

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS, A.C.



EL VALOR JURÍDICO DE LOS PRERREQUISITOS DE ARBITRAJE
EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIÓN EXTRANJERA

TESINA
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
JUAN PABLO HUGUES ARTHUR

DIRECTORA DE LA TESINA:
MTRA. KATE BROWN DE VEJAR

MÉXICO, D.F. JUNIO 2013

A mi mamá, por el ejemplo y la inspiración.

A mi papá, por la fe y el esfuerzo.

A Ale, por el apoyo tan cercano, aún estando tan lejos.

A María, entre todos y todas, mi abogada favorita.

A Emilio, por crecer conmigo.

A los 5. Esto es por y para ustedes.

Agradecimientos

El número de personas al que le estoy agradecido por apoyarme durante este trabajo supera las páginas del mismo. Sin embargo, no puedo dejar pasar la oportunidad de plasmar en éste aquellas personas que fueron una parte fundamental, no solo durante la construcción de esta tesina, sino en mi formación como abogado. Primero, al Mtro. Luis Jardón Piña. Gracias por enseñarme este arte y pasión que ahora compartimos: el Derecho Internacional Público. Sobre todo, gracias por el tiempo que me diste, la paciencia que me tuviste, los consejos que me brindaste y la sabiduría que me transmitiste. Tanto en el ámbito personal como en el académico y profesional. Estoy convencido que sin todo lo anterior, ningún logro de mis últimos dos años hubiera sido ni posible, ni imaginable. De igual forma, quiero agradecer al abogado que me enseñó a aprender Derecho Internacional Público, Camilo. Gracias por brindarme tu amistad, ser campeón conmigo y, después, hacerme campeón.

Segundo, a la Mtra. Jimena Moreno González. Gracias por creer en mí y apoyarme sin ningún interés desde el primer momento en que pisé el CIDE hasta el día de hoy. Gracias también por tomar las riendas de este trabajo y hacer de una mezcla ideas difícil de comprender, una tesina. Asimismo, agradezco todos los consejos y las horas de discusión a la Mtra. Kate Brown de Vejar quien, a pesar de la adversidad, nunca dejó de brindarme sus invaluable aportaciones y mostrar interés en este trabajo. Sin usted, ni siquiera la idea del mismo hubiera sido posible.

Tercero, a Lau, Ale, Regina, Fer y Luis. Gracias por abrirme las puertas de sus casas y, así, demostrarme que dejar un hogar no es tan malo y, sobre todo, ayudarme a pasar este sueño de lo ideal a lo real.

También quiero agradecer a todas aquellas personas que, por un lado, se formaron como abogados conmigo e hicieron de ello una inolvidable experiencia y a las demás que, por el otro lado, hicieron de mi vida en esta capital algo mucho más divertido que solamente los estudios. Gracias Amalia, Ame, Clau, Etzel, Gaby, Lidana, Rafa, Santiago, Toño y todos mis compañeros Jessup.

Finalmente, agradezco a la Secretaría de Educación Pública ya que esta tesina se ha realizado con el apoyo de beca de dicha dependencia y del Gobierno Mexicano.

Índice

Introducción	1
Capítulo I. El marco conceptual: jurisdicción, admisibilidad y <i>seisin</i>.....	4
1.- <i>Jurisdicción, admisibilidad y <i>seisin</i> en el marco del DIP</i>	6
(i) <i>Jurisdicción</i>	6
(ii) <i>Admisibilidad</i>	8
(iii) <i>Seisin</i>	10
2.- <i>Jurisdicción, admisibilidad y <i>seisin</i> en el marco del DIIE.....</i>	12
(i) <i>Semejanzas de las instituciones jurídicas procesales entre DIP y DIIE</i>	13
(ii) <i>Diferencias y particularidades de las instituciones jurídicas procesales en DIIE.....</i>	15
Capítulo II. La calificación conceptual y jurídica de los prerequisites de arbitraje ..	20
1.- <i>Naturaleza conceptual de la cláusula en cuestión</i>	20
(i) <i>Negociaciones previas por un periodo específico</i>	20
(ii) <i>Litigio en cortes nacionales por un periodo específico</i>	21
2.- <i>Interpretación jurídica de los prerequisites de arbitraje</i>	23
3.- <i>Valor jurídico de los prerequisites de arbitraje</i>	29
(i) <i>Admisibilidad</i>	29
(ii) <i>Seisin y jurisdicción</i>	30
4.- <i>Consecuencias fácticas y jurídicas de un <i>seisin</i> inválido.....</i>	32
(i) <i>Consecuencias jurídicas</i>	32
(ii) <i>Consecuencias fácticas</i>	33
5.- <i>Trato de Nación Más Favorecida como alternativa a los prerequisites de <i>seisin</i> del tribunal.....</i>	36
Capítulo III. El marco jurisprudencial: la evolución del tratamiento de los prerequisites de arbitraje en inversión extranjera	39
1.- <i>Los casos</i>	40
(i) <i>Ethyl Corp v Canada.....</i>	40
(ii) <i>Maffezini v España.....</i>	43
(iii) <i>Ronald S. Lauder v Czech Republic.....</i>	44
(iv) <i>Bayindir v Pakistan</i>	46
(v) <i>BG Group v Argentina</i>	48
(vi) <i>Wintershall v Argentina</i>	50
(vii) <i>Murphy v Ecuador.....</i>	52
(viii) <i>Argentina v BG Group</i>	53
(ix) <i>ICS v Argentina</i>	54
(x) <i>Daimler v Argentina.....</i>	56
2.- <i>Análisis</i>	57
Conclusión	59
Bibliografía.....	61
Tabla de Casos	64
<i>Corte Internacional de Justicia</i>	64
<i>Corte Permanente de Justicia Internacional.....</i>	65
<i>Laudos Arbitrales</i>	65

<i>Tribunal de Demandas EUA-Iran</i>	67
<i>Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia</i>	67
<i>Casos domésticos</i>	67
Tabla de Tratados Internacionales, Documentos de Organizaciones Internacionales y Legislación Internacional	68
<i>Tratados Internacionales</i>	68
<i>Documentos de Organizaciones Internacionales</i>	69
<i>Legislación Internacional</i>	69

Introducción

En el estado actual del Derecho Internacional Público (“DIP”) el desarrollo de las reglas procesales de resolución de disputas internacionales, y la regulación del tratamiento de la inversión extranjera son dos campos de la mayor trascendencia y relevancia.¹

Por un lado, las reglas procesales de resolución de disputas internacionales determinan (i) el marco competencial dentro del cuál un órgano adjudicatario podrá ejercer sus funciones jurisdiccionales y (ii), lo que es aún más relevante, la medida en la cual podrá decidir sobre los derechos y obligaciones de un ente soberano en la arena internacional: los Estados. En general, la determinación de los dos puntos anteriores es directamente proporcional al consentimiento del Estado ya que ningún órgano adjudicatario puede pronunciarse sobre los derechos y obligaciones internacionales de un Estado sin el consentimiento del mismo. Esto deriva de los principios fundamentales del DIP y las relaciones internacionales.

Por otro lado, con base en las reglas y principios históricos de protección de individuos extranjeros por Estados receptores, el Derecho Internacional de Inversión Extranjera (“DIIE”) se presenta hoy como un conjunto de reglas y derechos de carácter sustantivo y procesal ligado a la inversión de individuos en territorio foráneo.² En la dinámica de las relaciones económicas internacionales y la economía globalizada, el DIIE es actualmente uno de los campos más dinámicos del DIP.³ Pero también impredecible, hasta contradictorio. Esto presenta graves problemas para el DIIE, en particular, y para el

¹ G Libl, ‘International Economic Law’ en M D Evans, *International Law*, (3ra edn, Oxford University Press, 2010) p. 248.

² R Dolzer y C Schreuer, *Principles of International Investment Law*, (2da edn, Oxford University Press) pp. 7 – 24.

³ J Crawford, ‘Foreword’ en Z Douglas, *The International Law of Investment Claims* (1ra edn, CUP, New York, 2009).

DIP en general como un sistema jurídico, ya que cuestiona la legitimidad de ambos sistemas.⁴

En el desarrollo de los siguientes capítulos comprobaré que los prerequisites de arbitraje internacional en materia de DIIE son condiciones de *seisin* del tribunal internacional que, en caso de incumplimiento, imposibilitan el tratamiento del fondo de una disputa por un órgano adjudicatario. La valoración jurídica de estos prerequisites ha variado entre el DIP y el DIIE, por un lado, y en el seno del mismo DIIE, por el otro. La variación valorativa radica en que en el momento de encuadrar estos prerequisites en las instituciones procesales de jurisdicción, admisibilidad o *seisin* – conceptos que explicaré más adelante – se ha llegado a resultados distintos. Algunos tribunales y doctrinarios han considerado dichos prerequisites como elementos irrelevantes, los cuales, en presencia de su incumplimiento por parte del demandante, no impiden al órgano adjudicatario pronunciarse sobre el fondo del caso. Otros han establecido que estos prerequisites sí son fundamentales y, en presencia de su incumplimiento, se han declarado incompetentes para resolver la disputa. No obstante, bajo mi punto vista a comprobar en esta investigación, al final, estos prerequisites tienen un mismo valor jurídico armónico tanto en DIP como en DIIE. Justo en este último punto radica la relevancia de esta investigación ya que, entonces, la referida contradicción es aparente y, por lo tanto, la pérdida de legitimidad, infundada.

⁴ M Dimsey, *The Resolution of International Investment Disputes: International Commerce and Arbitration* 98 (Ingeborg Schwenzer ed., 2008); C N Brower, C H Brower II & J K Sharpe, *The Coming Crisis in the Global Adjudication* (2003) 19 *Arbitration International* 415; D W Rivkin, *Towards a New Paradigm in International Arbitration: The Elder Town Model Revisited* (2008) 24 *Arbitration International* 375, p. 377 M Waibel, A Kaushal, K Liz Chung & C Balchin, ‘The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality’ en M Waibel, A Kausahl, K Liz Chung & C Balchin (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, (Kluwer Law International, The Netherlands), p. xxxvii.

Para comprobar todo lo anterior, dividiré el siguiente trabajo en tres capítulos. En el primero, explicaré las 3 instituciones jurídicas distintas en las cuáles los prerequisites o condiciones de arbitraje objeto de este estudio podrían encajar: jurisdicción, admisibilidad y *seisin*. En ese mismo capítulo, profundizaré sobre el significado de cada institución, su relevancia, su tratamiento en la práctica y la doctrina internacional y, sobre todo, sus diferencias. Todo lo anterior en el contexto del DIP y el DIIE.

En el segundo capítulo desarrollaré el valor conceptual y jurídico de los prerequisites de arbitraje. A través de un ejercicio de interpretación jurídica, los enmarcaré en una de las instituciones jurídicas estudiadas en el primer capítulo. Además, explicaré las consecuencias fácticas y jurídicas de dicha enmarcación y cómo es que algunos inversionistas han encontrado en la práctica una salida a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de estos prerequisites.

Finalmente, presentaré la evolución jurisprudencial del tratamiento de los prerequisites de arbitraje. Explicaré los precedentes más relevantes en este tema, cómo es que se ha interpretado a los prerequisites de arbitraje en cada uno de estos precedentes, qué valor se les han dado y, sobre todo, cuál ha sido el cambio (si es que ha habido alguno) de este tratamiento y valorización de los prerequisites de arbitraje. Por último, a la luz de los dos capítulos anteriores, desarrollaré una crítica de cada una de las decisiones presentadas.

Capítulo I

El marco conceptual: jurisdicción, admisibilidad y *seisin*

Tratándose de conceptos de derecho procesal internacional, la definición de un marco conceptual resulta una tarea un tanto compleja. En primer lugar, los estudios serios y profundos de estos conceptos en DIP son escasos.⁵ En segundo lugar, y sobre todo, estos mismos conceptos que conforman el derecho procesal internacional no han sido distinguidos tajantemente y son confundidos de forma cotidiana. Este problema se presenta con especial claridad en el objeto de este trabajo de investigación. Para identificar este objeto, utilizaré una cláusula que denominaré como genérica. En la misma, traslapan las instituciones jurídicas que a continuación desarrollaré y funcionará para dar una interpretación y valoración de los prerequisites de arbitraje. La cláusula está formulada de la siguiente manera:

“Las disputas relacionadas con una inversión **deberán** ser o negociadas o sometidas a la decisión de un tribunal competente del Estado parte en cuyo territorio se haya llevado a cabo la inversión. Estas disputas deberán ser sometidas a arbitraje internacional cuando o (i) hayan transcurrido 6 meses desde el inicio de negociaciones de la disputa; o (ii) después de un periodo de dieciocho meses a partir del momento en que la disputa fue presentada ante el tribunal competente del Estado parte en cuyo territorio se haya llevado a cabo la inversión, dicho tribunal no haya dado su decisión final; (iii) o cuando ya exista una decisión final pero las Partes sigan en disputa.”⁶

Esta cláusula, que contiene prerequisites de arbitraje es, entonces, jurisdiccional: versa sobre la jurisdicción de tribunales internacionales. No obstante, en el litigio internacional,

⁵ C F Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, (Kluwer Law International, La Haya, 2003) (En adelante: Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*), pp. 50, 58.

⁶ En realidad, esta cláusula genérica es muy similar a la contenida en el Tratado de Inversión entre Argentina y el Reino Unido y el Tratado de Inversión entre Argentina y Alemania. Un número relevante de los casos que analicé en el presente trabajo, se sustentaron en estas cláusulas. Por esto, la relevancia de establecer una cláusula genérica similar.

el término “jurisdicción” *latu sensu* ha englobado otros conceptos que se diferencian entre sí y con el término genérico en la especie como (i) la facultad del órgano adjudicatario para decidir sobre su capacidad para resolver una disputa (*compétence de la compétence* en francés y *kompetenz-kompetenz* en alemán); (ii) la correcta y legal constitución del órgano adjudicatario;⁷ (iii) la existencia de deficiencias fundamentales de la disputa que se presenta ante el órgano a la luz del instrumento constitutivo del mismo, en términos de las personas y la materia de la *litis* (*compétence* del órgano), y (iv) la existencia de deficiencias inherentes a la demanda que son subsanables pero impiden el análisis de los méritos de la disputa (*les conditions de recevabilité* o admisibilidad de la demanda).⁸

Así, amén de establecer un lenguaje prudente y, por supuesto, definir el marco conceptual en el presente estudio, desarrollaré exclusivamente los conceptos e instituciones de jurisdicción en sentido estricto o específico, admisibilidad y *seisin* – que, aunque no ha sido englobado en el término jurisdicción en sentido lato, el mismo concepto afecta directamente a la facultad de un órgano adjudicatario de analizar los méritos de una *litis*, cuestión fundamental de este trabajo. La elección de este marco conceptual no es arbitraria. La razón de esta elección descansa en el hecho de que, como se verá más adelante, tanto la jurisprudencia como la doctrina ha encuadrado la cláusula genérica objeto de esta investigación en alguna de estas tres instituciones. Entonces, primero desarrollaré el significado de estos conceptos en el DIP general y, después, en el DIIE para comprobar sus diferencias y similitudes en ambos ámbitos jurídicos.

⁷ *Prosecutor v Dusko Tadic* (Jurisdiction) ICTY-94-1- AR72 (2 October 1995).

⁸ Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals* (n.5), p. 65.

1.- Jurisdicción, admisibilidad y seisin en el marco del DIP

(i) Jurisdicción

En el DIP, la base absoluta y única de jurisdicción de tribunales o cortes internacionales en sentido estricto es el consentimiento de las partes de la disputa.⁹ A través de dicho consentimiento, el Estado que participa de una disputa internacional renuncia a una parte de su soberanía para someterse a la decisión sustancial de derechos y obligaciones por parte de un órgano adjudicatario.¹⁰ Como ejemplo ilustrativo, en los años 20 se creó una Comisión de demandas entre Estados Unidos de América y México para resolver una controversia entre ambos Estados – la ejecución de un estadounidense por el gobierno de México.¹¹ Dicha Comisión, al analizar su poder para resolver la controversia, determinó que jurisdicción es el poder de un tribunal de decidir un caso con base en la ley o el instrumento que le otorga dicho poder.¹² Es decir, la ley o instrumento que contiene justamente el consentimiento del Estado.

⁹ American Convention on Human Rights (Adoptada el 22 de noviembre de 1969, entró en vigor el 18 de julio de 1978) OASTS 36, OAS Off Rec OEA/ Ser L/II 23, Doc 21, Rev 6 (1979), art. 45; Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Adoptada el 4 de noviembre 1950, entró en vigor el 3 de septiembre de 1952) ETS 5 (1950) después del Protocolo No 11, 11 mayo 1994, ETS 155 (1994), art. 46; Statute of the International Court of Justice (Adoptado el 25 de junio de 1945, entró en vigor el 24 de octubre de 1945) 1 UNTS 993, art 36; *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Rwanda) (New Application: 2002) (Jurisdiction and Admissibility)* [2006] (En adelante: *Armed Activities on the Territory of the Congo*) ICJ Rep 6 § 65; *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* [1982] Judgment, ICJ Rep 192 § 43. Lo anterior, a diferencia del Derecho Nacional o el Derecho Internacional Privado, en el que la jurisdicción es un poder de los tribunales que deriva de la soberanía y el poder público del Estado y consiste en la aplicación de normas jurídicas a la resolución de una disputa. L Pereznieto Castro, *Derecho Internacional Privado*, (9na edn, Oxford University Press, 2011) p. 290.

¹⁰ *Amco v Indonesia* (Decision on Jurisdiction) 1 ICSID Reports 393 (25 September 1983) p. 397.

¹¹ *Geniem Lantam Eltom v Los Estados Unidos Mexicanos* (Decisión No. 149) (Registro No. 2374) (13 de mayo de 1929) (Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1781/170.pdf>, fecha de consulta: 20 marzo 2013).

¹² Z Douglas, *The International Law of Investment Claims*, (Cambridge University Press, Nueva York: 2009) (En adelante: Douglas, *The International Law of Investment Claims*) p. 144; B Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, (Grotius Classic Reprint Series, 1953), p. 259.

Esta misma expresión de voluntad y consentimiento determina el espectro general sobre el cual recae el poder jurisdiccional y la competencia del tribunal en cuestión.¹³ Mientas que el consentimiento en general se considera la atribución de jurisdicción (*l'attribution de jurisdiction*), su contenido significa el entendido de jurisdicción (*l'entendue de jurisdiction*).¹⁴ En particular, dicho entendido determinará la jurisdicción *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis* y *ratione loci*. En términos generales, la jurisdicción *ratione materie* comprende la materia legal específica que podrá resolver el tribunal;¹⁵ la *ratione personae* trata sobre los sujetos específicos sobre los cuáles el mismo tribunal podrá ejercer jurisdicción;¹⁶ la *ratione temporis* determina el intervalo de tiempo específico durante el cuál el tribunal podrá ejercer su jurisdicción,¹⁷ y la *ratione loci* determina el territorio sobre el cuál el tribunal tiene jurisdicción.¹⁸ Por lo tanto, no basta con tener un instrumento legal o de cualquier índole que efectivamente contenga el consentimiento de la jurisdicción de un tribunal internacional. Es necesario tomar en cuenta todos y cada uno de los elementos de este instrumento para determinar el espectro material, personal, temporal y territorial sobre el cuál recae dicha jurisdicción.

¹³ Douglas, *The International Law of Investment Claims* (n.12), pp. 145, 186-187; A Pellet, *The Anatomy of Courts and Tribunals*, (2208) 7 *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, p. 275.

¹⁴ Los términos en inglés han sido tan confundidos que su distinción ya no queda clara. Por eso, vale la pena la presentación de los términos en francés. Véase Douglas, *The International Law of Investment Claims* (n.12), p. 142: "To avoid negotiating the terminological quagmire as a preliminary step in this discussion, three concepts will be introduced and distinguished without using the common terms of art. Instead, the relevant French terms are identified insofar as they are less corrupted by bad practice than their English equivalents."

¹⁵ Douglas, *The International Law of Investment Claims* (n.12), p. 8; Véase *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans in France* [1929] Series A No 20 PCIJ, p. 4; *Case Concerning the Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Contracted in France* [1929] Series A No 15 PCIJ, p. 93.

¹⁶ Douglas, *The International Law of Investment Claims* (n.12), p. 144.

¹⁷ *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia)* [1996] (Preliminary Objections) Judgment ICJ Rep 595 p. 595 § 34.

¹⁸ La discusión de jurisdicción *ratione loci* ha tenido mucho mayor atención en el contexto de la Corte Europea de Derechos Humanos. Véase C F Amerasinghe, *Jurisdiction of Specific International Tribunals*, (Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2009), p. 343.

