giordano Alpi y otros c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/08/9), *E.T.I. Euro Telecom International N.V. c. Bolivia* (Caso CIADI n° ARB/07/28), *Bilcon of Delaware y otros c. Canada y Olyana Holdings LLC c. Ruanda* (Caso CIADI n° ARB/10/10).

Resulta, a la luz de la práctica, que los miembros de la Corte han venido aceptando y compatibilizando ambas funciones, especialmente cuando quienes las ejercen son el Presidente o el Vicepresidente de la Corte. Este sería el caso, por ejemplo, de los citados K. Mbaye, Sir. R.Y. Jennings, R. Ranjeva, M. Bedjaoui y G. Guillaume. Por el contrario, esta conclusión no se aplicaría para los jueces F. Rezek, Th. Buergenthal y B. Simma, quienes habrían desempeñado simultáneamente funciones en la Corte y en los arbitrajes de inversión sin reunir la condición de Presidente o Vicepresidente de la Corte.

En nuestros días, observamos una incipiente generalización de esta práctica entre los miembros de la Corte. Así las cosas, por ejemplo, el Presidente P. Tomka a su vez preside el tribunal que decide los casos *Perenco Ecuador Limited c. Ecuador* (Caso CIADI n° ARB/08/6) y *HICEE B.V. c. Eslovaquia*. Asimismo ha participado en los Comités *ad hoc* llamados a resolver las anulaciones en los casos: *Ahmonseto, Inc. y otros c. Egipto* (Caso CIADI n° ARB/02/15), *M.C.I. Power Group, L.C. y New Turbine, Inc. c. Ecuador* (Caso CIADI n° ARB/03/6), *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filipinas* (Caso CIADI n° ARB/03/25), *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c. Perú* (Caso CIADI n° ARB/03/28), *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia* (Caso CIADI n° ARB/05/10) y *Waguieh Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. Egipto* (Caso CIADI n° ARB/05/15). El actual Vicepresidente de la Corte, B. Sepúlveda, actuó como presidente en el caso *Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. (EMELEC) c. Ecuador* (Caso CIADI n° ARB/05/9).

Asimismo, R. Abraham forma parte del tribunal encargado de resolver la controversia entre *Millicom International Operations B.V. y Sentel GSM S.A. c. Senegal* (Caso CIADI n° ARB/08/20). K. Keith preside el tribunal arbitral en el caso *ConocoPhillips Company y otros c. Venezuela* (Caso CIADI n° ARB/07/30). A.A. Yusuf figura como miembro de los Comités *ad hoc* que deben ventilar las solicitudes de anulación presentadas en el caso *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömü Kft. c. Hungría* (Caso CIADI n° ARB/07/22) y en el caso *RSM Production Corporation c. República Centro Africana* (Caso CIADI n° ARB/07/2). Ch. Greenwood participa como miembro del tribunal arbitral en el caso *European American Investment Bank AG c. Eslovaquia*. Y J. Donoghue, nada más ocupar su cargo como miembro de la Corte, ha sido designada para formar parte del tribunal arbitral en el caso *Rafat Ali Rizvi c. Indonesia* (Caso CIADI n° ARB/11/13). Mientras que A.A. Cançado Trindade se mantiene como árbitro de un tribunal constituido en 2006, antes por tanto de su elección como miembro de la Corte, en el caso *Asset Recovery Trust S.A. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/05/11).

En nuestros días, ocho de los quince miembros de la Corte están vinculados al arbitraje de inversiones. Por consiguiente, a tenor de la práctica más reciente parece que la compatibilización de funciones como Juez y árbitro se ha extendido al resto de miembros de la Corte, más allá del Presidente y Vicepresidente.