No obstante, no sólo el consentimiento de las Partes hace posible que un conflicto sea resuelto en el fondo por un tribunal internacional. *Mutatis mutandis*, podríamos encontrarnos en el supuesto en el que, no obstante las Partes han consentido en la jurisdicción de un tribunal internacional, la falta de requisitos procedimentales y de idoneidad legal de la demanda impida una resolución de los méritos de la disputa.¹⁹ En estas situaciones, nos encontramos en discusiones de admisibilidad de demandas (*les conditions de recevabilité*).²⁰

(ii) Admisibilidad

Este concepto ha sido diferenciado del concepto de jurisdicción en estricto sentido²¹ principalmente por la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”). Una de las decisiones más importantes y controvertidas de la CIJ sobre este concepto, se dió en la segunda fase del caso *South West Africa*.²² En dicho caso, Etiopía y Liberia buscaron ejecutar una provisión del mandato de África Sudoccidental, bajo una cláusula jurisdiccional de dicho Mandato. Aunque la Corte decidió en una primera fase que sí tenía jurisdicción en estricto sentido, posteriormente resolvió que no existía un interés legal ni de Etiopía ni de Liberia sobre el asunto de la disputa. Por lo tanto, la demanda era inadmisibile y la Corte rechazó analizar el fondo de la misma.²³ En DIP se habla de inadmisibilidad de una demanda, además de cuando no existe un interés legal, *inter alia* cuando la demanda (i)

¹⁹ J Crawford, *Brownlie’s Principles of International Law*, (8va edn, Oxford University Press, 2012) (En adelante: J Crawford, *Brownlie’s Principles of International Law*) p. 693.

²⁰ Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals* (n.5), p. 241.

²¹ *Interhandel case (Switzerland v. United States of America)* [1959] (Preliminary Objections) ICJ Rep 6 (En adelante: *Interhandel Case*); *Nottebohm (Liechtenstein v Guatemala)* [1954] ICJ Rep 4, 15, 25.

²² La Corte Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, siempre ha tratado las cuestiones preliminares, aún y cuando sean cuestiones de jurisdicción, como *conditions de recevabilité*. La distinción entre jurisdicción y admisibilidad en dicha Corte es nula, por lo que los conceptos no tienen ningún sentido en el mismo. Véase P Van Dijk, F Van Hoof, A Van Rijn and L Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (Hart Publishing, Oxford, 2006).

²³ *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)* [1962] (Preliminary Objections) ICJ Rep p. 319; *South-West Africa Cases (Second Phase)* [1966] ICJ Rep p. 6.

es nueva con respecto al conflicto en cuestión;²⁴ (ii) no se han desahogado las instancias nacionales o locales previa la instauración de procedimientos internacionales;²⁵ (iii) la disputa ya ha sido resuelta;²⁶ (iv) la misma no se refiere al objeto específico de la disputa presentada por las Partes;²⁷ (v) la demanda implica la participación de un tercero,²⁸ o (vi) no se han cumplido prerequisites procesales como negociaciones²⁹ (esto será analizado con posterioridad). Por lo tanto, la admisibilidad, trata sobre la idoneidad de una demanda para ser resuelta por un tribunal y no cuestiona el consentimiento dado por las Partes.³⁰

Preliminarmente, la distinción entre jurisdicción y admisibilidad sólo es una cuestión de arte.³¹ Sin embargo, en términos de Jan Paulsson “es vital entender la distinción fundamental entre los dos conceptos, ya que, de hecho, son tan diferentes como el día y la noche [...] [y aunque] hay una zona de crepúsculo entre los dos, solo un ingenuo argumentaría que la existencia de una zona de crepúsculo es prueba de que el día y la noche no existen.”³²

No obstante, aún con definiciones medianamente precisas de jurisdicción y admisibilidad, la línea entre ambos conceptos no es fácil de detectar.³³ La doctrina y la práctica han esbozado parámetros objetivos que brinden luz sobre cuando nos

²⁴ *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v Australia)* [1992] ICJ Rep p. 240.

²⁵ *Interhandel Case* (n.21), p. 28.

²⁶ *Case concerning the territorial and maritime dispute (Nicaragua v Colombia)* (Preliminary Objections) [2007] ICJ Rep 832, pp. 872 – 875 §§ 133-140.

²⁷ *Armed Activities on the Territory of the Congo* (n.9), pp. 6, 38 – 41.

²⁸ *East Timor Case (Portugal v Australia)* ICJ Rep 1995, p. 90; *Case of the monetary gold removed from Rome in 1943* [1954] (Preliminary Question) ICJ Rep 1954 p. 19.

²⁹ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)* [1986] (Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application) ICJ Rep 14 § 83.

³⁰ J Paulsson, *Jurisdiction and admissibility* (2005) Global Reflections of International Law, Commerce and Dispute Resolution ICC Publishing 693 (En adelante: Paulsson, *Jurisdiction and admissibility*).

³¹ *Ibidem*.

³² “[I]t is vital to understand the fundamental distinction between the two concepts. They are indeed as different as night and day. It may be difficult to distinguish the dividing line between the two. There is a twilight zone. But only a fool would argue that the existence of a twilight zone is proof that day and night do not exist.” (Traducción propia). Paulsson, *Jurisdiction and admissibility* (n.30), p. 603.

³³ Paulsson, *Jurisdiction and admissibility* (n.30), p. 602.

encontramos ante objeciones jurisdicción y cuando nos encontramos ante objeciones de admisibilidad. En general, un aproximamiento considerable es el siguiente: si la objeción cuestiona el poder o facultad misma del tribunal para resolver el caso como un todo, la objeción es de jurisdicción; si la objeción cuestiona la idoneidad de una demanda particular para ser resuelta en el fondo en el momento relevante del procedimiento, la objeción es de admisibilidad.³⁴

(iii) *Sesin*

Finalmente, en términos de derecho procesal internacional, *seisin* es otro concepto fundamental.³⁵ Sin embargo, el estudio del mismo no es tan amplio como los otros explorados y su tratamiento formal, al menos en la CIJ, comenzó a partir de 1995.³⁶ *Grosso modo*, el *seisin* engloba los pasos formales que representan³⁷ la manera a través de la cual se debe iniciar un procedimiento ante un órgano adjudicatario y notificarse (en el sentido amplio de la palabra) la demanda o disputa que se pretende litigar.³⁸ La validez o invalidez del *seisin* está determinada por ciertas condiciones generalmente estipuladas en los instrumentos procesales y constitutivos propios del tribunal o corte en la que se presenta la demanda, pero que también se pueden encontrar en los instrumentos que

³⁴ *Ibid.* p. 601; J Crawford, *Brownlie's Principles of International Law* (n.19), p. 693; Douglas, *The International Law of Investment Claims* (n.12), p. 147; *ICS Inspection and Control Services Limited v The Argentine Republic* (Award on Jurisdiction) (10 February 2012) PCA Case No. 2010-9 (*En adelante: ICS v Argentina*) § 258; *Armed Activities on the Territory of the Congo* (n.9) p. 6 § 88.

³⁵ P Weil, 'Compétence et saisine: un nouvel aspect du principe de la juridiction consensuelle' en J Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the Twenty First Century*, (Brill Academic Publishers, Países Bajos, 1996) (*En adelante: Weil, Compétence et saisine: un nouvel aspect du principe de la juridiction consensuelle*), p. 833.

³⁶ H Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960–1989 (Parts Nine and Ten)* (2001) 1 *British Yearbook of International Law* 2011, (*En adelante: H Thirlway, The Law and Procedure of the International Court of Justice*) p. 38.

³⁷ S Rosenne, *The Law and Practice of the International Court of Justice*, vol II (Martinus Nijhoff 4ta edn, 2006), p. 561.

³⁸ E Jouannet, *La saisine dans le droit international ou la simplicité dans la diversité*, Université Phantéon – Sorbonne (Disponible en http://cerdin.univ-paris1.fr/IMG/pdf/Saisine_en_droit_international-Jouannet.pdf, fecha de consulta: 2 enero 2013) (*En adelante: Jouannet, La saisine dans le droit international ou la simplicité dans la diversité*).

contienen el consentimiento de jurisdicción de tribunales.³⁹ El examen del cumplimiento de la validez del *seisin*, precede el examen de la jurisdicción misma de la corte o tribunal y la admisibilidad de la demanda,⁴⁰ por lo que se ha argumentado que sólo como resultado de un *seisin* válido, el tribunal o la corte tendrán *compétence de la compétence*. Es decir, la facultad para decir su jurisdicción.⁴¹

Un *seisin* inválido es subsanable, por lo que su invalidez no ataca de fondo la jurisdicción del tribunal.⁴² Empero, esta misma invalidez sí puede traducirse como una falta de jurisdicción *latu sensu* del órgano adjudicatario. Así, aún y cuando algunos autores consideran la validez del *seisin* como una condición de admisibilidad,⁴³ la CIJ, en el caso *Qatar Bahrain case (Jurisdiction and admissibility)*, al igual que otros autores,⁴⁴ estableció:

[...] Es cierto que, como un acto de iniciación de procedimientos, el *seisin* es un paso procedimental independiente de la base jurisdiccional invocada y, como tal, está gobernado por el Estatuto y las Reglas de la [CIJ]. Sin embargo, la [CIJ] no está facultada para resolver un caso en tanto y cuanto la base jurisdiccional relevante no haya sido complementada por el necesario acto de *seisin*: desde este punto de vista, la pregunta sobre la validez del *seisin* parece ser una pregunta de jurisdicción.⁴⁵ (Énfasis añadido).

³⁹ *Ibidem*. Por ejemplo, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia o las reglas de la misma. De hecho, el Profesor Jouannet establece: “*dis-moi quelle juridiction tu es, je te dirai quelle saisine tu seras*” (dime a que jurisdicción perteneces y te diré que *seisin* serás) (Traducción propia).

⁴⁰ *Ibidem*. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals* (n.5), p. 67.

⁴¹ G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale de Justice* (Paris, A. Pedone, 1967) p. 14.

⁴² *Ibidem*

⁴³ Jouannet, *La saisine dans le droit international ou la simplicité dans la diversité* (n.38).

⁴⁴ E. Wyler, ‘La détermination par la Cour de sa propre compétence’ en C. Apostolidis (ed.), *Les arrêts de la Cour internationale de Justice*, (Dijon, Etudes universitaires de Dijon, 2005), p. 26.

⁴⁵ “It is true that, as an act instituting proceedings, *seisin* is a procedural step independent of the basis of jurisdiction invoked and, as such, is governed by the Statute and the Rules of Court. However, the Court is unable to entertain a case so long as the relevant basis of jurisdiction has not been supplemented by the necessary act of *seisin*: from this point of view, the question whether the Court was validly seized appears to be a question of jurisdiction.” *Case concerning Maritime Delimitations and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Jurisdiction and Admissibility)* [1995] ICJ Rep 6 p. 23. (traducción propia).

De hecho, en su más reciente jurisprudencia, la CIJ ha declinado su jurisdicción sobre el fondo de un caso por el incumplimiento de las condiciones de *seisin* y la consecuente invalidez del mismo, a pesar de la existencia de consentimiento.⁴⁶ Estos casos se estudiarán a profundidad más adelante.

2.- Jurisdicción, admisibilidad y *seisin* en el marco del DIIE

Un tribunal internacional determina *prima facie* su jurisdicción a partir del consentimiento de la Partes y con base en su instrumento constitutivo; es decir, su ley procesal.⁴⁷ No obstante, en cuanto a cuestiones preliminares y procedimentales dicho tribunal está de igual forma vinculado por lo reglas consuetudinarias procesales generales del DIP⁴⁸ que hacen congruentes los conceptos de jurisdicción, admisibilidad y *seisin*, y los demás mencionados al inicio de este capítulo, en todo el DIP. Los tribunales arbitrales de inversión extranjera, como tribunales internacionales, están vinculados por lo anterior.⁴⁹ Estos tribunales son efectivamente internacionales, en particular, porque resuelven disputas de carácter internacional; es decir, disputas entre un Estado y un extranjero.⁵⁰ Por lo tanto, cualquier órgano adjudicatario que resuelvan conflictos internacionales entre un Estado y un extranjero, ya sea con base en las reglas de arbitraje

⁴⁶ *Armed Activities on the Territory of the Congo* (n.9), §§ 87 – 88; *Case concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v Russian Federation Case)*, Decision on Preliminary Objections, [2011] ICJ Rep (En adelante: *Georgia v Russian Federation Case*), §§ 133 – 134. De igual forma, véase el análisis de los elementos de *seisin* (prerequisitos de judicialización de la disputa) de la CIJ en *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal)* [2012] ICJ Rep 144 §§ 56 – 63.

⁴⁷ C Brown, *A Common Law of International Adjudication*, (Oxford University Press 2007), p. 5; C Gray, *Judicial Remedies in International Law*, (Oxford University Press, 1987) pp. 122 – 127. .

⁴⁸ R Kolb, ‘General Principles of Procedural Law’ en A Zimmermann, C Tomuschat, & K Oellers-Frahm (eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, (Oxford University Press 2006) pp. 793, 794.

⁴⁹ Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals* (n.5), p. 1

⁵⁰ *Ibid.* p. 6. Por ejemplo, los tribunales arbitrales en *Arabia v. Aramco* (1958), 27 ILR p. 117, y en *LIAMCO v. Libyan Arab Republic* (1977), 62 ILR p. 141.

del Centro Internacional de Arbitraje de Disputas de Inversión (“CIADI”),⁵¹ la Corte Permanente de Arbitraje en la Haya,⁵² la Cámara Internacional de Comercio en París,⁵³ la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”)⁵⁴ o el Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”)⁵⁵ es un tribunal internacional.⁵⁶ De hecho, el carácter internacional de los tribunales de las últimas organizaciones se refuerza por el hecho de que sus instrumentos constitutivos son tratados internacionales.⁵⁷ Pero ¿Qué cambia y qué permanece de los conceptos iniciales de este capítulo dentro de los tribunales de DIIE?

(i) Semejanzas de las instituciones jurídicas procesales entre DIP y DIIE

En términos de resolución de disputas de inversión extranjera, la equivalencia consentimiento/jurisdicción del DIP clásico se reproduce íntegramente.⁵⁸

⁵¹ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (Adoptado el 18 de marzo de 1965, entró en vigor el 14 de octubre de 1966) 17 U.S.T. 1270; T.I.A.S. No.6090, 475 U.N.T.S. 195 (En adelante: Convención del CIADI).

⁵² Permanent Court of Arbitration, *Basic Documents: Conventions, Rules, Model Clauses and Guidelines* (1998).

⁵³ International Chamber of Commerce Rules of Arbitration (entró en vigor 1 de enero de 2012) ICC Publication 850 E.

⁵⁴ United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules (Adoptado el 8 de abril de 1976, revisado 2010) 330 UNTS 38.

⁵⁵ North American Free Trade Agreement (Adoptado el 17 diciembre 1992, entró en vigor el 1 de enero de 1994) (En adelante: TLCAN) 32 ILM 296, Capítulo XI. La importancia y particularidad de este capítulo del TLCAN reside básicamente en que mientras el objetivo del TLCAN en general era generar mejores condiciones de competencia económica entre los Estados y, sobre todo, facilitar el comercio entre los mismos, el objetivo de este capítulo era distinto: proteger la inversión extranjera en la región. Los negociadores del Tratado estaban consientes de esto y, por lo tanto, crearon reglas y derechos sustantivos y procesales especiales para los inversionistas en este capítulo. Así, se creó el sistema de resolución de disputas de inversión del capítulo XI que es distinto al mecanismo de solución de controversias generales del TLCAN del Capítulo XX y juega un papel fundamental en el funcionamiento de este mismo Tratado.

⁵⁶ Se mencionan estos órganos porque los casos analizados en esta investigación fueron resueltos por tribunales de estos órganos.

⁵⁷ Amerasinghe, *Jurisdiction of International Trbunals* (n.5), p. 8.

⁵⁸ Convención del CIADI (n.51), Art. 25; C Schreuer, ‘Consent to Arbitration’ en *Dispute Settlement: International Centre for Settlement of Investment Disputes*, (2003) UNCTAD (En adelante: Schreuer, *Consent to arbitration*); *ICS v Argentina* (n.34), § 255; W M Tupman, *Case Studies in the Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, (1986) 35 ICLQ 813 p. 813; *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (18 de marzo de 1965) (Disponible en

En cuanto al concepto de admisibilidad, ciertos tribunales de DIIE han argumentado que dicho término no aplica en disputas de inversión extranjera.⁵⁹ Pero actualmente tanto la doctrina como la práctica reconocen el concepto de admisibilidad o *recevabilité* en las disputas internacionales de inversión extranjera.⁶⁰ Además, si se trata de cuestiones de DIIE, la distinción entre jurisdicción y admisibilidad cobra aún mayor relevancia.⁶¹ Por un lado, si un tribunal internacional de inversión extranjera resolvió una cuestión de admisibilidad con base en el poder jurisdiccional otorgado, su decisión no puede ser revertida por otro órgano judicial – ya sea una corte doméstica de un Estado parte del conflicto o un comité *ad hoc* del CIADI.⁶² Por el otro lado, si un tribunal estableció su competencia (*l'attribution de jurisdiction*) con base en un análisis jurídico erróneo, entonces su decisión puede ser revertida ya que, en realidad, el tribunal nunca tuvo el poder o la jurisdicción de decidir sobre dicha disputa.⁶³

<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partB-section05.htm#02>, consultado el 10 de febrero de 2013), § 23; W Rank, R Hornick y P Friedland, *ICSID Emerging Jurisprudence: The Scope of ICSID's Jurisdiction*, (1986-1987) 19 NYJIntL&Pol 33 (En adelante: W Rank et al, *ICSID Emerging Jurisprudence: The Scope of ICSID's Jurisdiction*) p. 52.

⁵⁹ *Methanex Corporation v United States of America* (Partial Award) (UNCITRAL) (7 August 2002) §§ 123 – 124. Véase también *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan* (Decision on Jurisdiction) (ICSID Case No. ARB/02/13) (29 November 2004); *Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. v The Argentine Republic* (Decision on Jurisdiction) (ICSID Case No. ARB/01/3) § 33; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v Islamic Republic of Pakistan* (Decision on Jurisdiction) (ICSID Case No. ARB/03/29) (En adelante: *Bayindir v Pakistan*) § 87.

⁶⁰ G Zeiler, 'Jurisdiction, Compétence and Admissibility of Claims in ICSID arbitration proceedings', en C Binder et al. (eds.), *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, (Oxford University Press, 2009); *Daimler Financial Services AG v The Republic of Argentina* (ICSID Case No. ARB/05/1) (2012) (En adelante: *Daimler v Argentina*); *Antoine Goetz et consorts c République du Burundi* (Sentence) (Affaire CIRDI ARB/95/3) (10 Février 1999); *Waste Management Inc. v United Mexican States* (Case No. ARB(AF)/00/3) (30 April 2004) (Dissenting Opinion Keith Highet) § 44.

⁶¹ Amerasinghe argumenta aún la importancia de la distinción en DIP. Véase también G Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, (1986), British Yearbook of International Law, p. 438–9 (En adelante: Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*).

⁶² Paulsson, *Jurisdiction and admissibility* (n.30), p. 601; Douglas, *The International Law of Investment Claims* (n.12), p. 146.

⁶³ *Ibidem*. Véase *Republic of Argentina v BG Group PLC* (District of Columbia) (Court of Appeals) (2012) No. 1:08-cv-00485 (En adelante: *Argentina v BG Group*). La Corte revirtió la decisión de un tribunal arbitral por “exceder sus poderes” y establecer su jurisdicción cuando no la tenía. Convención del CIADI (n.51), art. 52(b).

Por último, aunque en sentido estricto sí han existido casos de DIIE que versen sobre cuestiones de *seisin*, ningún tribunal ha ni desechado un caso por invalidez de *seisin* ni ha hecho un tratamiento serio de la institución en específico. Empero, no existe ningún obstáculo ni para argumentar un *seisin* inválido dentro de arbitrajes de inversión extranjera, ni para que un tribunal decline su competencia sobre el fondo de un asunto por invalidez de *seisin*.⁶⁴

(ii) *Diferencias y particularidades de las instituciones jurídicas procesales en DIIE*

Sí existen cuestiones especiales dentro DIIE en cuanto a las instituciones estudiadas se refiere, que deben ser tomadas en cuenta. Como punto de partida, si la disputa se desahoga ante un tribunal del CIADI, la cláusula compromisoria o arbitral; *videlicet*, el consentimiento del Estado, debe constar por escrito.⁶⁵ En términos del entendido de la jurisdicción (*l'entendue de la jurisdiction*) la jurisdicción *ratione materiae* del tribunal que resuelve disputas de inversión está determinada por conflictos (i) legales⁶⁶ y (ii) de inversión.⁶⁷ En cuanto a su jurisdicción *ratione personae*, las Partes del conflicto deben ser, necesariamente, (i) un Estado – parte del Convenio del CIADI, si ante dicho órgano

⁶⁴ Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals* (n.5), p. 68.

⁶⁵ Convención del CIADI (n.51), art. 25; W Rank et al, *ICSID Emerging Jurisprudence: The Scope of ICSID's Jurisdiction* (n.58), p. 50.

⁶⁶ Dentro de la Convención del CIADI, por ejemplo, no existe definición de “disputa legal” y ni siquiera su definición clara en el instrumento jurisdiccional aseguraría que un tribunal internacional considere la disputa que se le presente como legal. No obstante, generalmente se utiliza el criterio esgrimido por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Mavromatis Palestine Concessions*, en el que definió una disputa legal como un desacuerdo en un punto de hecho o derecho, un conflicto de visiones legales o de intereses de dos personas. *Mavromatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.)* [1924] Series A No 2, PCIJ Rep (En adelante: *Mavromatis Palestine Concessions*) p. 11.

⁶⁷ Convención del CIADI (n.51), art. 25. En particular, la Convención del CIADI no brinda ninguna definición de lo que se entiende por inversión. Esto ha creado grandes discusiones doctrinales y jurisprudenciales, aunque existen TBI en los que se estipula qué se entenderá como inversión en el tratado pertinente. Véase Artículo 1(2) del TBI entre Turquía y Pakistan; P Szasz, *The Investment Disputes Convention: Opportunities and Pitfalls (how to submit to ICSID)*, (1970-1971) 5 JLED 23 (En adelante: Szasz, *The Investment Disputes Convention: Opportunities and (how to submit to ICSID)* p. 35; Article 30 of the Draft Convention 'of September 11, 1964 reproduced as Doc. 43 in 11 The History 610. Finalmente, la Cláusula Modelo IX de la Convención del CIADI brinda una definición de qué tipo de acuerdos se refieren a una inversión.

se desahoga la disputa⁶⁸ – y (ii) un inversionista – persona física o moral nacional de otro Estado.⁶⁹ El punto relevante de la jurisdicción *ratione temporis* es que el instrumento en el que se encuentre el consentimiento sea legal y válido en el momento de la constitución del tribunal.⁷⁰ Por último, en cuanto a la jurisdicción *ratione loci*, sus particularidades en DIIE consisten en que mientras en la mayoría de los casos los Tratados Bilaterales de Inversión (“TBI”) aplican también en los territorios marítimos donde los Estados tengan derechos soberanos conforme al DIP (como la zona contigua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva),⁷¹ llama la atención los acuerdos firmados por Gran Bretaña en los cuáles se pacta su aplicabilidad, además de sus territorios soberanos en alta mar, en todos aquellos territorios en los que Gran Bretaña llegue a ser responsable de

⁶⁸ Partes no contratantes de la Convención del CIADI pueden consentir la resolución de la disputa ante dicho Centro. El referido consentimiento entrará en vigor 30 días después de la firma y ratificación de la Convención por parte del mismo Estado. Si dicha firma y ratificación no tiene lugar, de igual forma se podrán utilizar las reglas bases de la Convención para resolver la disputa. Las únicas excepciones en este supuesto es que (i) ninguna autoridad oficial del CIADI tendrá la función de nombrar árbitros de la disputa, (ii) las facilidades administrativas del Centro no podrán ser utilizadas para resolver la disputa y (iii) la resolución de un panel *ad hoc* no tendrá el mismo valor jurídico vinculante. Igualmente, si se trata de disputas ante el CIADI de Estados que sí son partes del Convenio de dicho Centro, órganos subsidiarios del Estado también pueden ser partes de la disputa. Por órganos subsidiarios del Estado se puede entender entidades federativas, municipios y hasta personas morales bajo el control efectivo del Estado en términos de DIP. Véase C F Amerasinghe, *Jurisdiction Ratione Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States*, (1974-1975) 47 British Yearbook of International Law 227 (En adelante: Amerasinghe, *Jurisdiction Ratione Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States*), p. 230.

⁶⁹ Aunque la CIJ determinó que la nacionalidad de un inversionista se determina por su domicilio en el caso *Barcelona Traction*, esto se estableció en el contexto particular de protección diplomática. *Case concerning the Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase) (Judgment)* [1970] ICJ Rep 4, p. 48. Por lo tanto, en cuanto a disputas de inversión, la nacionalidad de los inversionista ha creado gran discusión y debate en la jurisprudencia y la doctrina. Hay bastantes puntos a considerar como (i) quién controla a fin de cuentas la inversión, (ii) qué pasa con doble o múltiple nacional de un inversionista, (iii) qué sucede en cuestiones de disolución de Estados sin sucesión, etc. Véase Amerasinghe, *Jurisdiction Ratione Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States* (n.69), p. 463.

⁷⁰ Szasz, *The Investment Disputes Convention: Opportunities and Pitfalls (how to submit to ICSID)* (n.67), p. 27; Schreuer, *Consent to arbitration* (n.58), pp. 25 – 29.

⁷¹ Canada 2004 Bilateral Investment Treaty (Disponible en <http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>, consultado el 2 de mayo de 2013), art.1; France 2006 Model Bilateral Investment Treaty (Disponible en: <http://italaw.com/documents/ModelTreatyFrance2006.pdf>, consultado el 2 de mayo de 2013) art. 1.5; India 2003 Model Bilateral Investment Treaty (Disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1026.pdf>, consultado el 2 de mayo de 2013) art. 1(ii)f.

las relaciones internacionales. A fin de cuentas, todo depende de lo pactado entre las Partes dentro de los tratados aplicables.⁷²

La forma específica en la que está construido el consentimiento de las Partes es vital para la constitución válida del arbitraje.⁷³ Por un lado, el consentimiento de Estados para arbitrar una disputa internacional de inversión se puede encontrar en (i) legislación nacional, (ii) contratos entre inversionista extranjero y Estado receptor, y en (iii) TBI.⁷⁴ Por el otro lado, el consentimiento del inversionista se puede manifestar simplemente con la institución de procedimientos arbitrales por su parte.⁷⁵

Las particularidades de jurisdicción enumerados en el párrafo anterior son solo el mínimo a cumplir. En realidad, los Estados pueden modular la jurisdicción del tribunal a su voluntad.⁷⁶ Esto es, de hecho, la piedra angular de la jurisdicción en DIP: la voluntad de los Estados crea y delimita el poder adjudicatario de los órganos jurisdiccionales internacionales. El inversionista, como parte que se somete al tratado o instrumento en el cuál el Estado expresó los límites y especificaciones de su voluntad y, por lo tanto, de la jurisdicción del órgano adjudicatario competente, debe aceptar y respetar los mismos si

⁷² Véase Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and His Majesty's Government of Nepal for the Promotion and Protection of Investments, UK [Treaty Series TS 055/1993: Cm2327 \(382KB\)](#), (Firmado 2 de marzo de 1993, entró en vigor 2 de marzo de 1993); Agreement between the Government of United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of El Salvador for the Promotion and Protection of Investments, UK [Treaty Series 017/2001: Cm5087 \(1554KB\)](#) (firmado 14 de octubre de 1999, entró en vigor el 1 de diciembre de 2000), arts. 1 (d), 12; Agreement between the Government of United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Kenya for the Promotion and Protection of Investments, UK [Treaty Series TS 008/2000: Cm4597 \(639KB\)](#) (firmado el 13 de septiembre de 1999, entró en vigor el 13 de septiembre de 1999), art. 12.

⁷³ Schreuer, *Consent to arbitration* (p.58), p. 13, 17; Szasz, *The Investment Disputes Convention: Opportunities and Pitfalls (how to submit to ICSID)* (n.58), p. 27.

⁷⁴ *Ibid.* pp. 7, 12, 17, 23.

⁷⁵ *Ibid.* p. 20; *AMT v. Zaire* (Award) 36 ILM 1531, 1545/6 (21 February 1997); *Asian Agricultural Products Ltd v. Sri Lanka* (Award) (ICSID Case No. ARB/87/3) (27 June 1990).

⁷⁶ *Ibid.* p. 29; Szasz, *The Investment Disputes Convention: Opportunities and Pitfalls (how to submit to ICSID)* (n.58), p. 28.

pretende demandar al Estado en un arbitraje internacional.⁷⁷ De hecho, el Convenio del CIADI es bastante laxo en este punto.⁷⁸ Los Estados pueden restringir los conflictos que serán sometidos a arbitraje o estipular prerequisites de arbitraje.⁷⁹ Por ejemplo, negociar la disputa durante cierto tiempo o someterla a tribunales domésticos durante cierto tiempo antes de la constitución del tribunal como hacen los prerequisites objeto de este estudio.⁸⁰

Pero, como ya se adelantó, tanto la práctica como la doctrina están divididas en cuanto al valor jurídico de estos prerequisites de arbitraje y, por lo tanto, de las consecuencias de su incumplimiento: algunos autores y tribunales postulan que dichos prerequisites de arbitraje son simples elementos procesales subsanables de admisibilidad de la demanda que no afectan la jurisdicción del tribunal,⁸¹ mientras que otros

⁷⁷ *Wintershall Aktiengesellschaft v Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/04/14) (2008) (En adelante: *Wintershall v Argentina*) § 119; *Daimler v Argentina* (n.60), § 181.

⁷⁸ Convención del CIADI (n.51), art. 25; Schreuer, *Consent to arbitration* (n.58), p. 29; Szasz, *The Investment Disputes Convention: Opportunities and Pitfalls (how to submit to ICSID)* (n.58), p. 28. Véase la interpretación de los autores en W Rank *et al*, *ICSID Emerging Jurisprudence: The Scope of ICSID's Jurisdiction* (n.58).

⁷⁹ C Schreuer, *The ICSID Convention, A Commentary (A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States)*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2001), p. 234.

⁸⁰ Véase, *inter alia*, Asian–African Legal Consultative Committee Model BIT, art. 10(ii), UNCTAD Compendium, (Vol. III, 1996), p. 122; Chile Model BIT, Art. 8(1) UNCTAD Compendium, (Vol. III, 1996), 147; China Model BIT, art. 9(1) UNCTAD Compendium, (Vol. III, 1996), p. 155; France Model BIT, art. 8 UNCTAD Compendium, (Vol. III, 1996), 163; Albania Law on Foreign Investments , art. 8(2) (No. 7764, entró en vigor el 02.11.1993); Tanzania National Investment (Promotion and Protection) art. 1990, sec. 29(1) (Planning Commission P.O. BOX 9242 DAR ES SALAAM, entró en vigor en octubre de 1996); Uganda Investment Code, art. 30(2), CAP 92; United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland Model BIT, art. 8, UNCTAD Compendium, (Vol. III, 1996), p. 190.

⁸¹ Véase, *inter alia* *BG Group PLC V Argentina* (UNICTRAL) (24 December 2007) (En adelante: *BG Group v Argentina*); *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic* (UNCITRAL Case) (Award of September 3 2001) § 187 (En adelante: *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan* (Decision on Jurisdiction) (ICSID Case No. ARB/01/13) (En adelante: *SGS v Pakistan*) § 184; *Bayindir v Pakistan* (n.59), §§ 88–103; C Schreuer, *Calvo's grandchildren: the return of local remedies in investment arbitration*, (2005) LPCIT (En adelante: C Schreuer, *Calvo's grandchildren*); C Schreuer, *Travelling the BIT route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, (2004) 5 JWIT 2 (En adelante: C Schreuer, *Of Waiting Periods*); *Abalclat and Others v Argentine Republic* (Decision on Jurisdiction and Admissibility) (ICSID Case No. ARB/07/5) (4 August 2011) § 496.

argumentan que son requisitos de jurisdicción vitales para la competencia del mismo.⁸² Numerosos tribunales han citado las resoluciones de la CIJ donde ha declinado su jurisdicción sobre un caso por un *seisin* inválido. Empero, hasta la fecha ninguno ha declinado su jurisdicción por estas mismas razones, aunque en realidad se haya presentado un *seisin* inválido.

Para desentrañar el verdadero valor jurídico de los prerequisites de arbitraje y enmarcarlos dentro de la institución de jurisdicción, admisibilidad o *seisin*, un análisis de la naturaleza conceptual y una interpretación jurídica de los prerequisites en cuestión resulta fundamental.

⁸² C F Amerasinghe, *Submission to the Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, (1973-1974) 5 JMarL&Com 211 p. 218. Véase, *inter alia*, *Argentina v BG Group* (n.63); *Wintershall v Argentina* (n.77); *Daimler v Argentina* (n.60); *ICS v Argentina* (n.34); *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi v Turkmenistan* (ICSID Case No. ARB/10/1) (2012) (*En adelante: Kiliç v Turkmenistan*).

Capítulo II

La calificación conceptual y jurídica de los prerequisites de arbitraje

El objetivo del presente capítulo es comprobar el valor de condiciones de *seisin* de los prerequisites de arbitraje y explicar, con base en esta calificación jurídica, sus consecuencias dentro de un procedimiento arbitral. Por lo tanto, primero distinguiré estos prerequisites conceptual y jurídicamente de la regla de agotamiento de instancias locales del DIP y la regla general de negociaciones previas al litigio del DIP clásico. Luego, haré una interpretación jurídica de los mismos – a través de la cláusula genérica establecida en el primer capítulo – para desentrañar su verdadero significado. Entonces, explicaré las consecuencias jurídicas y fácticas de su incumplimiento. Finalmente, describiré la forma en que los inversionistas han burlado estas consecuencias a través de la aplicación de la cláusula de Trato de Nación Más Favorecida (“TNMF”) en cláusulas jurisdiccionales con prerequisites de inversión.

1.- Naturaleza conceptual de la cláusula en cuestión

(i) Negociaciones previas por un periodo específico

En cuanto a las negociaciones previas como prerequisites de arbitraje, se han considerado en la doctrina y la práctica como *cooling off periods* (periodos de enfriamiento de la disputa) o *negociaciones de bona fide*.⁸³ No obstante, la analogía no es adecuada. Estas clasificaciones denotan que el Estado debe adoptar una posición pasiva.

⁸³ *Murphy Exploration and Production Company International v The Republic of Ecuador* (Award on Jurisdiction) (ICSID Case No. ARB/08/4) (2010) (En adelante: *Murphy v Ecuador*) § 97; C Schreuer, *Calvo's Grandchildren* (n.81).

No obstante, como argumenta Schreuer, los prerrequisitos de arbitraje objeto de estudio requieren una conducta activa de negociar la disputa por parte del demandante.

Además, las *negociaciones de bona fide* previas al litigio jurisdiccional existen como posibilidad e ideal en DIP como un mecanismo de solución de controversias en sí mismo.⁸⁴ No obstante, en tanto a obligación *latu sensu* sin requisitos de tiempo ni resultados, la CIJ ha determinado sistemáticamente que (i) ni la interrupción de negociaciones por la institución de procedimientos ante esa Corte, (ii) ni la imposibilidad de llegar a una solución de la disputa vía estas mismas negociaciones, significa la falta de jurisdicción de la CIJ.⁸⁵ Empero, la cláusula objeto del presente trabajo difiere de lo anterior por que (i) establece un tiempo específico de negociación que va de 3⁸⁶ a 6⁸⁷ y hasta 18 meses⁸⁸ y, sobre todo, (ii) impone una obligación, no una simple posibilidad, de entrar en negociaciones.⁸⁹ Por lo tanto, las negociaciones estipuladas en la cláusula genérica de este trabajo no debe confundirse con el ideal de negociaciones previas al litigio internacional como mecanismo de solución de disputas del DIP.

(ii) Litigio en cortes nacionales por un periodo específico

La discusión del prerrequisito de litigio de la disputa durante cierto periodo en cortes nacionales previo el arbitraje internacional cobra aún mayor relevancia que la discusión

⁸⁴ Charter of the United Nations (Adoptada el 26 de junio de 1945, entró en vigor el 24 de octubre de 1945) I UNTS XVI art. 33.

⁸⁵ Véase *inter alia*: *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)* [1980] Judgment, ICJ Rep, p. 27 § 51; *Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v Turkey)* [1978] ICJ Rep 3 § 29; *Trial of Pakistan Prisoners of War (Pakistan v India)* [1973] ICJ Rep p. 347; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)* [1998] Preliminary Objections, Judgment, ICJ Rep p. 122 § 20.

⁸⁶ N Bernasconi-Osterwalder y L Johnson, *Commentary to the Austrian Model Investment Treaty* (Study commissioned by the Chamber of Labour for Vienna, Austria Vienna, November 2011), p. 30.

⁸⁷ German Model Agreement art. 11 UNCTAD Compendium, (Vol. III, 1996), p. 172; United States Model BIT, art. IX, UNCTAD Compendium, (Vol. III, 1996), p. 201.

⁸⁸ Switzerland Model BIT, art. 8(1) 11 UNCTAD Compendium, (Vol. III, 1996), p. 181.

⁸⁹ *Murphy v Ecuador* (n.83), § 97.

sobre las negociaciones previas. La doctrina y la práctica han igualado el prerrequisito de litigio nacional con la regla de agotamiento de instancias locales del DIP,⁹⁰ y algunos TIB contienen esta última regla específicamente.⁹¹ Sin embargo, no son lo mismo. El desahogo de recursos locales previo al litigio internacional, a diferencia de las negociaciones, sí es una regla de DIP, no una simple posibilidad.⁹² Esta regla proviene de la doctrina de protección diplomática. Su lógica principal es que si un extranjero se somete a la jurisdicción de un Estado y surge una disputa legal con el último, el Estado debe tener la oportunidad de resolver dicho conflicto dentro de su jurisdicción, previo al litigio contra el Estado nacional del extranjero en foros internacionales.⁹³ A fin de cuentas, el individuo extranjero se sometió a la jurisdicción del Estado receptor.⁹⁴

Aún y cuando la lógica de los prerrequisitos de arbitraje estipulados en los TBI previamente citados es similar,⁹⁵ el arbitraje internacional de inversión no es protección diplomática. El inversionista demanda directamente derechos que le fueron otorgados por medio de un instrumento internacional, no a través de la protección de su Estado nacional.⁹⁶ Aunado a esto, los prerrequisitos de litigio previo no demandan el agotamiento de instancias locales, sino el litigio en una corte por un periodo específico, independientemente de si se agotan todas las instancias locales o no. Además, las cláusulas arbitrales han sido consideradas como renunciadas de la regla de agotamiento de

⁹⁰ C Schreuer, *Calvo's grandchildren* (n.81).

⁹¹ M Sornarajah *The International Law on Foreign Investment*, (CUP, Cambridge: 2004) (En adelante: Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*) pp. 254, 255.

⁹² *Interhandel Case* (n.21), p. 27; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, [1989] ICJ Rep (En adelante: *ELSI Case*); *The Finnish Ships Arbitration (Finland v United Kingdom)* (1934) 3 UNRIAA; *The Ambatielos Claim (Greece v United Kingdom)* (1956) 12 UNRIAA p. 83; W Dodges, *National Courts and International Arbitration: Exhaustion of Remedies and Res Judicata under Chapter 11 of NAFTA*, 23 HI&CL 357 p. 361.

⁹³ *Mavromatis Palestine Concessions* (n.66); Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (n.91), p. 254 – 255.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *ICS v Argentina* (n.34), § 261.

⁹⁶ Douglas, *The International Law of Investment Claims* (n.12), p. 135.

recursos locales en DIP.⁹⁷ Por lo tanto, los prerequisites de litigio previo al arbitraje no son lo mismo que la regla de agotamiento de instancias locales del DIP.

2.- Interpretación jurídica de los prerequisites de arbitraje

Ahora, con una comprensión básica de la lógica de la cláusula en cuestión, resulta pertinente y necesario desentrañar el sentido de la misma como muchos tribunales han hecho.⁹⁸ Para esto, las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 son aplicables, ya sea como obligación derivada de un tratado o consuetudinaria,⁹⁹ dado que la cláusula genérica objeto de estudio se encuentra pactada en tratados internacionales en términos de la referida Convención.¹⁰⁰

En la interpretación de cláusulas jurisdiccionales, en las cuales se estipulan los prerequisites de arbitraje, no aplica ninguna regla especial de interpretación.¹⁰¹ Algunos Estados y tribunales han establecido que estas cláusulas deben ser interpretadas restrictivamente con base en reglas especiales de interpretación.¹⁰² Los inversionistas, por

⁹⁷ Convención del CIADI (n.51), art. 26; Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (n.91), p. 25.

⁹⁸ Véase *inter alia* *BG Group v Argentina* (n.82); *Murphy v Ecuador* (n.83); *Ethyl Corp v Canada* (Award on Jurisdiction) (UNCITRAL) 38 ILM 708 (En adelante: *Ethyl Corp v Canda*); *Wintershall v Argentina* (n.77); *Maffezini & The Kingdom of Spain* (Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction) (ICSID Case No. ARB/97/7) (2000) (En adelante: *Maffezini v Spain*).