La participación entusiasta de miembros de la Corte en el arbitraje de inversiones constituye seguramente un efecto de la expansión experimentada por este medio de arreglo de las controversias inversor-Estado en los últimos años. Se trataría, además, de una extensión de las funciones que ya han venido compatibilizando los miembros de la Corte en el arbitraje interestatal. En nuestros días algunos miembros de la Corte también forman parte de este tipo de tribunales, por ejemplo, en el arbitraje entre Mauricio y el Reino Unido (Ch. Greenwood) y entre Pakistán e India (P. Tomka). Si tradicionalmente se ha admitido que los miembros de la Corte mantengan este “double chapeau” en el Palacio de la Paz para un mejor y más uniforme desarrollo del DI¹¹, no es de extrañar que la mayoría de los jueces haya decidido adentrarse también en el arbitraje de inversiones. Aunque el impacto de esta modalidad de “*cross-fertilization* judicial” en el funcionamiento y la jurisprudencia de la Corte está por determinar, se han alzado voces críticas contra la misma. Así, quien fuera Juez del TJ J. Malenovsky, ha señalado en el curso impartido durante el verano de 2010 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya que esta práctica “se concilie mal avec l’exigence des apparences de l’indépendance de la justice internationale”¹².

Entendemos que la presencia de antiguos miembros de la Corte en el arbitraje de inversiones puede resultar positiva, en tanto que facilita la utilización de los conceptos y categorías propias del DI general, frecuente y erróneamente relegadas por aquellos árbitros formados principalmente en el Derecho mercantil interno e internacional, pero que resultan necesarias para interpretar y aplicar los APPRI. En este sentido, por ejemplo, resultan significativos los esfuerzos como árbitros de inversiones tanto de M. Bedjaoui como de G. Guillaume por establecer un concepto de medidas provisionales afín con los parámetros marcados por la Corte. Asimismo, deben destacarse las constantes referencias a la jurisprudencia de la Corte presentes en los laudos y decisiones sustanciados por los tribunales o comités en los que ha participado P. Tomka.

No obstante, no podemos dejar de preguntarnos si el ejercicio de la función judicial en La Haya es compatible con el arbitraje de inversiones o si, mientras se desarrolla su mandato, los miembros de la Corte deberían abstenerse o al menos limitar su participación en este último tipo de procedimientos relacionados con el DI económico, donde se ventilan importantes cuestiones para los Estados que podrían colisionar con sus intereses en alguno de los casos incluidos en la lista general de la Corte. Lo que resulta evidente es que una eventual prohibición o limitación de esta compatibilización de funciones debería ser en todo caso dirigida desde la Asamblea General y/o el

¹¹ A/C.5/50/18, de 2-11-1995, pár. 32.

¹² J. MALENOVSKY, “L’indépendance des juges internationaux”, en *Recueil des Cours de l’Académie de droit internationale*, t. 349 (2010), 9-276, pp. 67-68 y 73.

Consejo de Seguridad¹³, pues no parece que los miembros de la Corte estén por la labor de adoptar medidas en este sentido¹⁴. Tal vez, no obstante, para validar empíricamente las anteriores reflexiones haya que esperar a que alguna de las partes en un arbitraje de inversiones decida recusar al presidente de un tribunal arbitral por su condición de miembro de la Corte o que algún miembro de la Corte deba abstenerse de participar en un caso presentado ante ella al haber sido el árbitro designado por algún Estado parte en un arbitraje de inversiones anterior.