⁹⁹ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v United States of America)* (Preliminary Objections) [1996] ICJ Rep 803 p. 812 § 23; *Case Concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v Namibia)* (Merits) [1999] ICJ Rep 1045 p. 1059 § 18; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v Malaysia)* (Merits) [2002] ICJ Rep 682 p. 645 § 37; M Herdegen, *Interpretation in International Law*, in *The Max Planck Institute of International Law (Rüdiger Wolfrum, 2008)* § 1; *Romak S.A. (Switzerland) and the Republic of Uzbekistan* (Award) PCA Case No. AA280 §§ 169, 172.

¹⁰⁰ UNGA Vienna Convention on the Law of Treaties (Adoptada el 22 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980) 1155 UNTS 331 (En adelante: *Convención de Viena de 1969*), art. 1(1)(a).

¹⁰¹ *Mondev Int'l Ltd v. United States* (2005) (ICSID Case No. ARB(AF)/99/2) § 43; *SOABI v Senegal* (Award) 2 ICSID Report (1983) p. 393, 397; *Austrian Airlines v. Slovak Republic* (UNCITRAL) (20 October 2009) §§ 169 – 171; C De Visscher, *Theory and reality in public international law*, (New Jersey, Princeton, 1968), p. 395.

¹⁰² *U.S.A. v. The Islamic Republic of Iran* [1984] US-Iran CRT, p. 99; *The Government of the Islamic Republic of Iran v. The Government of the U.S.A.* (1984), US-Iran CRT, p. 80; P Lalive, *The First World Bank Arbitration (Holiday Inns v Morocco) – Some Legal Problems*, (1980) 51 *British Yearbook of International Law*, pp. 153, 158.

su lado, han establecido que se les debe dar una interpretación amplia con el objetivo de procurar a su máxima expresión el arbitraje de una disputa internacional, también con base en reglas especiales de interpretación. Sin embargo, de conformidad con la afirmación inicial de este párrafo, los tribunales de DIIE han desechado ambas aproximaciones. Por ejemplo, el tribunal arbitral del caso *Daimler v Argentina* estableció que “al interpretar cláusulas jurisdiccionales en TBI – como en cualquier otro tratado internacional – el fin último es determinar qué consintieron las Partes en realidad. Ir más allá de esto, sería actuar *ultra vires*.”¹⁰³ Por lo tanto, no se debe dar una interpretación restrictiva ni demasiado amplia de las cláusulas jurisdiccionales, sino aplicar las reglas básicas de interpretación.

En derecho internacional se puede aplicar la misma interpretación a varias cláusulas, siempre y cuando éstas tengan un mismo o similar significado. La CIJ, en su resolución del *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Rwanda) (New Application: 2002) (Jurisdiction and Admissibility)*, analizó el cumplimiento de los prerequisites de judicialización de una disputa codificados en 4 tratados internacionales distintos.¹⁰⁴ Aunque ninguna de estas cláusulas era idéntica en la especie, todas establecían prerequisites de judicialización de una disputa a través de negociaciones por un tiempo específico, igual que la cláusula genérica objeto de este estudio.¹⁰⁵ Por lo tanto, a la CIJ le bastó resolver

¹⁰³ “In interpreting dispute resolution provisions in BITs – just as with any other treaty provision – the ultimate goal is to determine what the contracting parties actually consented to. [...] To go beyond those bounds would be to act *ultra vires*.” (traducción propia) *Daimler v Argentina* (n.60) § 172. Véase también

¹⁰⁴ Artículo 29 de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Hacia la Mujer; Artículo 75 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud; Artículo XIV de la Constitución de la UNESCO; Artículo 14 de la Convención de Montreal para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de Aviación Civil; *Armed Activities on the Territory of the Congo* (n.9), §§ 81-118.

¹⁰⁵ *Ibid.* §§ 81, 100, 108, 110.

que el objetivo *in genere* de dichas cláusulas era establecer condiciones de *seisin* y, posteriormente, analizar si se cumplieron cada una de estas condiciones, sin tener que hacer una interpretación de cada una de las cláusulas. Además, y sobre todo, en la resolución del *Case concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (“*Georgia v Russian Federation Case*”), esa misma Corte determinó que:

Aunque similares en general, cláusulas jurisdiccionales que contienen referencias a negociaciones (y, a veces, a otras formas de resolución de disputas) no siempre son uniformes [en su redacción] [...] [No obstante] en cada uno de los casos donde la cláusula jurisdiccional es comparable [mas no idéntica] a la presente [por contener prerequisites de judicialización] la Corte [siempre ha dado la misma interpretación].¹⁰⁶

Esto comprueba que a varias cláusulas se les puede aplicar la interpretación dada a una sola que tiene un sentido similar a las demás. Por lo tanto, en este trabajo interpretaré el sentido general de la cláusula genérica y, con base en esto, enmarcaré los prerequisites de arbitraje a una institución jurídica de las analizadas en el primer capítulo.

Según las reglas de DIP sobre interpretación de los tratados, éstos deben ser interpretados de buena fe de acuerdo con la intención de las Partes expresada en el sentido ordinario de los términos empleados, su contexto y su propósito.¹⁰⁷ En la interpretación, se debe dar preponderancia a la interpretación textual del tratado.¹⁰⁸ Sólo con el objetivo de reafirmar el resultado obtenido en la aplicación de este método de

¹⁰⁶ “The Court notes that, though similar in character, compromissory clauses containing a reference to negotiation (and sometimes additional methods of dispute settlement) are not always uniform [...] The Court observes that in each of the above-mentioned cases where the compromissory clause was comparable to that included in CERD, the Court has interpreted the reference to negotiations as constituting a precondition to *seisin* (traducción propia). *Georgia v Russian Federation Case* (n.46), §§ 136, 140.

¹⁰⁷ *Convención de Viena de 1969* (n.100), art 31 (1); H Lauterpacht, *Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties* (1949) 26 *British Yearbook of International Law* 48.

¹⁰⁸ *Territorial Dispute (Libya v Chad)* [1994] Judgment ICJ Rep 6 § 41; *Le Royaume du Belgique c. Le Royaume du Pays Bas* (Sentence du Tribunal Arbitral) (24 mai 2005) CPA § 47.

interpretación o si el resultado es ambiguo o manifiestamente absurdo e irrazonable, se puede acudir a los métodos complementarios de interpretación. Estos consisten en tomar en cuenta los *travaux préparatoires* del tratado.¹⁰⁹

En cuanto a la interpretación de cláusulas que establecen prerequisites de arbitraje, resulta relevante la resolución de la CIJ en el caso en *Georgia v Russian Federation Case*. En dicho caso, la CIJ interpretó el artículo 22 de la Convención contra la Erradicación de Toda Forma de Discriminación (“CETFD”).¹¹⁰ Dicho artículo establece:

“Toda controversia entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o a la aplicación [de la CETFD], que no se resuelva mediante negociaciones o mediante los procedimientos que se establecen expresamente en ella, será sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a instancia de cualquiera de las Partes en la controversia, a menos que éstas convengan en otro modo de solucionarla.”¹¹¹

Para desentrañar el sentido de los prerequisites ahí contenidos, la Corte atendió al sentido ordinario de las palabras contenidas en dicha cláusula.¹¹² En particular, con base en el principio de aplicación de efecto apropiado a las palabras,¹¹³ la Corte estableció que la frase “toda disputa que no se resuelva”¹¹⁴ en la cláusula de aquel caso, la cuál era la

¹⁰⁹ *Convención de Viena de 1969* (n.100), art. 32.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Adoptado el 25 de diciembre de 1965, entró en vigor el 4 de enero de 1969) 660 UNTS 195, art. 22.

¹¹²; *Georgia v Russian Federation Case* (n.46), §§ 123 – 141.

¹¹³. *Ibid.* § 133. En la aplicación de estas regla de interpretación, véase también *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order of 19 August* [1929] PCIJ, Series A, No. 22, p. 13; *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)* (Merits) [1949] Judgment, ICJ Rep p. 24; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)* [1994] Judgment, ICJ Rep p. 25 § 51; *Eureko V.B. v Republic of Poland* (Partial Award) (ICSID) (19 August 2005) § 248; *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic* (Decision on Preliminary Objections) (ICSID Case No. ARB/03/13) (27 July 2006) § 132.

¹¹⁴ En inglés, idioma en el cuál está escrita la cláusula interpretada por la CIJ en el caso en cuestión, se establece “A dispute which is not settled,” la traducción de dicha frase en el presente trabajo es propia.

más disputada, representaba una precondition obligatoria a la judicialización de una disputa.¹¹⁵

La Corte consideró que este ejercicio de interpretación, es decir, la aplicación de las reglas básicas y generales de interpretación de tratados, bastaba para desentrañar el sentido de dichas cláusulas, y que la consideración de *travaux préparatoires*, como medio complementario de interpretación, era inútil en el caso.¹¹⁶ Solo los analizó por que las Partes explícitamente se lo solicitaron.¹¹⁷ No obstante, la CIJ determinó que a menos que dichos *travaux* determinen explícita y frontalmente una voluntad de las Partes de no establecer condiciones obligatorias, el primer sentido dado por la Corte a dichos prerequisites prevalece.¹¹⁸

Ahora, la cláusula genérica a interpretar en este trabajo establece:

“Las disputas relacionadas con una inversión **deberán** ser o negociadas o sometidas a la decisión de un Tribunal competente del Estado parte en cuyo territorio se haya llevado a cabo la inversión. Estas disputas deberán ser sometidas a arbitraje internacional cuando o (i) hayan transcurrido 6 meses desde el inicio de negociaciones de la disputa; o (ii) después de un periodo de dieciocho meses a partir del momento en que la disputa fue presentada ante el Tribunal competente del Estado parte en cuyo territorio se haya llevado a cabo la inversión, dicho Tribunal no haya dado su decisión final; (iii) o cuando ya exista una decisión final pero las Partes sigan en disputa.”

Aunque en esta cláusula existe la frase “disputas que no se resuelvan” como aparece en la cláusula del CETFD interpretada por la CIJ, el carácter obligatorio de los prerequisites de arbitraje de la cláusula genérica y, por lo tanto, de todas las cláusulas que contienen

¹¹⁵ *Georgia v Russian Federation Case* (n.46), § 133 *in fine*.

¹¹⁶ *Ibid.* § 142.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ibid.* § 143.

los prerequisites, y del artículo 22 de la CETFD, es el mismo.¹¹⁹ El sentido ordinario de las palabras de la cláusula genérica es que la negociación o el litigio durante 6 meses o durante 18 meses, respectivamente, son requisitos *sine qua non* para la resolución de la controversia en sus méritos por un tribunal de arbitraje internacional. Esto se evidencia por el hecho de que la cláusula establece que las Partes **deberán** (“*shall*”) cumplir dichos requisitos antes de la institución del arbitraje.¹²⁰ Esto ha sido también la interpretación que han dado varios tribunales como se comprobará en el tercer capítulo.

Además, como estableció la CIJ en el caso previamente citado, interpretar lo contrario – es decir, que dichos prerequisites no son obligatorios – sí llevaría a un resultado absurdo y, sobre todo, iría en contra del principio de *pacta sunt servanda* y de *effet utile* de las palabras. Lo anterior, dado que la posibilidad de negociar una disputa o litigarla en cortes domésticas, previo al arbitraje internacional, siempre existe sin necesidad de ser pactada en cláusulas compromisorias. Por lo tanto, el sentido de pactar estas posibilidades es justamente para trasladar estos métodos de solución de disputas del ámbito facultativo al imperativo.

Ahora, para saber si dichas precondiciones fueron efectivamente llevadas a cabo:

(i) si los prerequisites son de litigio previo en cortes domésticas, entonces la disputa

¹¹⁹ En realidad, en el *Georgia v Russian Federation Case*, esta frase sí era determinante porque de la misma dependía si en realidad continuaba una disputa o no. Si una disputa ya se arregló (“*is settled*”) significa que ya no existe. En las cláusulas objeto de este estudio, la interpretación de la existencia de una disputa es más amplia y, de hecho, amigable. Por ejemplo, en la cláusula del TBI entre Argentina y el Reino Unido, se establece que aún en el caso de que exista una resolución de una corte doméstica sobre la disputa en cuestión – lo cual, en un sentido estricto extinguiría entonces la disputa – si el inversionista no está de acuerdo con dicha resolución, aún puede someter la misma disputa a un arbitraje. El punto relevante, entonces, no es determinar si se trata de disputas o no existentes *strictu sensu*, sino esclarecer si dichos prerequisites son obligatorios. Cuestión que fue también fundamental en la resolución de la CIJ en el caso de *Georgia v Russian Federation Case* (n.46) y *Armed Activities on the Territory of the Congo* (n.9), previamente citados.

¹²⁰ *Maffezini v Spain* (n.98); *Ronald S Lauder v The Czech Republic* (n.81); *Bayindir v Pakistan* (n.59); *BG Group v Argentina* (n.82); *Wintershall v Argentina* (n.77); *ICS v Argentina* (n.34); *Daimler v Argentina* (n.60).

debió ser presentada y litigada efectivamente en las instancias locales durante el tiempo que se estipula. El cumplimiento de esto depende de las leyes nacionales en las que se someta la disputa. (ii) En cuanto a las negociaciones, éstas deben ser más que la mera oposición de distintos puntos de vista fácticos y legales de una situación. Requieren, al menos, un intento genuino de una de las Partes de la disputa de someterse a discusiones con el objetivo de resolver la disputa.¹²¹

3.- Valor jurídico de los prerequisites de arbitraje

Desentrañado el sentido de los prerequisites de arbitraje, resulta pertinente ahora encuadrar la cláusula genérica en alguna de las instituciones jurídicas analizadas en la primer sección de este trabajo.

(i) Admisibilidad

En primer lugar, los prerequisites de arbitraje no son elementos de admisibilidad. La CIJ ha sostenido que el incumplimiento de la regla de agotamiento de recursos locales, no prerequisites de arbitraje o litigio ante la CIJ pactados en tratados internacionales, es un elemento de admisibilidad.¹²² Por lo tanto, aún en presencia de dicho incumplimiento, la jurisdicción de la Corte subsiste – aunque no puede ser ejercida – y el incumplimiento en cuestión es una falta procesal subsanable. El análisis de *cooling off periods* y negociaciones previas ha sido básicamente el mismo.¹²³ Entonces, en varias ocasiones, en disputas de inversión extranjera, tanto los Estados demandados como los órganos adjudicatarios han argumentado que la falta de cumplimiento de estos requisitos por parte

¹²¹ *Ibid.* § 157; *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/ Netherlands)* [1979] ICJ Rep 3, p. 48 § 87; *Railway Traffic between Lithuania and Poland (Advisory Opinion)* [1931] PCIJ Series A/B, No. 41, p. 116.

¹²² *Interhandel Case* (n.21) p. 20 et seq.

¹²³ *Nicaragua Case* (n.29) p. 392 § 83.

del inversionista son condiciones de admisibilidad de la demanda presentada.¹²⁴ Sin embargo, en todas las decisiones anteriores, tanto de la CIJ como de los tribunales arbitrales de DIIE, se basan en la regla de agotamiento de instancias locales y de negociaciones previas del DIP clásico en general. Éstas, como ya se comprobó, no son las reglas estipuladas en la cláusula genérica.¹²⁵ De igual forma, se ha argumentado que cualquier falla o violación de una obligación por parte del inversionista vuelve una demanda suya ante un tribunal de arbitraje inadmisibile.¹²⁶

(ii) *Seisin y jurisdicción*

No obstante, todo lo anterior no encuadra en la especie de la cláusula genérica objeto de este estudio. En el particular contexto de violaciones a los prerequisites o condiciones de consentimiento de jurisdicción de órganos adjudicatarios – el que nos compete en este trabajo – la CIJ determinó que

“[...] cualquier condición (o prerequisite) a los cuales [el] consentimiento [de las Partes] está sujeto, debe ser entendido como el establecimiento de los límites de dicho consentimiento. Por lo tanto, la Corte considera que el examen de dichas condiciones [o prerequisites] se refiere a la jurisdicción y no a la admisibilidad de la demanda.¹²⁷”

¹²⁴ Véase *Antoine Goetz et consorts c République du Burundi* (Sentence) (Affaire CIRDI ARB/95/3) (10 Février 1999) § 90; *SGS v Pakistan* (n.81); *BG Group v Argentina* (n.82); *Enron v Argentina* (Award) (ICSID Case No ARB/01/3) (May 22, 2007); *Bayindir v Pakistan* (n.59); argumentos de la República Democrática del Congo en *Armed Activities on the Territory of the Congo* (n.9) § 88.

¹²⁵ *Wintershall v Argentina* (n.77) § 26; *Daimler v Argentina* (n.60) § 193.

¹²⁶ A Newcombe, ‘Investor misconduct: jurisdiction, admissibility or merits?’ en C Brown y K Miles (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, (Cambridge University Press, 2011) p. 198.

¹²⁷ “[...] any conditions to which such consent is subject must be regarded as constituting the limits thereon. The Court accordingly considers that the examination of such conditions relates to its jurisdiction and not to the admissibility of the application” (traducción propia). *Armed Activities in the Territory of the Congo* (n.9) § 88; Véase también *Mavromatis Palestine Concessions* (n.66) pp. 11 – 15; *Interpretation of the Statute of the Memel Territory* (Merits) (Judgment) [1932] PCIJ, Series A/B, No. 49, pp. 327 – 328; *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, (Judgment) [1939] PCIJ, Series A/B, No. 77, pp. 78 – 80; *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, (Jurisdiction and Admissibility, Judgment) [1988] ICJ Rep, pp. 88 – 90 , §§ 42 – 48.

Pero, en realidad, estos prerequisites son condiciones de *seisin* que resultan en la imposibilidad de ejercer jurisdicción, no condiciones de jurisdicción *strictu sensu*. El incumplimiento de los prerequisites de arbitraje no ataca la idoneidad de la demanda, como sucede en el incumplimiento de el agotamiento de instancias locales, sino que ataca la competencia del tribunal para pronunciarse sobre la disputa. Pero no por que el valor jurídico de estas cláusulas sea de jurisdicción en sentido estricto. Esto, dado que en todas estas cláusulas el consentimiento de someter la resolución de una disputa al dictamen de un órgano adjudicatario sí existe. Por lo tanto, sí hay atribución de jurisdicción (*attribution de la jurisdiction*). Pero, la cuestión esencial es que este consentimiento esta sujeto a condiciones previas obligatorias pactadas por las Partes.¹²⁸ Entonces, para que el consentimiento tenga efecto y el tribunal se pueda declarar competente, se deben realizar ciertos pasos previos – negociar o litigar la disputa en cortes domésticas por cierto tiempo. Por lo tanto, en realidad, estas cláusulas son condiciones de *seisin* del órgano adjudicatario.¹²⁹ La CIJ ha determinado lo mismo, en su más reciente jurisprudencia.¹³⁰ Y, como se estableció previamente, y determinó de forma atinada el Juez de la CIJ, Sir Gerald Gray Fitzmaurice, si no se cumplen estos pasos y, por lo tanto, no hay un *seisin* válido de un tribunal o corte, éste, a fin de cuentas, no tiene jurisdicción en sentido amplio para resolver la disputa que se le presenta.¹³¹ La jurisdicción no es nada sin el válido acto de *seisin* que la vuelve posible.¹³²

¹²⁸ Véase *inter alia*, *Maffezini v Spain* (n.98); *Wintershall v Argentina* (n.77); *ICS v Argentina* (n.34); *Daimler v Argentina* (n.60); *Kiliç v Turkmenistan* (n.82); *Armed Activities on the Territory of the Congo* (n.9); *Georgia v Russian Federation Case* (n.46).

¹²⁹ Douglas, *The International Law of Investment Claims* (n.12), p. 160.

¹³⁰ *Armed Activities on the Territory of the Congo* (n.9); *Georgia v Russian Federation Case* (n.46).

¹³¹ Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice* (n.61), p. 440.

¹³² Weil, *Compétence et saisine: un nouvel aspect du principe de la jurisdiction consensuelle* (n.35), p. 841; Douglas, *The International Law of Investment Claims* (n.12).

4.- Consecuencias fácticas y jurídicas de un *seisin* inválido

Entonces, ahora resulta fundamental estudiar las consecuencias jurídicas y fácticas de realizar un *seisin* inválido de un tribunal internacional.

(i) Consecuencias jurídicas

En cuanto a las consecuencias jurídicas, en caso de un *seisin* inválido, el tribunal no podrá ejercer jurisdicción sobre la disputa y algunos han considerado que ni siquiera posee *compétence de la compétence* para analizar su jurisdicción. El *seisin* es el primer acto que se da ante el tribunal cuando existe una disputa y prende el *switch* de la actividad del mismo, en términos de Hugh Thirlway.¹³³ Inmediatamente después al *seisin* válido, corresponde al tribunal ejercer su *compétence de la compétence*. Es decir, analizar si tiene (i) el poder para analizar si tiene jurisdicción en el caso, (ii) el poder para decidir sobre la admisibilidad de la demanda y (iii) en algunos casos, el poder para decidir en los méritos del caso.¹³⁴ Pero, como algunos han argumentado, si el *seisin* ha sido inválido, entonces, ningún *switch* se ha prendido y la maquinaria del tribunal no se podría echar a andar, ni siquiera la *compétence de la compétence*.¹³⁵ Esta conclusión es un poco ilógica

¹³³ H Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice* (n.36), p. 39.

¹³⁴ L Boisson de Chazournes, 'The principle of *Compétence de la Compétence* in International Adjudication and its Role in an Era of Multiplication of Courts and Tribunals' en M H Arsanji *et al* (eds.) *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (Martinus Nijhoff, Leiden, 2011), p. 1027.

¹³⁵ Esta discusión fue presentada ante la CIJ por parte de Serbia (antes, la República Federal de Yugoslavia) en los casos instituidos contra ella por parte de Bosnia y Herzegovina, y Croacia en *Application of the Genocide Convention*. Serbia argumentaba *inter alia* que la Corte ni siquiera tenía *compétence de la compétence* en los casos ya que en el momento de institución de los procedimientos en cada uno ellos Serbia no era un miembro del Estatuto de la Corte – elemento de *seisin* de la CIJ, según Serbia. La Corte argumentó que en las decisiones del caso *Legality of Use of Force* entre Serbia y distintos miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, decidió que Serbia se convirtió en miembro del Estatuto en 2000 – fecha anterior a la resolución de *Application of the Genocide Convention*, pero posterior ala institución de procedimiento de este caso – y, por lo tanto, al momento de la resolución, la Corte si tenía *compétence de la compétence*. Personalmente, creo que el argumento está equivocado. Un *seisin* inválido sí podría llevar a una falta de *compétence de la compétence* de la Corte. No obstante, el hecho de ser o no parte del Estatuto de la Corte no es un requisito de *seisin* de la CIJ, sino un elemento que delimita la competencia de la misma Corte. En todo caso, un requisito de *seisin* sería el cumplir el procedimiento del

porque sólo a partir del ejercicio de la *compétence de la compétence* un juez o árbitro podría saber si existió o no un *seisin* inválido. Entonces, si de verdad no existe *compétence de la compétence* en presencia de un *seisin* inválido, dicha invalidez debe ser manifiestamente explícita y sin necesidad de comprobación. La anterior precisión, en la práctica, es muy poco probable y poco atinada. A la luz de este problema, se han planteado que el mero hecho de que las Partes litiguen el incumplimiento de los prerequisites de arbitraje consiente una *compétence de la compétence* particular del tribunal sólo para resolver sobre la validez o invalidez del *seisin*.¹³⁶ Independientemente de la postura que se adopte, el punto central es que si no se han cumplido los prerequisites de arbitraje, en el momento del litigio, no ha habido *seisin* válido y, *ergo*, el tribunal no puede pronunciarse sobre el fondo de la disputa.

(ii) *Consecuencias fácticas*

Los demandantes que ignoren los prerequisites de arbitraje deben de cumplir con los mismos, aún ya constituido el arbitraje y sólo un alto estándar de prueba de inutilidad fáctica de los prerequisites podrá eximirlos de esto. Autores y representantes en litigios de inversión han argumentado sistemáticamente que aún y cuando se consideren los prerequisites en cuestión como condiciones de consentimiento o elementos jurisdiccionales, el contexto en el que se desarrollan los conflictos vuelve inútiles o

artículo 35(2) del Estatuto de la Corte para que Estados no partes de la Organización de las Naciones Unidas o del Estatuto puedan efectivamente ser partes de una disputa ante la CIJ. Por esto y muchas otras razones, la decisión de la CIJ ha sido bastante criticada. Véase Y Z Blum, *Note and Comment: Consistently Inconsistent: The International Court of Justice and the Former Yugoslavia (Croatia v. Serbia)*, (2009) 103 AJIL 264; H Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, pp. 42 – 43; *Application of the Genocide Convention (Croatia v Serbia)*, [2008] ICJ Rep 441–442 § 86; *Legality of Use of Force (Serbia & Montenegro v Belgium) (Preliminary Objections)* [2004] ICJ Rep 279 at 299 § 46.

¹³⁶ Y, posteriormente, si el tribunal encuentra que sí hubo un *seisin* válido, entonces podrá ejercer su *compétence de la compétence* ordinaria y analizar las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad.

imposibles dichas condiciones.¹³⁷ Como ejemplo ilustrativo, la situación en Argentina resulta relevante. La mayor parte de las disputas analizadas en el próximo capítulo derivan de la crisis económica de fines de los ochenta y principios de los dos mil del último país. En aquella época, Argentina decretó un estado de emergencia y suspendió todo procedimiento judicial en territorio nacional contra el Estado.¹³⁸ En este mismo contexto, o cualquier otro, instituir un arbitraje internacional es sumamente costoso.¹³⁹ Si se incumplen los requisitos de arbitraje, se deberá incurrir en estos gastos para que, en la etapa preliminar el tribunal decida que el demandante debe regresar al lugar donde, digamos, se le expropió su inversión para negociar con el expropiador, un Estado extranjero, durante 6 meses y, después, volver a incurrir en todos los gastos para comenzar de nuevo el arbitraje, si la disputa aún existe.¹⁴⁰

Entonces, el argumento de la inutilidad de los prerequisites parece válido *prima facie*. De hecho, en el contexto de protección diplomática, el agotamiento de instancias locales esta exceptuado cuando dichas instancias resultan inútiles para resolver la disputa.¹⁴¹ No obstante, en la práctica, esta defensa ha funcionado en casos extremos (*i.e.* cuando se comprueba que la ley local funciona frontalmente en contra del demandante)¹⁴²

¹³⁷ C Schreuer, *Of Waiting Periods* (n.81), p. 239; C Schreuer, *Calvo's grandchildren* (n.81); *BG Group v Argentina* (n.82); *Wintershall v Argentina* (n.77); *Murphy v Ecuador* (n.83); *SGS v Pakistan* (n.81); *Daimler v Argentina* (n.60); *Bayindir v Pakistan* (n.59); *Ronald S Lauder v The Czech Republic* (n.81).

¹³⁸ *BG Group v Argentina* (n.82), §§ 16 – 77.

¹³⁹ Véase *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development (2005) (Disponible en www.unctad.org/en/docs/iteit20054_en.pdf, fecha de consulta: 20 de febrero de 2013), p. 8; A Sinclair, L Fisher y S Macrory, *ICSID Arbitration: How long does it take?*, (2009) 4 GARJ 5; *Daimler v Argentina* (n.60) § 245.

¹⁴⁰ Schreuer remarca bastante este punto para determinar la validez jurídica de las negociaciones previas al arbitraje internacional. Además, hay que tomar en cuenta que es ésta justamente la excepción a la regla de agotamiento de recursos locales en DIP.

¹⁴¹ J Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (Cambridge University Press, 2005) p. 101 – 102; C F Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (Cambridge University Press, 2005) (En adelante: Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*) pp. 2004 – 2005.

¹⁴² *ELSI Case* (n.92), pp. 47 – 48.

y se necesita un estándar de prueba que vaya más allá de la duda razonable de la inutilidad de dichas instancias o recursos.¹⁴³ Este estándar de prueba en el litigio internacional y nacional, de hecho, es el más alto.¹⁴⁴ Además, la carga de este alto estándar de prueba, bajo el principio de *onus probandi incumbit actori*, está en el inversionista ya que el que alega un hecho, debe probarlo.¹⁴⁵ Para ilustrar el problema del alto estándar de prueba de la futilidad de prerequisites, las referidas medidas de rescate financiero de los noventa de Argentina llamadas *el corralito* incluyeron, *inter alia*, una prohibición para demandar al Estado argentino en cortes domésticas en cuestiones que pusieran en riesgo las medidas de rescate económico.¹⁴⁶ Ni siquiera esto fue considerado por algunos tribunales internacionales como prueba suficiente de que el litigio previo al *seisin* del tribunal era inútil.¹⁴⁷

Consecuentemente, por un lado, las consecuencias jurídicas más importantes del incumplimiento de las condiciones o prerequisites en cuestión, es que no habrá *seisin* válido del tribunal y, por lo tanto, el mismo no puede ejercer jurisdicción *latu sensu* sobre el caso. En realidad, no tiene ninguna competencia válida sobre el mismo hasta que se

¹⁴³ Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, p. 337.

¹⁴⁴ C F Amerasinghe, *Evidence in International Litigation* (Martinus Nijhoff Publishers, 2005), pp. 232 – 235. En el litigio internacional, existen otros estándares de prueba que dependen de los hechos que se están alegando. Por ejemplo, unos estándares menos estrictos que el de la duda razonable son los de prueba de forma convincente, preponderancia de la evidencia y la conclusión razonable. Véase *Ibid.* pp. 232 – 258.

¹⁴⁵ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* [2010] ICJ Rep (I) p. 71 § 162. En el caso de *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of Congo)*, la CIJ estableció que dicho principio puede tener ciertas excepciones dependiendo de los hechos y las demandas del caso. Ese caso versaba *inter alia* sobre el trato cruel e inhumano dado por la República Democrática del Congo a un nacional de Guinea. Cuestión que, aunque alegada por Guinea, podría ser comprobada por la información bajo el control de la República Democrática del Congo. Por lo que la CIJ estableció que la carga estaba en ambas partes. Véase *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of Congo)* [2010] (Merits) ICJ Rep 639 §§ 54 – 56. En el contexto particular de prueba de futilidad en arbitraje de inversión, por el contrario, siempre han sido los inversionistas quienes han tenido la carga de la prueba.

¹⁴⁶ Decreto Presidencial 214/02 del Presidente Duhalde de la República de Argentina.

¹⁴⁷ En este punto, la discusión sigue abierta. Hay expertos que afirman que litigar en cortes nacionales argentinas era imposible, por un lado. Hay quienes, por el otro lado, afirman que sin duda alguna podrías litigar y obtener un resultado en menos de 18 meses. Véase *BG Group v Argentina* (n.82) §§ 155, 156 y 157 y *Daimler v Argentina* (n.60) § 269.

cumplan dichos requisitos. Por el otro lado, fácticamente, implica una doble carga para el inversionista que pretende demandar a un Estado en un tribunal internacional: (i) cumplir efectivamente los requisitos y, en caso de alegar inutilidad de los mismos (ii) comprobar más allá de una duda razonable esta inutilidad. Aunque las consecuencias parecen extremas, son el resultado lógico y natural de la aplicación del *pacta sunt servanda*, principio quintaesencial del sistema jurídico internacional y nacional.¹⁴⁸

5.- Trato de Nación Más Favorecida como alternativa a los prerrequisitos de seisin del tribunal

Finalmente, cabe mencionar que en los últimos años, los inversionistas demandantes, después de incumplir las condiciones de *seisin* estipuladas, han solicitado la aplicación de otros TBI de los que el Estado demandado sea parte y que no establezcan condiciones de *seisin* por virtud de una cláusula de Trato de Nación Más Favorecida (“TNMF” o “MFN” por sus siglas en inglés) en el TBI entre el inversionista demandante y el Estado demandado. Así, esquivan la aplicación de las condiciones de *seisin*. El argumento básico por parte de los inversionistas ha sido el siguiente: (i) permitir un acceso directo a un tribunal internacional, como se establece en el TBI X al que tanto el Estado demandado como el Estado Y son parte, representa es un trato más favorable que el imponer condiciones de *seisin*; (ii) el TBI que le aplica al inversionista para demandar al estado contiene una cláusula de TNMF; (iii) la aplicación de esta cláusula se debe de extender a mecanismos de solución de conflictos y, por lo tanto, es aplicable el TBI X y las condiciones de *seisin* en el TBI base *prima facie* no son aplicables. El tribunal del caso *Maffezini v España* fue el primero en aceptar este tipo de argumentos y establecer su

¹⁴⁸ *Convención de Viena de 1969* (n.100), art. 26.

jurisdicción sobre el caso en concreto, a pesar del tratamiento dado a los prerequisites de arbitraje en la misma resolución.¹⁴⁹ A partir de este caso, este tema se ha convertido en uno de los más controvertidos en el contexto del arbitraje de inversión extranjera.¹⁵⁰

A pesar de que no es objeto de este estudio ahondar en esta problemática, resulta relevante comprenderla. La misma estriba principalmente el alcance de las cláusulas de TNMF. Es decir, si estas cláusulas aplican a provisiones jurisdiccionales. La doctrina de nación más favorecida ha existido desde los primeros tratados internacionales de comercio.¹⁵¹ Por virtud de esta cláusula un Estado – el receptor – se obliga a dar a otro Estado o a personas o cosas en una determinada relación con ese Estado, un tratamiento no menos favorable que el que el Estado receptor extiende a un tercer Estado o personas o cosas en una misma relación con ese Estado, en circunstancias similares.¹⁵² Desde su génesis, dicha doctrina, y ahora cláusula común en tratados de comercio e inversión, no necesariamente se ideó como una regla aplicable a cuestiones procesales de resolución de conflictos internacionales. Sin embargo, con base en el principio de *expresso unius est expresso alterius* se ha determinado que si las cláusulas de TNMF no excluyen su aplicación a reglas procesales o cláusulas jurisdiccionales, entonces las primeras se pueden aplicar a las últimas.¹⁵³ La jurisprudencia más reciente de inversión extranjera ha

¹⁴⁹ *Maffezini v Spain* (n.98), §§ 54 – 55.

¹⁵⁰ G Santiago Tawil, 'Most Favored Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration' en C Binder, U Kriebawm, A Reinisch y S Wittich (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, (Oxford University Press, 2009), p. 10.

¹⁵¹ Su nacimiento se ha rastreado hasta el tratado entre el Rey Enrique V de Inglaterra con el Duque Juan de Burugundy en Amiens, el 17 de agosto de 1417 en el que se le concedió a los barcos ingleses utilizar puertos de la misma forma que los barcos holandeses, franceses, escoceses, entre otros. UNCTAD, *Most Favoured-Nation Treatment, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements* (1999), p 13.

¹⁵² Report of the Commission to the General Assembly on the Work of its Thirteenth Session, *The Most-Favoured Nation Clause*, Yearbook of the International Law Commission (1978), volume II, part 2, p. 18.

¹⁵³ *National Grid PLC v Argentine Republic* (Decision on Jurisdiction) (UNCITRAL) (20 June 2006) § 83.

adoptado esta misma visión.¹⁵⁴ Sin embargo, a fin de cuentas gran parte de la decisión depende en la concepción que se tenga de consentimiento de un Estado. Es decir, si se toma una concepción restrictiva entonces difícilmente se aceptaría que le apliquen cláusulas de TNMF que cambien el consentimiento preciso de los Estados, lo cuál depende de la interpretación que se le de a las cláusulas jurisdiccionales, por un lado, y a las de TNMF, por el otro.¹⁵⁵

Por último, creo importante señalar que el considerar que estas cláusulas sí aplican a las disposiciones jurisdiccionales, significa entonces que la negociación de todo un TBI con reglas específicas inter-partes resulta inútil. En dado caso, solo valdría la pena entonces que los Estados negociaran exclusivamente las cláusulas a las cuáles no les aplicaría el TNMF (aquellas que se excluyen en las disposiciones de TNMF) y no pierdan tiempo, dinero y esfuerzo en negociar todo un TBI especial que tome en cuenta sus relaciones económicas particulares. Pero, evidentemente, esta conclusión se antoja no solo desafortunada, sino poco práctica. Por lo que, aunque no se resuelve el problema, sí se problematiza más sobre la reciente burla a los requisitos de *seisin* en DIIE.

Ahora, para comprender cómo se ha dado la aplicación jurídica de las conclusiones y reglas esbozadas en los dos capítulos precedentes, un análisis de las decisiones más importantes del tema resulta fundamental.

¹⁵⁴ *Gas Natural SDG, SA v The Argentine Republic* (Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction) (ICSID Case No. ARB/03/10) (17 June 2005); § 31 *Telefónica SA v Argentine Republic* (Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction) (ICSID Case No. ARB/03/20) (25 May 2006) § 103; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA and Vivendi Universal, SA v Argentine Republic* (Decision on Jurisdiction) (ICSID Case No. ARB/03/19) (3 August 2006); *AWG Group Ltd. v The Argentine Republic* (Decision on Jurisdiction) (UNCITRAL) (3 August 2006).

¹⁵⁵ E Gaillard, *Establishing jurisdiction through a Most-Favored-Nation Clause* (2005) 233 *The New York Law Journal* 105.

Capítulo III

El marco jurisprudencial: la evolución del tratamiento de los prerequisites de arbitraje en inversión extranjera

El 17 de enero de 2012, en el caso *The Argentine Republic v BG Group PLC*, la Corte Distrital de Apelaciones del Circuito de Columbia de E.U.A. negó la ejecución de un laudo arbitral en materia de inversión.¹⁵⁶ Esto, ya que en dicho laudo el tribunal arbitral internacional se pronunció competente para resolver el fondo de la disputa sin importar la omisión del inversionista demandante (*BG Group PLC*) de cumplir los prerequisites de arbitraje estipulados en la cláusula jurisdiccional aplicable.¹⁵⁷ Esta resolución causó gran controversia en el ámbito jurídico internacional y revivió el debate sobre el verdadero valor jurídico de los prerequisites de arbitraje en inversión extranjera.¹⁵⁸ De igual forma, no obstante dicha resolución no es internacional, dado su impacto y relevancia, es ésta la

¹⁵⁶ *Argentina v BG Group* (n.63).

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Véase por ejemplo A Bjorklund, *Case Comment: Republic of Argentina v BG Group PLC* (2012) 27 ICSID Review 1; T Folkman, *Case of the Day: Republic of Argentina v BG Group PLC*, Letters Blogatory, (Disponible en <http://lettersblogatory.com/2012/01/19/argentina-bg-group/>, fecha de consulta: 2 septiembre de 2012); M Athanasiou, *Argentina v BG Group PLC: The U.S. Court of Appeal's (mistaken?) Decision*, Blog Arbitration, January 25, 2012, (Disponible en <http://blogarbitration.com/2012/01/25/argentina-v-bg-group-plc-the-u-s-court-of-appeals-mistaken-decision/>, fecha de consulta: 2 septiembre de 2012); DLA Piper, *Republic of Argentina v GB Group: "arbitrability" as a threat to the finality of international arbitration awards* (Disponible en <http://www.dlapiper.com/republic-of-argentina-v-bg-group-arbitrability-as-a-threat-to-the-finality-of-international-arbitration-awards/>, fecha de consulta: 2 septiembre del 2012); J Kalicki y K Yamane, *The Unavoidability of Uncertainty: One Lesson from the Recent U.S. Cour Ruling in Argentina v BG Group*, Kluwer Law Arbitration (Disponible en <http://kluwer.practicesource.com/blog/2012/the-unavoidability-of-uncertainty-one-lesson-from-the-recent-u-s-court-ruling-in-argentina-v-bg-group/>, fecha de consulta: 2 septiembre de 2012); C Amirfar y D Rivkin, *Who Decides Arbitrability? A Resurgence of the Debate in the United States*, Global Arbitration Review News, (Disponible en <http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/48/sections/166/chapters/1863/>, fecha de consulta: 2 septiembre de 2012); I Gedwillo, *La anulación del laudo de BG Group LLC v Republic of Argentina y sus implicancias para el futura del abritraje de inversión*, Arbitraje Comercial Internacional, (Disponible en http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/L/la_anulacion_del_laudo_de_bg_group_llc_v_republic_of_argentina/la_anulacion_del_laudo_de_bg_group_llc_v_republic_of_argentina.asp, fecha de consulta: 2 septiembre de 2012).

que me llevó a investigar la valoración jurídica de los prerequisites de arbitraje en la práctica de las últimas décadas.

Entonces, el presente capítulo tiene dos objetivos principales. Primero, evidenciar el problema jurídico que atañe a este trabajo que es la contradicción que ha habido en la última década sobre el valor jurídico de los prerequisites de arbitraje – condiciones de *seisin* del tribunal – y las razones principales de esta contradicción. Éstas son, en general, una aplicación incorrecta de las reglas de interpretación de tratados en los prerequisites de arbitraje o condiciones de *seisin*, y una clasificación jurídica y conceptual errónea de los mismos. Segundo, exponer el desarrollo jurisprudencial del tratamiento de estos prerequisites, y los aciertos y fallas de este desarrollo. Por lo tanto, los casos se presentan de forma cronológica y son los más importantes y/o relevantes en la materia y a los que se les hace referencia con mayor frecuencia cuando se trata del tema objeto de mi investigación. Como se comprobará, aunque ha habido avances importantes en la valoración jurídica de los prerequisites de arbitraje, en la jurisprudencia de DIIE no se ha logrado catalogar a los prerequisites de arbitraje como condiciones de *seisin*. *Videlicet*, lo que en realidad son.