Así las cosas merece la pena valorar la participación, sólo tras desvincularse de la Corte, de E. Jiménez de Aréchaga como presidente en el caso *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. Camerún y Société Camerounaise des Engrais* (Caso CIADI n° ARB/81/2) y el caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Egipto* (Caso CIADI n° ARB/84/3), así como árbitro en el caso *Colt Industries Operating Corporation c. República de Corea* (Caso CIADI n° ARB/84/2). Asimismo, G.C. Weeramantry, miembro entre 1991-2000 y Vicepresidente entre 1997-2000 participó posteriormente en el caso *Joy Mining Machinery Limited c. Egipto* (Caso CIADI n° ARB/03/11). Por último, S. Schwebel, miembro de la Corte entre 1981-2000 y Presidente entre 1997-2000, tras abandonar sus responsabilidades en La Haya ha desarrollado una muy activa carrera profesional como árbitro, presidiendo el caso *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI n° ARB(AF)/99/2), el caso *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI n° ARB/02/7), el caso *Fondel Metal Participations B.V. c. Azerbaijón* (Caso CIADI n° ARB/07/1) y el caso *ALAS International Baustoffproduktions AG c. Bosnia y Herzegovina* (Caso CIADI n° ARB/07/11). También ha participado en diversos Comités *ad hoc* (*Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia* [(Caso CIADI n° ARB/05/10), *Waguïh Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. Egipto* (Caso CIADI n° ARB/05/15), *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazajstán* (Caso CIADI n° ARB/05/16) y *Helnan International Hotels A/S c. Egipto* (Caso CIADI n° ARB/05/19)].

V. En cuanto a la obligación de protección de la inversión cabe destacar la tarea desempeñada por los tribunales arbitrales constituidos en el marco del CIADI para desarrollar autónomamente el contenido del concepto de trato justo y equitativo. Es bien conocido que esta concepción del trato justo y equitativo no es compartida por los Estados partes en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. En este sentido, los tribunales del CIADI han recordado que, para determinar la existencia de una violación del trato justo y equitativo, no se precisa probar la mala fe y que, por ejemplo, la vulneración de las legítimas expectativas creadas al inversor por parte de las autoridades administrativas del Estado receptor podría contravenir dicha obligación convencional. Asimismo, se aprecia que los argumentos de los tribunales que conocen arbitrajes contra Argentina en los que se discute la aplicación del estado de necesidad

¹³ A/50/7/Add.11, de 12-12-1995, pág. 15.

¹⁴ *Report of the International Court of Justice 1 August 1995 - 31 July 1996, General Assembly Official Records - Fifty-first Session Supplement No. 4 (A/51/4)*, de 19-9-1996, pág. 199.

como causa de exclusión de la ilicitud o se alegan las cláusulas de limitación de la responsabilidad no han variado respecto a los presentados en nuestra crónica de 2010.

VI. Merece la pena referirse a un par de tendencias relacionadas con el arbitraje de inversiones que se vienen observando en el último año. Por primer lugar, se están haciendo esfuerzos por investir de más transparencia a estos procedimientos frente a la opinión pública en general. En este sentido, destaca la retransmisión a través de Internet de las audiencias públicas de dos arbitrajes de inversión [*Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador* (Caso CIADI n° ARB/09/12) y *Railroad Development Corporation c. Guatemala* (Caso CIADI n° ARB/07/23)] desarrollados conforme al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos de América. En segundo lugar, se aprecia un creciente recurso al mecanismo de la recusación de los componentes del tribunal arbitral. A nuestro juicio, esta práctica es consencuencia de la compleja compatibilidad que supone el desempeño de las funciones como árbitro de controversias relativas a inversiones y el ejercicio de la práctica forense como abogado de parte.

VII. Para finalizar, otra de las cuestiones que destacan en la presente crónica tiene que ver con la asunción por parte de la UE de la competencia en materia de protección de las inversiones extranjeras directas. En los últimos tres años se viene generando una jurisprudencia en el TJ que pone de relieve los problemas derivados de la interacción entre el DI económico y el Derecho de la UE. Este fenómeno también se ha constatado directamente en el arbitraje de inversiones, donde la Comisión Europea ha tratado de intervenir como tercero en diversos procedimientos que tenían como objeto la impugnación de medidas nacionales contrarias a un APPRI, pero conformes con el Derecho de la UE. En el momento de cerrar esta crónica, las instituciones europeas discuten una propuesta de la Comisión Europea que estaría destinada a hacer compatibles los APPRI celebrados por los Estados miembros y terceros Estados con el Derecho de la UE.