1.- Los casos

(i) Ethyl Corp v Canada

La decisión del tribunal en este caso data del 24 de junio de 1998 y ha tenido una gran influencia en las decisiones subsecuentes del tema en cuestión. La discusión en este caso se refiere a una disputa entre *Ethyl Corporation* (“*Ethyl Corp.*”) y Canadá, y fué litigado ante un tribunal internacional con base en el artículo 1120 del Capítulo XI del TLCAN.

Este artículo establece que:

“siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con: [...] c) las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.” (Énfasis añadido).¹⁵⁹

Canadá argumentó que el tribunal no tenía jurisdicción sobre el caso ya que nunca se cumplieron los prerequisites de arbitraje estipulados en la cláusula transcrita – el paso de 6 meses desde que surge la disputa.¹⁶⁰ *Ethyl Corp.* sí notificó a Canadá sobre su intención de someter la disputa ante un panel internacional. No obstante, Canadá argumentó que dicha notificación no versaba sobre una violación al TLCAN y, por lo tanto, no daba derecho a *Ethyl Corp.* de litigar dicha disputa ante un tribunal internacional. Aunque el tribunal concordó en el hecho de que la disputa notificada por *Ethyl Corp.* fue previa a la verdadera medida del gobierno canadiense que podría violar el TLCAN,¹⁶¹ sostuvo que la falta de voluntad de Canadá, no obstante, de negociar la disputa cuando le fue notificada, volvió este prerequisite de negociación (o, en palabras del tribunal, *cooling off period*) inútil.¹⁶² Esto vuelve este mismo prerequisite innecesario entonces.¹⁶³

Finalmente, la resolución del tribunal fué que, en cualquier caso, el análisis de esta cuestión era inútil.¹⁶⁴ No puede desechar la demanda porque ya han pasado efectivamente 6 meses después de la promulgación de la medida que podría violar el TLCAN *vis-à-vis* el demandante y, por lo tanto, este prerequisite, aunque en realidad

¹⁵⁹ TLCAN (n.55), art. 1120.

¹⁶⁰ México, como Estado interventor, argumentó alternativamente que, de hecho, estos prerequisites de arbitraje sí eran necesarios para la constitución de la jurisdicción de un tribunal del TLCAN.

¹⁶¹ *Ethyl Corp v Canada* (n.98) § 86. De hecho, fue por esto que el tribunal condenó al pago del procedimiento de jurisdicción a *Ethyl Corp.* A fin de cuentas, si hubiera esperado la ejecución de la medida violatoria, tal vez las objeciones de jurisdicción no hubiesen tenido lugar.

¹⁶² *Ibid.* § 84.

¹⁶³ *Ibidem.*

¹⁶⁴ *Ibid.* § 85.

nunca se llevó a cabo, ya fue agotado.¹⁶⁵ Para el tribunal, resolver al contrario y desechar la demanda, iría en contra el propósito del mismo TLCAN.¹⁶⁶

Del caso anterior, cabe remarcar que existían dos prerequisites al arbitraje: intentar negociar la disputa (sin periodo específico) con base en el artículo 1118 del TLCAN y, después, esperar 6 meses a partir del surgimiento de una medida violatoria del tratado.¹⁶⁷ El primer requisito sí se cumplió.¹⁶⁸ En el segundo existían dudas. Pero lo importante es que dicho prerequisite, a diferencia de los prerequisites objeto de estudio de esta investigación, no demandaba ninguna acción más que esperar. Entonces era un verdadero *cooling off period* y, efectivamente, pasaron 6 meses desde que surgió el evento que para el inversionista violaba el TLCAN y, también, del evento que efectivamente violaba el TLCAN. Entonces la resolución no está errada. No obstante, el análisis sí. El tribunal hace una diferencia entre cuestiones de jurisdicción y cuestiones procesales que, aunque con base en la definición del tribunal encajan perfectamente como condiciones de admisibilidad, el mismo nunca los llama así.¹⁶⁹ En términos estrictos el cumplimiento de los requisitos anteriores se debió de haber analizado como una tercera categoría de objeciones preliminares; es decir, como *seisin*. Empero, se analizaron como cuestiones de jurisdicción. En otras palabras, como condiciones que hacen existente el consentimiento del Estado.¹⁷⁰

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ "Las Partes contendientes intentarán primero dirimir la controversia por vía de consulta o negociación." TLCAN (n.55), art. 1118.

¹⁶⁸ *Ibid.* § 78.

¹⁶⁹ "It is important to distinguish between jurisdiction provisions, i.e. the limits set to the authority of this Tribunal to act at all on the merits of the dispute, and procedural rules that must be satisfied by Claimant, but the failure to satisfy which results not in the absence of jurisdiction ab initio, but rather in a possible delay of proceedings, followed ultimately, should non-compliance persist, by dismissal of the claim." *Ibid.* § 58.

¹⁷⁰ *Ibid.* § 66.

(ii) *Maffezini v España*

El 25 de enero de 2000 se resolvió el caso de *Maffezini v España* ante un tribunal arbitral del CIADI.¹⁷¹ La base contractual del mismo fue el TBI entre Argentina y España. El mismo, en el artículo X, establece:

““Las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo **deberán** [...] 2. Somet[erse] a petición de una de ellas a los Tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión. 3. La controversia podrá ser sometida a un Tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes: [...] cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las Partes;”¹⁷² (Énfasis añadido).

Emilio Maffezini, inversionista argentino y demandante, instituyó la demanda ante el tribunal del CIADI respectivo sin someter la misma a las cortes domésticas de España durante 18 meses previos como estipula el TBI.¹⁷³ Como demandado, el Reino de España argumentó que el artículo en cuestión (i) requiere el agotamiento de recursos locales como regla de DIP, antes de someter la disputa a arbitraje internacional¹⁷⁴ y (ii) después una resolución sustantiva de la disputa en cortes domésticas, pasados 18 meses, el asunto sería resuelto y no podría ser sometido a arbitraje internacional.¹⁷⁵ El tribunal, después de rechazar parcialmente dichos argumentos,¹⁷⁶ reconoció que el objetivo del artículo en cuestión es darle la oportunidad a cortes domésticas de resolver la disputa previamente a su ventilación internacional.¹⁷⁷ Lo anterior está fraseado imperativamente en el TBI, no

¹⁷¹ *Maffezini v Spain* (n.98).

¹⁷² *Ibid.* § 19.

¹⁷³ *Ibid.* §§ 1, 19.

¹⁷⁴ *Ibid.* § 20.

¹⁷⁵ *Ibid.* § 39.

¹⁷⁶ *Ibid.* §§ 33, 36. Véase Convención de Viena de 1969 (n.100), art 31 (1).

¹⁷⁷ *Ibidem.*

opcionalmente. Por lo tanto, el incumplimiento de dicha disposición actualizaría una falta de jurisdicción del CIADI y de competencia del tribunal en cuestión.¹⁷⁸

De forma atinada, el tribunal niega que la regla pactada en la cláusula en cuestión es una regla de agotamiento de instancias locales del DIP clásico.¹⁷⁹ Y, aunque su resolución en general es correcta – determinar que si se viola la cláusula, no se puede resolver el fondo del asunto – al igual que en *Ethyl Corp v Canada*, las razones están equivocadas. El tribunal estableció que lo anterior era por falta de jurisdicción, cuando en realidad la jurisdicción en sentido estricto sí existe ya que sí hay consentimiento para arbitrar la disputa. Más bien, sería por un *seisin* inválido que imposibilita la actualización de los efectos jurídicos del consentimiento, pero no la existencia del consentimiento de las Partes.

(iii) *Ronald S. Lauder v Czech Republic*

Este caso fue resuelto el 3 de septiembre de 2001 y estuvo fundado en una cláusula arbitral muy similar a la presente en *Ethyl Corp v Canada*. Además, la resolución fue muy similar a la del tribunal en éste último caso. Ronald S. Lauder es un inversionista estadounidense.¹⁸⁰ El TBI entre Estados Unidos y la República Checa establece en su artículo VI que:

“En el caso de una disputa de inversión entre un Estado contratante y un nacional del otro Estado contratante, *las Partes de la disputa **deberán** inicialmente intentar resolver la disputa a través de negociación [...] 3 (a) en cualquier momento después de seis meses* desde la fecha en la que la disputa surgió, el nacional o compañía concerniente podrá decidir consentir en escrito la sumisión de la disputa para el arreglo por conciliación o

¹⁷⁸ *Ibidem*. No obstante, dicho tribunal estableció su jurisdicción sobre la disputa con base en la cláusula de TNMF Aunque la argumentación del tribunal en ese punto en concreto es un tanto oscura y contradictoria.

¹⁷⁹ *Ibid.* § 28.

¹⁸⁰ *Ronald S Lauder v The Czech Republic* (n.81), § 5.

arbitraje vinculatorio al [CIADI] o [...] [la CNUDMI].”¹⁸¹
(Énfasis añadido).

La República Checa argumentó que el tribunal de la CNUDMI, ante el cuál se iniciaron los procedimientos, no tenía jurisdicción para resolver la disputa ya que de la notificación de la disputa del inversionista al Estado a la iniciación de procedimientos arbitrales, solo pasaron 17 días¹⁸² y no hubo ningún intento de negociación de las Partes.¹⁸³ Con base en *Ethyl Corp v Canada*, el tribunal argumentó que (i) el periodo de negociación de 6 meses no es un prerequisite de jurisdicción, sino pasos previos meramente procesales – aunque tampoco los llamó *seisin*¹⁸⁴ y (ii) que el Estado, en este caso, nunca expresó su voluntad para negociar la disputa después de la notificación hecha por el inversionista.¹⁸⁵

En conclusión, sin hacer la analogía con la excepción de inutilidad de agotamiento de instancias locales de la regla de agotamiento de instancias locales del DIP clásico, el tribunal estableció que estos pasos procesales son inútiles y demasiado formales,¹⁸⁶ por lo que no son obstáculos para la jurisdicción del tribunal, aún y cuando los mismos no se hayan cumplido.¹⁸⁷

La constante analogía hecha con *Ethyl Corp v Canada* en este caso debe analizarse con cuidado. Los prerequisites en este caso eran sustantivamente distintos

¹⁸¹ In the event of an investment dispute between a Party and a national or company of the other Party, the parties to the dispute shall initially seek to resolve the dispute by consultation and negotiation [...] 3 (a) At any time after six months from the date on which the dispute arose, the national or company concerned may choose to consent in writing to the submission of the dispute for settlement by conciliation or binding arbitration to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes or [...] UNICTRAL. US/Czech Republic Bilateral Investment Treaty (Firmado el 22 de octubre de 1991; entró en vigor el 19 de diciembre de 1992; reformado el 1 de mayo de 2004) (Disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/43557.pdf>, fecha de consulta: 15 de febrero del 2013), art. VI.

¹⁸² *Ronald S Lauder v The Czech Republic* (n.81) § 181.

¹⁸³ *Ibid.* § 153.

¹⁸⁴ *Ibid.* § 187.

¹⁸⁵ *Ibid.* § 189.

¹⁸⁶ *Ibid.* § 190.

¹⁸⁷ *Ibid.* § 191.

porque el periodo de tiempo anterior al arbitraje sí estaba ligado a otra acción positiva: la negociación. Si de verdad las negociaciones eran inútiles, como estableció el tribunal en este caso, entonces su resolución sería correcta, pero el razonamiento que se utiliza para concluir que efectivamente las negociaciones eran inútiles no parece convincente. A fin de cuentas, solo se basa en un hecho negativo – la falta de iniciativa del Estado para negociar, lo cual no significa la verdadera inutilidad de la negociación y no alcanza el estándar de prueba de ésta inutilidad, esbozado en el capítulo precedente.

(iv) Bayindir v Pakistan

El 14 de noviembre de 2005, un tribunal arbitral del CIADI resolvió de forma similar la misma disputa. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S.* (“*Bayindir*”) es una compañía creada bajo las leyes de Turquía y con domicilio en este país.¹⁸⁸ Este caso surge a partir de una disputa legal entre esta compañía y la República Islámica de Pakistán por virtud de una inversión realizada por *Bayindir* en Pakistan al amparo del TBI entre Turquía y Pakistan. Dicho TBI, en su artículo VII, provee que:

“Las disputas entre una de las Partes y un inversionista de la otra Parte, en conexión con su inversión, **deberán ser notificadas en escrito** [...] por el inversionista al Estado receptor de la inversión [...] **El inversionista y el Estado concerniente deberán esforzarse para resolver la disputa por medio de negociaciones de buena fe.** Si estas disputas no pudieran ser resueltas de esta forma dentro de los seis meses siguiente a la fecha de la notificación escrita mencionada [...] la disputa podrá ser sometida [...] al [...] [CIADI].”¹⁸⁹ (Énfasis añadido).

¹⁸⁸ *Bayindir v Pakistan* (n.59), § 2.

¹⁸⁹ Disputes between one of the Parties and an investor of the other Party, in connection with his investment, shall be notified in writing, including a detailed information, by the investor to the recipient Party of the investment. [...] [T]he investor and the concerned Party shall endeavour to settle the disputes by consultations and negotiations in good faith. If these disputes cannot be settled in this way within six months following the date of the written notification mentioned [...] the dispute can be submitted [...] to [...] the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). *Ibid.* § 80.

Entre distintos alegatos a la jurisdicción del tribunal por parte de Pakistán, este Estado alegaba la inadmisibilidad de la demanda de *Bayindir* ya que (i) ni la notificación (ii) ni la negociación por seis meses previas al arbitraje habían sido respetadas por *Bayindir*.¹⁹⁰ No obstante, el tribunal se negó sin ninguna razón explícita a hacer una distinción entre objeciones de admisibilidad y jurisdicción,¹⁹¹ y analizó dicha objeción de Pakistan como una cuestión de jurisdicción *ratione materiae*.¹⁹²

Pakistán argumentó que la falta del inversionista tiene como consecuencia la imposibilidad del mismo para demandar al Estado ante un tribunal internacional,¹⁹³ mientras que *Bayindir* argumentó que los requisitos del artículo VII del TBI tenían, por el contrario, el único objetivo de buscar mecanismos alternativos de solución de la controversia.¹⁹⁴ En realidad, el 4 de abril de 2002, con base en el artículo en disputa del TBI, *Bayindir* efectivamente notificó a Pakistán la sumisión de la disputa a arbitraje internacional ya que las negociaciones de la misma habían sido inútiles.¹⁹⁵ Pakistán nunca contestó esta notificación alegando la obligación de *Bayindir* de, no obstante, negociar la disputa por seis meses.¹⁹⁶ Para el tribunal, después de concluir que los requisitos del artículo VII del BIT no eran prerequisites de jurisdicción del mismo,¹⁹⁷ el hecho de que Pakistan no haya alegado este mismo artículo o estos prerequisites en respuesta a la notificación de *Bayindir*, prueba que Pakistán no tenía ni siquiera la

¹⁹⁰ *Ibid.* § 86(iv).

¹⁹¹ *Ibid* § 87. El tribunal se basó en la siguiente decisión para evitar cualquier argumentación en la igualdad entre jurisdicción y admisibilidad: *Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA v. République Algérienne Démocratique et Populaire*, Award of 27 December 2004, (Exh. [Bay]CLEX 57) (Disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/lesi-sentence-fr.pdf>, fecha de consulta: 10 de febrero de 2013).

¹⁹² *Ibidem.*

¹⁹³ *Ibid.* § 97(i).

¹⁹⁴ *Ibid.* § 97(ii).

¹⁹⁵ *Ibid.* § 101.

¹⁹⁶ *Ibidem.*

¹⁹⁷ *Ibid.* § 100.

intención de negociar la disputa.¹⁹⁸ Por lo tanto, estos prerequisites, en el caso en cuestión, eran inútiles y completamente innecesarios para la jurisdicción del tribunal y,¹⁹⁹ consecuentemente, desechó las objeciones preliminares de Pakistán.²⁰⁰

La falta de técnica jurídica en cuanto a la distinción entre objeciones de jurisdicción y de admisibilidad de la demanda es alarmante en este laudo, aunque no determinó el fondo de la decisión. Este caso posee el mismo problema que *Roland v Czech Republic* en cuanto a la comprobación de la inutilidad de las negociaciones previas. Pero, además, en este caso las negociaciones deberían comenzar una vez que el inversionista notifica la existencia de una disputa. Sin embargo, el inversionista no realizó esta notificación. Mas bien, notificó sobre su intención inmediata de someter la disputa a arbitraje porque las negociaciones habían sido inútiles.²⁰¹ El tribunal debió analizar si estas negociaciones – las que supuestamente se dieron entre el surgimiento de la disputa y la notificación de intención de arbitrar – fueron efectivamente inútiles, no si Pakistan quiso o no negociar una vez notificado de la intención de arbitrar por parte de *Bayindir* como al final hizo.

(v) *BG Group v Argentina*

El 24 de diciembre de 2007 el Tribunal arbitral de la CNUDMI en el caso *BG Group v Argentina* resolvió de forma similar esta cuestión. El artículo 8 del TBI entre Argentina y el Reino Unido establece:

¹⁹⁸ *Ibid.* § 101.

¹⁹⁹ En las palabras del tribunal “preventing the commencement of the arbitration proceedings until six months after the 4 April 2002 notification would, in the circumstances of this case, amount to an unnecessary, overly formalistic approach which would not serve to protect any legitimate interests of the Parties.”

²⁰⁰ *Ibid.* § 102. Supuestamente, esta conclusión se llegaría con base en una interpretación del artículo en cuestión con base en las reglas de la Convención de Viena de 1969 a la luz del propósito del TBI en cuestión. En realidad, dicho análisis es o poco claro o nulo en la resolución del tribunal.

²⁰¹ *Ibid.* § 101.

“Disputas concernientes a una inversión que surja de los términos de este Acuerdo [...] **deberán ser sometidas** [...] a la decisión del [...] Tribunal competente de la Parte contratante en el territorio de la cual se realizó la inversión. (2) Las disputas previamente mencionadas **deberán** ser sometidas a arbitraje internacional en los siguientes casos: (a) [...] (i) cuando, después de que un periodo de dieciocho meses ha transcurrido desde el momento en que la disputa fue sometida al Tribunal competente [...] y el Tribunal no ha dado a conocer su resolución; (ii) cuando la decisión final previamente mencionada ha sido dada a conocer pero las Partes siguen en disputa.”²⁰² (Énfasis añadido).

El demandante incumplió dicha cláusula y sometió su disputa con Argentina directamente ante el tribunal arbitral.²⁰³ Argentina objeto la admisibilidad (como una *condition de recevabilité*) de la demanda.²⁰⁴ El tribunal, después de hacer un reencuentro exhaustivo del contexto económico e histórico de la disputa,²⁰⁵ resolvió la objeción preliminar con base en una interpretación de la cláusula relevante.²⁰⁶ Aún y cuando el tribunal expresamente rechazó los argumentos prácticos por medio de los cuáles el desahogo previo de la disputa en cortes argentinas resultaba (i) imposible y, alternativamente, (ii) inútil – contrario al aproximamiento de los tribunales en *Ethyl Corp v Canada* y *Bayindir v Pakistan* – concluyó que considerar la cláusula en cuestión obligatoria y, por lo tanto, contraria a la admisibilidad de la demanda, llevaría a un resultado absurdo en términos del artículo 32 de la Convención de Viena de 1969.²⁰⁷

²⁰² Disputes with regard to an investment which arise within the terms of this Agreement [...] shall be submitted [...] to the decision of the [...] competent Tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made. (2) The aforementioned disputes shall be submitted to international arbitration in the following cases: (a) [...] (i) where, after a period of eighteen months has elapsed from the moment when the dispute was submitted to the competent Tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made, the said Tribunal has not given its final decision; (ii) where the final decision of the aforementioned Tribunal has been made but the Parties are still in dispute. (traducción propia) *BG Group v Argentina* (n.82) § 140.

²⁰³ *Ibid.* § 141.

²⁰⁴ *Ibidem.*

²⁰⁵ *Ibid.* §§ 16-77.

²⁰⁶ *Ibid.* § 147.

²⁰⁷ *Ibid.* §§ 147, 156.

En este caso, la objeción sobre incumplimiento de los prerequisites fue tratada como una de admisibilidad lo cuál es incorrecto ya que no se trata de una objeción a la idoneidad de una demanda. Además, los prerequisites *per se* fueron considerados absurdos. En los casos anteriores, la inutilidad o excesiva formalidad descansaba en la aplicación de los prerequisites en las circunstancias particulares de cada caso. En éste, según el tribunal, la exclusiva interpretación, no aplicación, de los prerequisites por sí misma llevaba a un resultado absurdo. Suponiendo sin conceder que esto es cierto, la consecuencia jurídica sería la aplicación de los medios subsidiarios de interpretación para aclarar este resultado absurdo.²⁰⁸ Al contrario, el tribunal no aplicó estas reglas y determinó *ipso jure* admisibles las demandas de *BG Group*.

(vi) *Wintershall v Argentina*

No fue necesario que pasara más de un mes a partir de la última decisión para que un tribunal del CIADI en este caso resolviera de forma completamente contraria la misma cuestión preliminar.²⁰⁹ La disputa se dió entre un inversionista alemán y Argentina. El artículo 10 del TBI entre Alemania y Argentina, base de la jurisdicción, establece que todas

“(1) Las controversias que sugieren entre una de las Partes [...] en relación con las inversiones en el sentido del presente Tratado [...] (2) [...] **será[n]** sometida[s] a petición de una de [las Partes] a los Tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión. (3) La controversia podrá ser sometida a un Tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes: a) [...] cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto en el apartado 2 de este

²⁰⁸ Convención de Viena de 1969 (n.100), art. 32, b).

²⁰⁹ *Wintershall v Argentina* (n.77).

artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las Partes.”²¹⁰ (Énfasis añadido).

Aunque Argentina argumentó el desechamiento de la demanda por incumplimiento de la disposición en cuestión, el tribunal realizó un análisis de jurisdicción del CIADI y competencia del tribunal con base en DIP.²¹¹ Después de distinguir entre la regla de agotamiento de recursos locales en DIP – contrario a la errada analogía realizada en *Ethyl Corp v Canada* y demás casos – y los prerequisites de arbitraje del artículo del TBI en cuestión,²¹² el tribunal enfocó su atención en determinar si dicho artículo era obligatorio o no.²¹³ Primeramente, distinguió fáctica y jurídicamente todos y cada uno de los casos presentados por el demandante en los cuales se decidió que requisitos similares no representaban un obstáculo para la jurisdicción de un tribunal internacional, sino meros requisitos subsanables (*conditions de recevabilité*).²¹⁴ Entonces, con base en las reglas de interpretación de DIP, y a la luz del mismo contexto fáctico de la controversia entre *BG Group v Argentina*, el tribunal determinó que dicho artículo del TBI era obligatorio y no se podría ignorar.²¹⁵ Lo contrario llevaría a una falta de jurisdicción del CIADI y competencia del tribunal para resolver la disputa.²¹⁶

Bajo mi punto de vista, esta decisión logra prestar atención a asuntos que habían sido ignorados de cierta forma en las decisiones pasadas en el tema en cuestión, y vale la

²¹⁰ Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (Adoptado el 9 de abril de 1991, entró en vigor el 8 de noviembre de 1993).

²¹¹ *Wintershall v Argentina* (n.77), §§ 107 – 157.

²¹² *Ibid.* §§ 110 – 113.

²¹³ *Ibid.* §§ 119 – 122. De hecho, el representante del demandante, el Profesor Schreuer aceptó explícitamente que la cláusula era obligatoria y que el único argumento para sostener la jurisdicción del tribunal en este caso era un argumento basado en la cláusula de Trato de Nación Más Favorecida. Similar al argumento en el caso *Maffezini v España*.

²¹⁴ *Ibid.* §§ 136 – 153.

²¹⁵ *Ibid.* § 156.

²¹⁶ *Ibidem*. El tribunal, posteriormente, rechazó los argumentos de la cláusula de TNMF y de futilidad de prerequisites de arbitraje.

pena remarcarlo. En primer lugar, la correcta distinción entre la los prerequisites de arbitraje de la cláusula jurisdiccional y la regla de agotamiento de recursos locales del DIP. En segundo lugar, el enfoque en el carácter imperativo de la cláusula. Sólo al hacer un correcto uso de las reglas de interpretación de tratados – con base en el sentido ordinario de las palabras – el tribunal logró descubrir que los prerequisites son obligatorios, no facultativos. Esto no es un resultado absurdo, como infundadamente han establecido bastantes tribunales, sino un resultado acorde a la voluntad de las Partes del tratado. Y aquí recae el mayor acierto de la decisión. No obstante lo anterior, el tribunal hizo una aplicación incorrecta de este sentido jurídico de la cláusula. En lugar de enmarcarla en la institución de *seisin* – como debió haber hecho – la enmarcó en la de jurisdicción. Aunque efectivamente la cláusula es imperativa, no significa que el incumplimiento de la misma resulte en inexistencia de consentimiento y, entonces, falta de jurisdicción en estricto sentido.

(vii) *Murphy v Ecuador*

El 15 de Diciembre de 2010, el tribunal del caso *Murphy v Ecuador*,²¹⁷ resolvió que prerequisites de negociaciones previas por tiempo determinado (en sus palabras, *cooling off periods*, al igual que *Ethyl Corp v Canada*)²¹⁸ eran, de igual forma, obligatorios y obstáculos de jurisdicción del tribunal. El punto relevante en la decisión del tribunal es que un incumplimiento de una cláusula de prerequisites conlleva necesariamente consecuencias legales, independientemente de que dichos prerequisites sean meramente

²¹⁷ *Murphy v Ecuador*.

²¹⁸ *Ibid.* § 97.

procedimentales (*recevabilité*) o jurisdiccionales.²¹⁹ Además, el demandante no puede basarse argumentos de *futility* o de irrelevancia e ineficacia de negociaciones previas, si no prueba legalmente el primero, y si lo segundo funcionó para otros inversionistas.²²⁰ La cuestión es de medios, no de fines.²²¹

El hecho de que el tribunal remarque con ímpetu que (i) el incumplimiento de prerequisites obligatorios no puede estar ausente de consecuencias jurídicas, y que (ii) para probar efectivamente la inutilidad de estos prerequisites sea imperativo al menos intentar realizar los mismos, dada su naturaleza obligatoria, es de gran relevancia. Estos dos puntos responden a las *ratio decidendis* menos convincentes, bajo mi punto de vista, de los tribunales que han resuelto al contrario en situaciones jurídicas similares.

(viii) Argentina v BG Group

Casi cinco años después de la resolución del caso *BG Group v Argentina*, la Corte Distrital de Apelaciones del Circuito de Columbia de E.U.A. dejó sin efectos el laudo de dicha disputa con base en un argumento de exceso de poderes por parte del tribunal arbitral.²²² La discusión principal de las Partes en este caso tuvo como base precedentes estadounidenses de arbitraje.²²³ No obstante, la decisión de la Corte estadounidense tiene una gran relevancia. Aún y cuando no hubo una discusión o distinción tajante entre

²¹⁹ *Ibid.* § 142. Además, este tribunal se enfrentó más específicamente a prerequisites de arbitraje casi idénticos a los presentes en *Ethyl Corp v Canada*, *Bayindir v Pakistan* y *Ronald S Lauder v Czech Republic* y, no obstante, resolvió completamente al contrario que dichos tribunales.

²²⁰ *Ibid.* § 135.

²²¹ *Ibidem.*

²²² Un laudo arbitral puede ser anulado por las Cortes del Estado en el que se dictó ese mismo laudo. Argentina buscó la anulación del laudo dictado por el tribunal de arbitraje en *BG Group v Argentina* en una Corte Distrital estadounidense ya que este laudo fue dictado en Washington D.C., E.U.A. Esta decisión es la apelación al primer intento fallido de anulación del laudo de *BG Group v Argentina*. Véase *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention)* Art. V(1)(e), (Adoptada el 10 de junio de 1958, entró en vigor el 7 de junio de 1959) 21 U.S.T. 2517, 330 U.N.T.S. 38; *Argentina v BG Group* (n.63).

²²³ *Ibidem.*

jurisdicción, admisibilidad y *seisin* en la *dicta*, en particular, la Corte hizo un énfasis en la voluntad expresada por las Partes en el TBI relevante y en el respeto de la misma por parte de las autoridades jurisdiccionales o arbitrales.²²⁴ La Corte estableció el sostenimiento de jurisdicción del tribunal de la CNUDMI cuenta con ninguna base jurídica y, por lo tanto, dicho laudo no puede ser ejecutado en territorio estadounidense.²²⁵

Actualmente, *BG Group* esta solicitando un *writ of certiorari* a la Suprema Corte de los Estados Unidos, contra esta decisión. Aunque, en general, las razones expuestas por *BG Group* y diversos *certiorari* para que se otorgue el *writ* no se basan necesariamente en el valor jurídico de los prerequisites de arbitraje, debe remarcarse que la defensa contra el *certiorari* remarca efectivamente el análisis de la Corte Distrital de la voluntad de las Partes del TBI y la obligatoriedad de los prerequisites de arbitraje.²²⁶ Elementos determinantes en la calificación de los prerequisites como condiciones de *seisin* de un tribunal.

(ix) *ICS v Argentina*

Prima facie, parece que la última resolución creó un nuevo paradigma en la jurisprudencia de jurisdicción en tribunales de inversión extranjera. Menos de un mes después, el tribunal arbitral en el caso *ICS v Argentina* bajo los auspicios de la Corte

²²⁴ *Ibid.* p. 2, 9.

²²⁵ *Ibid.* p. 2.

²²⁶ Véase *Brief for the United States as Amicus Curiae on petition for a Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, U.S. Supreme Court, No. 12-138 (May 10 2013). Una de las discusiones principales en este procedimiento es si la Corte Distrital decidió una cuestión de arbitrabilidad cuando no era su competencia de conformidad con la ley estadounidense. Véase también *Petition for a Writ of Certiorari on petition for a Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, U.S. Supreme Court, No. 12- (July 17, 2012); *Brief in Opposition on petition for a Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, U.S. Supreme Court, No. 12-138 (October 1 2012).

Permanente de Arbitraje, resolvió que los prerequisites de arbitraje son de cumplimiento obligatorio y necesario para establecer la jurisdicción del tribunal.²²⁷

El caso en cuestión surge entre un inversionista alemán y Argentina con base en el TBI firmado entre ambos Estados (ya citado en el caso *Wintershall v Argentina*). El tribunal basó su resolución meramente en reglas de DIP.²²⁸ Con base en *Murphy v Ecuador*, estableció la validez jurisdiccional de los prerequisites en cuestión y distinguió atinadamente los mismos de la regla del DIP de agotamiento de recursos locales.²²⁹ Aún y cuando se aplique la misma regla, la excepción a la misma (*futility*) no se actualizó en el presente caso.²³⁰ El tribunal hizo una distinción clara entre jurisdicción y admisibilidad con base en la jurisprudencia de la CIJ y concluyó que, al menos que se encuentre otra base legal, el tribunal no tenía competencia en el presente caso.²³¹ Entonces, su incumplimiento no actualiza una falta de competencia, sino un *seisin* inválido – aunque las consecuencias de ambos sean similares.

Este laudo, en cuanto a su razonamiento, es muy similar al de *Wintershall v Argentina*. Entonces, aunque posee las numerosas virtudes de esta última decisión, también carece la técnica jurídica para determinar que en estricto sentido estos prerequisites no ponen en entredicho la existencia del consentimiento, sino la forma o vía legal de hacerlo válido.

²²⁷ *ICS v Argentina* (n.34).

²²⁸ *Ibid.* §§ 250.

²²⁹ *Ibidem.*

²³⁰ *Ibid.* §§ 261, 272.

²³¹ *Ibid.* §§ 252 – 262.

(x) *Daimler v Argentina*

Posteriormente, el 22 de Agosto de 2012, el caso *Daimler v Argentina*, otra vez entre un inversionista alemán y Argentina, fue resuelto por un tribunal arbitral del CIADI.²³² La resolución en cuestión sigue la misma línea de los últimos precedentes ya mencionados. Primeramente, los árbitros establecieron que la cuestión es de DIP.²³³ Además, que la distinción entre admisibilidad y jurisdicción es necesaria – contrario a lo esgrimido en *Bayindir v Pakistan* y otros laudos arbitrales.²³⁴ Para el tribunal, con base en *Wintershall v Argentina* y las reglas de interpretación de tratados internacionales, los prerequisites violados en el presente caso eran obligatorios.²³⁵ Constituían las condiciones mismas del consentimiento de los Estados. Por lo tanto, trataban y tratan vertebralmente sobre la jurisdicción misma del tribunal.²³⁶ Ergo, en el presente caso el tribunal no tuvo ningún tipo de jurisdicción. Los árbitros intentaron ir más allá: con base en la conclusión anterior, el demandante ni siquiera podría argumentar su demanda.²³⁷ El tribunal estableció, de forma particular, que como conclusión el demandante no tiene *locus standing* y que el tribunal carece de jurisdicción, no de competencia.²³⁸

En este laudo, el tribunal realizó una explicación exhaustiva de los principios y reglas básicas de la resolución de disputas internacionales en DIP. Con base en lo anterior, determinó correctamente que la tarea que se le presentaba era desentrañar el sentido jurídico de los prerequisites de arbitraje contenidos en el TBI relevante con base exclusivamente en el consentimiento de las Partes del TBI. Así, atinadamente, concluyó

²³² *Daimler v Argentina* (n.60).

²³³ *Ibid.* § 160.

²³⁴ *Ibid.* §§ 184, 185.

²³⁵ *Ibid.* §§ 193, 194.

²³⁶ *Ibid.* § 204.

²³⁷ *Ibidem.*

²³⁸ *Ibid.* § 281(1).

que los referidos prerequisites constituyen obligaciones de la Parte que instituye procedimientos arbitrales. Sin embargo, al igual que las resoluciones ya explicadas que han seguido este mismo método y han llegado a esta misma solución, al momento de enmarcar este sentido jurídico en una institución procesal, lo hace en la institución de jurisdicción *strictu sensu*. En este laudo, lo anterior llama particularmente la atención por que, al sostener la última conclusión, el tribunal, en la nota al pie 348, parafrasea la resolución de la CIJ en el caso *Armed Activities on the Territory of the Congo* y establece que los prerequisites de arbitraje son condiciones de *seisin*, pero no reproduce esta misma lógica – o, al menos, este mismo lenguaje – en su *dicta*, lo cual, en términos técnicos, es incorrecto.

2.- Análisis

No obstante la decisión en el caso *Argentina v BG Group PCL* no marcó una nueva tendencia de manera tajante, sí puso el dedo sobre la línea e intensificó el debate. Además, sí ha habido un cambio probablemente evolutivo en el tratamiento arbitral de los prerequisites de arbitraje, aunque no de forma congruente ni a partir de *Argentinian v BG Group*. Este cambio ha sido parcialmente correcto ya que a través del mismo, de forma general, (i) se han distinguido los prerequisites de arbitraje de la regla de agotamiento de instancias locales del DIP clásico; (ii) se ha dado una mejor interpretación de estos prerequisites a través del uso correcto de las reglas de interpretación de tratados internacionales; (iii) se ha desentrañado, entonces, el significado imperativo, no facultativo, de estos prerequisites, (iv) y consecuentemente los tribunales se han absuelto de pronunciarse sobre el fondo de la disputa en la hipótesis que no se cumplan dichos prerequisites.

Sin embargo, la jurisprudencia que ha tenido estos aciertos ha enmarcado a estos prerequisites en la institución de jurisdicción en estricto sentido. Aquí reside el único error de la reciente jurisprudencia. Los prerequisites de arbitraje son elementos de *seisin*, no de jurisdicción.

Conclusión

Los prerequisites de arbitraje en DIIE, ya sean negociaciones o litigio nacional por un periodo específico, constituyen obligaciones de la parte que pretende demandar una violación de un TBI ante un tribunal internacional. De hecho, sólo a través del cumplimiento de dichos prerequisites se puede presentar dicha demanda ante un tribunal internacional. Por lo tanto, el valor jurídico de los mismos es de condiciones de *seisin* de dicho órgano adjudicatario. Aunque el hecho de que no se cumplan estas condiciones – que haya un *seisin* inválido – significa que el tribunal no podrá pronunciarse sobre el fondo de la disputa, no quiere decir que el valor jurídico de los prerequisites sea jurisdiccional *strictu sensu* o de admisibilidad. El incumplimiento de las condiciones de *seisin* no afecta la idoneidad *per se* de la demanda, como haría la admisibilidad, ni el entendido o atribución del consentimiento de Estados para ser juzgados por un tribunal internacional como haría la falta de jurisdicción *strictu sensu*.

Sin embargo, llegar a éste valor jurídico de los prerequisites sólo es posible a través de (i) la correcta aplicación de las reglas de interpretación de tratados del DIP, (ii) la distinción conceptual de los prerequisites en cuestión y otras instituciones jurídicas internacionales similares (agotamiento de instancias locales, *cooling off periods* y negociaciones de *bona fide*) y (iii) la distinción jurídica entre los diversos conceptos que constituyen el derecho internacional procesal (jurisdicción, admisibilidad y *seisin*, *inter alia*). Como demostré en el tercer capítulo, los árbitros de los distintos casos han errado en alguno de estos tres elementos, lo cual los ha llevado a un resultado erróneo en términos jurídicos. Por lo tanto, la reciente pérdida de legitimidad del sistema jurídico del DIIE en sí no tiene fundamento ya que sí existe un valor jurídico armónico de los

prerrequisitos de arbitraje en DIP en general y DIIE en particular. En todo caso, esta pérdida de legitimidad encuentra fundamento en la falta de técnica jurídica de los árbitros en cada caso, exclusivamente.²³⁹ Esta falta de técnica se presenta en la forma de analizar los problemas que se les presenta, el tipo de reglas jurídicas que se aplican a dichos problemas y, sobre todo, la manera en la que se aplican dichas reglas. Entonces, en la práctica, el problema de la contradicción en la valoración jurídica de los prerrequisitos de arbitraje a corto plazo y de falta de legitimidad a largo plazo, se resuelve haciendo una selección estricta de los árbitros que descansa en la experiencia y formación jurídica particular de cada uno.

Finalmente, aún si esta elección resulta errada y el incumplimiento de las condiciones de *seisin* se toma como una cuestión irrelevante por el árbitro y resuelve el fondo de la disputa, bajo mi punto de vista no existen obstáculos para lograr la anulación de dicho laudo ante una corte nacional o un tribunal *ad hoc* del CIADI. Como expuse en el primer capítulo, lo anterior sólo es posible frente a un exceso de poderes de un tribunal o después del ejercicio de una jurisdicción inexistente. Aunque el problema no sería de jurisdicción en estricto sentido, sí sería de poder del tribunal porque aunque probablemente sí contaba con el poder para resolver el fondo de la disputa, en el caso no se cumplieron las condiciones obligatorias pactadas por las Partes para que dicho poder surta sus efectos jurídicos.

²³⁹ Saldarriaga hace bastante énfasis en la incorrecta aplicación de las reglas de interpretación de tratados de la Convención de Viena de 1969 por parte de los árbitros de inversión extranjera. En el caso particular de la presente investigación, esta observación es bastante atinada ya que, como se analizó, el resultado obtenido en este trabajo dependió en gran medida de la correcta aplicación de las referidas reglas de interpretación. Además, como expuse en el tercer capítulo, los errores más graves de los árbitros en la resolución del problema de este trabajo derivan de una incorrecta aplicación de estas reglas de interpretación. Véase A Saldarriaga, *Investment Awards and the Rules of Interpretation of the Vienna Convention: Making Room for Improvement* (2013) 1 ICSID Review 28, p 201.

Bibliografía

- A Bjorklund, *Case Comment: Republic of Argentina v BG Group PLC*, (2012) 27 ICSID Review 1
- A Pellet, *The Anatomy of Courts and Tribunals*, (2008) 7 The Law & Practice of International Courts and Tribunals
- A Saldarriaga, *Investment Awards and the Rules of Interpretation of the Vienna Convention: Making Room for Improvement*, (2013) 1 ICSID Review 28
- A Sinclair, L Fisher y S Macrory, *ICSID Arbitration: How long does it take?*, (2009) 4 GARJ 5
- A Zimmermann, C Tomuschat, & K Oellers-Frahm (eds.) *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, (Oxford University Press 2006)
- B Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, (Grotius Classic Reprint Series, 1953)
- C Amirfar and D Rivkin, *Who Decides Arbitrability? A Resurgence of the Debate in the United States*, Global Arbitration Review News, (Disponible en <http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/48/sections/166/chapters/1863/>, fecha de consulta: 2 septiembre de 2012)
- C Binder *et al.* (eds.) *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, (Oxford University Press, 2009)
- C Brown, *A Common Law of International Adjudication*, (Oxford University Press 2007)
- y K Miles (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, (Cambridge University Press, 2011)
- C Apostolidis (ed.), *Les arrêts de la Cour internationale de Justice*, (Dijon, Etudes universitaires de Dijon, 2005)
- C F Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, (Martinus Nijhoff Publishers, 2005)
- , *Jurisdiction of International Tribunals*, (Kluwer Law International, La Haya, 2003)
- , *Jurisdiction Ratione Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States*, (1974-1975) 47 British Yearbook of International Law 227
- , *Jurisdiction of Specific International Tribunals*, (Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2009)
- , *Local Remedies in International Law*, (Cambridge University Press, 2005)
- , *Submission to the Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, (1973-1974) 5 JMarL&Com 211
- C Gray, *Judicial Remedies in International Law*, (Oxford University Press, 1987)
- C N Brower, C H Brower II & J K Sharpe, *The Coming Crisis in the Global Adjudication*, (2003) 19 Arbitration International 415
- C Schreuer, *Calvo's grandchildren: the return of local remedies in investment arbitration*, (2005) LPCIT
- , 'Consent to Arbitration' en *Dispute Settlement: International Centre for Settlement of Investment Disputes*, (2003) UNCTAD
- , *The ICSID Convention, A Commentary (A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States)*,

- (Cambridge University Press, Cambridge, 2001)
- , *Travelling the BIT route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, (2004) 5 JWIT 2
- D W Rivkin, *Towards a New Paradigm in International Arbitration: The Elder Town Model Revisited*, (2008) 24 *Arbitration International* 375
- E Gaillard, *Establishing jurisdiction through a Most-Favored-Nation Clause*, (2005) 233 *The New York Law Journal* 105
- E Jouannet, *Le saisine dans le droit international ou la simplicité dans la diversité*, Université Phantéon – Sorbonne (Disponible en http://cerdin.univ-paris1.fr/IMG/pdf/Saisine_en_droit_international-Jouannet.pdf, fecha de consulta: 2 Enero 2013)
- G Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale de Justice*, (Paris, A. Pedone, 1967)
- G Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, (1986), *British Yearbook of International Law*
- Geniem Lantam Eltom v Los Estados Unidos Mexicanos* (Decisión No. 149) (Registro No. 2374) (13 de mayo de 1929) (Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1781/170.pdf>, fecha de consulta: 20 marzo 2013)
- H Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960–1989 (Parts Nine and Ten)*, (2001) 1 *British Yearbook of International Law* 2011
- J Crawford, *Brownlie's Principles of International Law*, (8va edn, Oxford University Press, 2012)
- J Kalicki and K Yamane, *The Unavoidability of Uncertainty: One Lesson from the Recent U.S. Court Ruling in Argentina v BG Group*, *Kluwer Law Arbitration* (Disponible en <http://kluwer.practicesource.com/blog/2012/the-unavoidability-of-uncertainty-one-lesson-from-the-recent-u-s-court-ruling-in-argentina-v-bg-group/>, fecha de consulta: 2 septiembre de 2012)
- J Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the Twenty First Century*, (Brill Academic Publishers, Países Bajos, 1996)
- J Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, (Cambridge University Press, 2005)
- , *Jurisdiction and admissibility*, (2005) *Global Reflections of International Law, Commerce and Dispute Resolution ICC Publishing* 693
- K Ellens & E Suy (eds.), *International Law: Theory and Practice, Essays in Honour of Eric Suy*, (Martinus Nijhoff, La Haya, 200)
- L Perezniето Castro, *Derecho Internacional Privado*, (9na edn, Oxford University Press, 2011)
- M Athanasiou, *Argentina v BG Group PLC: The U.S. Court of Appeal's (mistaken?) Decision*, *Blog Arbitration*, January 25, 2012, (Disponible en <http://blogarbitration.com/2012/01/25/argentina-v-bg-group-plc-the-u-s-court-of-appeals-mistaken-decision/>, fecha de consulta: 2 septiembre de 2012)
- M D Evans, *International Law*, (3ra edición, Oxford University Press, 2010)
- M Dimsey, *The Resolution of International Investment Disputes: International Commerce and Arbitration*, 98 (Ingeborg Schwenzer ed., 2008)
- M H Arsanji et al (eds.) *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, (Martinus Nijhoff, Leiden, 2011)

- M Sornarajah *The International Law on Foreign Investment*, (CUP, Cambridge: 2004)
- M Waibel, A Kausahl, K Liz Chung & C Balchin (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, (Kluwer Law International, The Netherlands)
- N Bernasconi-Osterwalder y L Johnson, *Commentary to the Austrial Model Investment Treaty*, (Study commissioned by the Chamber of Labour for Vienna, Austria Vienna, November 2011)
- P Lalive, *The First World Bank Arbitration (Holiday Inns v Morocco) – Some Legal Problems*, (1980) 51 *British Yearbook of International Law*
- P Szasz, *The Investment Disputes Convention: Oportunities and Pitfalls (how to submit to ICSID)*, (1970-1971) 5 *JLED* 23
- P Van Dijk, F Van Hoof, A Van Rijn and L Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (Hart Publishing, Oxford, 2006)
- R Dolzer y C Schreuer, *Principles of International Investment Law*, (2da edn., Oxford University Press)
- S Rosenne, *The Law and Practice of the International Court of Justice*, vol II (Martinus Nijhoff 4ed. 2006)
- T Folkman, *Case of the Day: Republic of Argentina v BG Group PLC*, *Letters Blogatory*, (Disponible en <http://lettersblogatory.com/2012/01/19/argentina-bg-group/>, fecha de consulta: 2 septiembre de 2012)
- W Dodges, *National Courts and International Arbitration: Exhaustion of Remedies and Res Judicata under Chapter 11 of NAFTA*, 23 *HI&CL* 357
- W M Tupman, *Case Studies in the Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, (1986) 35 *ICLQ* 813
- W Rank, R Hornick y P Friedland, *ICSID Emerging Jurisprudene: The Scope of ICSID's Jurisdiction*, (1986-1987) 19 *NYJIntL&Pol* 33
- Y Z Blum, *Note and Comment: Consistently Inconsistent: The International Court of Justice and the Former Yugoslavia (Croatia v. Serbia)*, (2009) 103 *AJIL* 264
- Z Douglas *The International Law of Investment Claims*, (1ra edición, CUP, New York, 2009)

Tabla de Casos

Corte Internacional de Justicia

<i>Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v Turkey)</i> [1978] ICJ Rep 3	21
<i>Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of Congo)</i> [2010] (Merits) ICJ Rep	35
<i>Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)</i> [1982] Judgment, ICJ Rep 192	6
<i>Application of the Genocide Convention (Croatia v Serbia)</i> , [2008] ICJ Rep	33
<i>Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)</i> , (Jurisdiction and Admissibility, Judgment) [1988] ICJ Rep	30
<i>Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia)</i> [1996] (Preliminary Objections) Judgment ICJ Rep 595	7
<i>Case concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v Russian Federation Case)</i> , Decision on Preliminary Objections, [2011] ICJ Rep	12, 25, 26, 27, 28, 31
<i>Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Rwanda) (New Application: 2002) (Jurisdiction and Admissibility)</i> [2006] ICJ Rep 6	6, 9, 10, 12, 24, 28, 30, 31
<i>Case Concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v Namibia)</i> (Merits) [1999] ICJ Rep	23
<i>Case concerning Maritime Delimitations and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Jurisdiction and Admissibility)</i> [1995] ICJ Rep 6	11
<i>Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)</i> [1986] (Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application) ICJ Rep 14	9
<i>Case concerning the Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase)</i> [1970] Judgment ICJ Rep 4	16
<i>Case of the monetary gold removed from Rome in 1943</i> (Preliminary Question), [1954] ICJ Rep	9
<i>Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v Australia)</i> [1992] ICJ Rep	9
<i>Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)</i> (Merits) [1949] Judgment, ICJ Rep	26
<i>East Timor Case (Portugal v Australia)</i> ICJ Rep 1995	9
<i>Elektronika Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)</i> , [1989] ICJ Rep 22, 34	
<i>Interhandel case (Switzerland v. United States of America)</i> [1959] Preliminary Objections, ICJ Rep 6	8, 9, 22, 29
<i>Legality of Use of Force (Serbia & Montenegro v Belgium)</i> (Preliminary Objections) [2004] ICJ Rep	33
<i>North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/ Netherlands)</i> [1979] ICJ Rep 3	29
<i>Nottebohm (Liechtenstein v Guatemala)</i> [1954] ICJ Rep 4	8

<i>Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v United States of America)</i> [1996] Preliminary Objections ICJ Rep 803	23
<i>Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)</i> [2010] ICJ Rep (I)	35
<i>Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)</i> [1998] Preliminary Objections, Judgment, ICJ Rep	21
<i>Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Sengal)</i> [2012] ICJ Rep 144.....	12
<i>South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)</i> [1962] (Preliminary Objections) ICJ Rep.....	8
<i>South-West Africa Cases (Second Phase)</i> [1966] ICJ Rep	8
<i>Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v Malaysia)</i> (Merits) [2002] ICJ Rep 682	23
<i>Territorial Dispute (Libya v Chad)</i> [1994] Judgment ICJ Rep 6.....	25
<i>Trial of Pakistan Prisoners of War (Pakistan v India)</i> [1973] ICJ Rep	21
<i>United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)</i> [1980] Judgment, ICJ Rep	21

Corte Permanente de Justicia Internacional

<i>Case Concerning the Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Contracted in France</i> [1929] Series A No 15 PCIJ.....	7
<i>Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans in France</i> [1929] Series A No 20 PCIJ	7
<i>Electricity Company of Sofia and Bulgaria, (Judgment)</i> [1939] PCIJ, Series A/B, No. 77	30
<i>Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order of 19 August</i> [1929] PCIJ, Series A, No. 22	26
<i>Interpretation of the Statute of the Memel Territory (Merits) (Judgment)</i> [1932] PCIJ, Series A/B, No. 49	30
<i>Mavromatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.)</i> [1924] Series A No 2, PCIJ Rep . 15, 22, 30	
<i>Railway Traffic between Lithuania and Poland (Avisory Opinion)</i> [1931] PCIJ Series A/B, No. 41	29

Laudos Arbitrales

<i>Abalclat and Others v Argentine Republic (Decision on Jurisdiction and Admissibility)</i> (ICSID Case No. ARB/07/5) (4 August 2011)	18
<i>AMT v. Zaire</i> (Award) 36 ILM 1531, 1545/6 (21 February 1997).....	17
<i>Antoine Goetz et consorts c République du Burundi (Sentence)</i> (Affaire CIRDI ARB/95/3) (10 Février 1999).....	14, 30
<i>Arabia v. Aramco</i> (1958), 27 ILR.....	12
<i>Asian Agricultural Products Ltd v. Sri Lanka</i> (Award) (ICSID Case No. ARB/87/3) (27 June 1990).....	17

<i>Austrian Airlines v. Slovak Republic</i> (UNCITRAL) (20 October 2009)	23
<i>AWG Group Ltd. v The Argentine Republic</i> (Decision on Jurisdiction) (UNCITRAL) (3 August 2006).....	38
<i>Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v Islamic Republic of Pakistan</i> (Decision on Jurisdiction) (ICSID Case No. ARB/03/29)	14, 18, 28, 30, 34, 46, 53
<i>BG Group PLC V Argentina</i> (UNCITRAL) (24 December 2007)	18, 23, 28, 30, 34, 35
<i>Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA v. République Algérienne Démocratique et Populaire</i> , Award of 27 December 2004, § 2 (Exh. [Bay]CLEX 57) (Disponible en http://www.worldbank.org/icsid/cases/lesi-sentence-fr.pdf , fecha de consulta: 10 de febrero de 2013).....	47
<i>Daimler Financial Services AG v The Republic of Argentina</i> (ICSID Case No. ARB/05/1) (2012).....	14, 18, 19, 24, 30, 31, 34, 35, 56
<i>Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. v The Argentine Republic</i> (Decision on Jurisdiction) (ICSID Case No. ARB/01/3)	14
<i>Enron v Argentina</i> (Award) (ICSID Case No ARB/01/3) (May 22, 2007)	30
<i>Ethyl Corp v Canada</i> (Award on Jurisdiction) (UNCITRAL) 38 ILM 708	23, 41
<i>Eureko V.B. v Republic of Poland</i> (Partial Award) (ICSID) (19 August 2005)	26
<i>Gas Natural SDG, SA v The Argentine Republic</i> (Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction) (ICSID Case No. ARB/03/10) (17 June 2005)	38
<i>ICS Inspection and Control Services Limited v The Argentine Republic</i> (Award on Jurisdiction) (10 February 2012) PCA Case No. 2010-9.....	10, 13, 19, 22, 28, 31, 55
<i>Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi v Turkmenistan</i> (ICSID Case No. ARB/10/1) (2012)	19
<i>Le Royaume du Belgique c. Le Royaume du Pays Bas</i> (Sentence du Tribunal Arbitral) (24 mai 2005) CPA	25
<i>LIAMCO v. Libyan Arab Republic</i> (1977), 62 ILR	12
<i>Maffezini & The Kingdom of Spain</i> (Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction) (ICSID Case No. ARB/97/7) (2000).....	23, 28, 31, 37, 43, 51
<i>Methanex Corporation v United States of America</i> (Partial Award) (UNCITRAL) (7 August 2002).....	14
<i>Mondev Int'l Ltd v. United States</i> (2005) (ICSID Case No. ARB(AF)/99/2).....	23
<i>Murphy Exploration and Production Company International v The Republic of Ecuador</i> (Award on Jurisdiction) (ICSID Case No. ARB/08/4) (2010)	20, 21, 23, 34, 52
<i>National Grid PLC v Argentine Republic</i> (Decision on Jurisdiction) (UNCITRAL) (20 June 2006).....	37
<i>Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic</i> (Decision on Preliminary Ojections) (ICSID Case No. ARB/03/13) (27 July 2006)	26
<i>Romak S.A. (Switzerland) and the Republic of Uzbekistan</i> (Award) PCA Case No. AA280	23
<i>Ronald S. Lauder v. The Czech Republic</i> (UNCITRAL Case) (Award of September 3 2001)	18, 28, 34, 45, 53
<i>Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan</i> (Decision on Jurisdiction) (ICSID Case No. ARB/02/13) (29 November 2004).....	14
<i>SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan</i> (Decision on Jurisdiction) (ICSID Case No. ARB/01/13)	18, 30, 34

<i>SOABI v Senegal</i> (Award) 2 ICSID Report (1983)	23
<i>Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA and Vivendi Universal, SA v Argentine Republic</i> (Decision on Jurisdiction) (ICSID Case No. ARB/03/19) (3 August 2006)	38
<i>Telefónica SA v Argentine Republic</i> (Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction) (ICSID Case No. ARB/03/20) (25 May 2006)	38
<i>The Ambatielos Claim (Greece v United Kingdom)</i> (1956) 12 UNRIAA	22
<i>The Finnish Ships Arbitration (Finland v United Kingdom)</i> (1934) 3 UNRIAA.....	22
<i>Wintershall Aktiengesellschaft v Argentine Republic</i> (ICSID Case No. ARB/04/14) (2008).....	18, 19, 24, 28, 30, 31, 34, 50, 51

Tribunal de Demandas EUA-Iran

<i>The Government of the Islamic Republic of Iran v. The Government of the U.S.A.</i> (1984), US-Iran CRT	23
<i>U.S.A. v. The Islamic Republic of Iran</i> [1984] US-Iran CRT	23

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

<i>Prosecutor v Dusko Tadic</i> (Jurisdiction) ICTY-94-1- AR72 (2 October 1995).....	5
--	---

Casos domésticos

<i>Brief for the United States as Amicus Curiae on petition for a Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, U.S. Supreme Court, No. 12-138</i> (May 10 2013)	54
<i>Brief in Opposition on petition for a Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, U.S. Supreme Court, No. 12-138</i> (October 1 2012)	54
<i>Petition for a Writ of Certiorari on petition for a Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, U.S. Supreme Court, No. 12-</i> (July 17, 2012)	54
<i>Republic of Argentina v BG Group PLC</i> (District of Columbia) (Court of Appeals) (2012) No. 1:08-cv-00485	14, 19, 39

**Tabla de Tratados Internacionales, Documentos de Organizaciones Internacionales
y Legislación Internacional**

Tratados Internacionales

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and His Majesty's Government of Nepal for the Promotion and Protection of Investments, UK Treaty Series TS 055/1993: Cm2327 (382KB), (Firmado 2 de marzo de 1993, entró en vigor 2 de marzo de 1993).....	17
Agreement between the Government of United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of El Salvador for the Promotion and Protection of Investments, UK Treaty Series 017/2001: Cm5087 (1554KB) (firmado 14 de octubre de 1999, entró en vigor el 1 de diciembre de 2000).....	17
Agreement between the Government of United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Kenya for the Promotion and Protection of Investments, UK Treaty Series TS 008/2000: Cm4597 (639KB) (firmado el 13 de septiembre de 1999, entró en vigor el 13 de septiembre de 1999).....	17
American Convention on Human Rights (Adoptada el 22 de noviembre de 1969, entró en vigor el 18 de julio de 1978) OASTS 36, OAS Off Rec OEA/ Ser L/II 23, Doc 21, Rev 6 (1979).....	6
Asian–African Legal Consultative Committee Model BIT, art. 10(ii), UNCTAD Compendium, (Vol. III, 1996), p. 122; Chile Model BIT, Art. 8(1) UNCTAD Compendium, (Vol. III, 1996)	18
Charter of the United Nations (Adoptada el 26 de junio de 1945, entró en vigor el 24 de octubre de 1945) I UNTS XVI.....	21
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Adoptada el 4 de noviembre 1950, entró en vigor el 3 de septiembre de 1952) ETS 5 (1950) después del Protocolo No 11, 11 mayo 1994, ETS 155 (1994).....	6
Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (Adoptado el 18 de marzo de 1965, entró en vigor el 14 de octubre de 1966) 17 U.S.T. 1270; T.I.A.S. No.6090, 475 U.N.T.S. 195	13, 14, 15, 18, 23
International Chamber of Commerce Rules of Arbitration (entró en vigor 1 de enero de 2012) ICC Publication 850 E.....	13
International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Adoptado el 25 de diciembre de 1965, entró en vigor el 4 de enero de 1969) 660 UNTS 195	26
North American Free Trade Agreement (adoptado 17 diciembre 1992, entró en vigor el 1 de enero de 1994).....	13, 41, 42
Permanent Court of Arbitration, <i>Basic Documents: Conventions, Rules, Model Clauses and Guidelines</i> (1998).....	13

Statute of the International Court of Justice (Adoptado el 25 de junio de 1945, entró en vigor el 24 de octubre de 1945) 1 UNTS 993	6
Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (Adoptado el 9 de abril de 1991, entró en vigor el 8 de noviembre de 1993).	51
UNGA Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 22 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331	23, 25, 26, 50
United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules (Adoptado 8 de abril de 1976, revisado 2010) 330 UNTS 38	13
US/Czech Republic Bilateral Investment Treaty (Firmado el 22 de octubre de 1991; entró en vigor el 19 de diciembre de 1992; reformado el 1 de mayo de 2004) (Disponible en http://www.state.gov/documents/organization/43557.pdf , fecha de consulta: 15 de febrero del 2013).....	45

Documentos de Organizaciones Internacionales

Draft Convention 'of September 11, 1964 reproduced as Doc. 43 in 11 The History 610. 15 <i>Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review</i> , UNCTAD Series on International Investment Policies for Development (2005) (Disponible en www.unctad.org/en/docs/iteiit20054_en.pdf , fecha de consulta: 20 de febrero de 2013)	34
Report of the Commission to the General Assembly on the Work of its Thirteenth Session, <i>The Most-Favoured Nation Clause</i> , Yearbook of the International Law Commission (1978), volume II, part 2.....	37
<i>Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States</i> (18 de marzo de 1965) (Disponible en https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partB-section05.htm#02 , consultado el 10 de febrero de 2013)	14
UNCTAD, <i>Most Favoured-Nation Treatment, United Nations Conference on Trade and Development</i> , UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (1999).....	37

Legislación Internacional

Albania Law on Foreign Investments (No. 7764, entró en vigor el 02.11.1993)	18
Canada 2004 Bilateral Investment Treaty (Disponible en http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf).....	16
China Model BIT, UNCTAD Compendium, (Vol. III, 1996)	18
Decreto Presidencial 214/02 del Presidente Duhalde de la República de Argentina	35
France 2006 Model Bilateral Investment Treaty (Disponible en: http://italaw.com/documents/ModelTreatyFrance2006.pdf)	16
France Model BIT UNCTAD Compendium, (Vol. III, 1996).....	18
German Model Ageement UNCTAD Compendium, (Vol. III, 1996).....	21
India 2003 Model Bilateral Investment Treaty (Disponible en: http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1026.pdf).....	16

Switzerland Model BIT UNCTAD Compendium, (Vol. III, 1996)	21
Tanzania National Investment (Promotion and Protection) (Planning Commission P.O. BOX 9242 DAR ES SALAAM, entró en vigor en octubre de 1996).....	18
Uganda Investment Code, art. 30(2), CAP 92	18
United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland Model BIT UNCTAD Compendium, (Vol. III, 1996),	18
United States Model BIT UNCTAD Compendium, (Vol. III, 1996)	21