

LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CIJ EN LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES DEL CIADI: ESPECIAL REFERENCIA A LAS CUESTIONES DE JURISDICCIÓN

THE RECEPTION OF ICJ CASE LAW IN THE DECISIONS OF ICSID TRIBUNALS: A SPECIAL REFERENCE TO JURISDICTIONAL ISSUES

Millán Requena Casanova*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA (IN) EXISTENCIA DEL PRECEDENTE ARBITRAL. III. LA INVOCACIÓN DE LAS CUESTIONES DE JURISDICCIÓN COMO LÍMITE DEL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN. IV. LÍMITES DEL CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN A TRAVÉS DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA (NMF). V. LA JURISDICCIÓN CAUTELAR DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES DEL CIADI: EFECTOS Y REQUISITOS PARA ADOPTAR MEDIDAS PROVISIONALES. VI. CONSIDERACIONES FINALES

RESUMEN: El impacto que tiene la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el contexto del arbitraje de inversión es una cuestión que no ha sido suficientemente abordada por la doctrina, sobre todo en relación con aquellos subsistemas de solución de controversias especializados que suelen identificarse como régimen autónomo o especial, como es el caso del sistema arbitral establecido al amparo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Este trabajo se centra en el estudio de la forma en que los tribunales arbitrales del CIADI han tenido en cuenta la jurisprudencia de la CIJ al conocer de cuestiones procedimentales o de jurisdicción, utilizando con frecuencia las decisiones de este órgano judicial en el proceso de interpretación y aplicación de las disposiciones que rigen la solución de controversias inversor-Estado, siempre conforme aquellas normas y principios de naturaleza sistémica, como es el principio del consentimiento del Estado a la jurisdicción internacional. Asimismo, la dimensión institucional de los tribunales arbitrales del CIADI es un factor que puede contribuir a la consolidación de cierta “*jurisprudencia constante*” en el arbitraje de inversiones, al menos en aquellas cuestiones procedimentales o de jurisdicción *lato sensu*.

ABSTRACT: The impact which International Court of Justice (ICJ) case law has on the investment arbitration context has not been sufficiently addressed by doctrine, especially its impact on those decentralized dispute settlement subsystems, usually identified as autonomous or special, such as the arbitral system established under the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

Fecha de recepción del original: 8 de junio de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 30 de julio de 2015

* Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alicante (millan.requena@ua.es). Secretario académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante.

The present work studies how ICSID arbitral tribunals applied ICJ case law to procedural or jurisdictional issues they were hearing. These tribunals have frequently resorted to the decisions of this judicial body when interpreting and applying investor/State dispute settlement provisions, always pursuant to those rules and principles of systemic nature, such as the principle of State consent to international jurisdiction. Likewise, the institutional dimension of ICSID arbitral tribunals is a factor which may contribute to the consolidation of a “jurisprudence constante” in investment arbitration, at least in procedural or jurisdictional issues.

PALABRAS CLAVE: jurisprudencia CIADI, precedente arbitral, Corte Internacional de Justicia, consentimiento al arbitraje de inversión

KEY WORDS: ICSID Case-law, arbitral precedent, International Court of Justice, consent to investment arbitration

I. INTRODUCCIÓN

Con frecuencia los órganos jurisdiccionales suelen otorgar valor a la predictibilidad y certeza del sistema internacional, en el sentido de procurar que casos similares sean resueltos de manera parecida, a menos que existan razones particulares para no hacerlo¹. Para identificar esta idea, la doctrina suele utilizar la expresión “jurisprudencia constante”². Sin embargo, en el ámbito del arbitraje de inversión esta noción debe ser utilizada con cautela.

Por un lado, es cierto que la dimensión institucional de los tribunales arbitrales constituidos al amparo del Centro Internacional sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial (en adelante, CIADI), es un factor que puede

¹ Como recordó la CIJ en el *Caso de la Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio (Croacia c. Serbia)*; “while (...) decisions are in no way binding on the Court, it will not depart from its settled jurisprudence unless it finds very particular reasons to do so “[...]”; *Preliminary Objections, Judgements, ICJ, Reports 2008*, p. 412, pár. 53. Asimismo, en esta decisión la CIJ hizo referencia a su fallo previo en el *Caso de la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria; intervención de Guinea Ecuatorial)*, *Objeciones Preliminares, Sentencia, ICJ, Reports 1998*, pár. 28.

² Entre la doctrina se ha sostenido que la noción “jurisprudencia constante” a menudo representa más de lo que realmente significa. En primer lugar, porque si se considera la ausencia de valor vinculante del precedente en la mayor parte de regímenes internacionales, ni jueces ni árbitros tienen la obligación de seguir los precedentes en sus decisiones, incluso si constituyen una práctica consolidada. En segundo lugar, porque la expresión simplemente indica que en una serie de casos se ha decidido sobre un punto de Derecho de una cierta manera y por ello esa secuencia de casos tiene *de facto* “autoridad persuasiva” para asuntos futuros. A este respecto, GUILLAUME, G., “The Use of Precedents by International Judges and Arbitrators”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, n° 1 (2011), pp. 5-23; PELLET, A., “The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration” (*Lalive Lecture*), *ICSID Review, Foreign Investment Law Review*, Vol. 28, n.2 (2013), pp. 223-240; SCHREUER, Ch., “Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, n. 2 (2006) pp. 1-24; y KAUFMANN-KOHLER, G., “Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?”, *The 2006 Freshfields Lecture*, *Arbitration International*, Vol. 23, n.3 (2007), pp. 357-378.

contribuir a la consolidación de cierta “*jurisprudence constante*” y, por ende, al desarrollo de una jurisprudencia especializada en materia de inversiones.

Por otro lado, la disyuntiva de persistir en una línea jurisprudencial ya establecida o realizar una interpretación diferente de ciertas reglas jurídicas ha llevado a que se cuestione la pertinencia de referirse a la existencia de “una” jurisprudencia del CIADI, a pesar de que varias resoluciones hacen referencia explícita a ella³. Por tal motivo, A. Pellet ha señalado que hablar de ‘la’ jurisprudencia del CIADI resulta demasiado audaz. Más bien, lo que en la práctica existiría es una suerte de “jurisprudencia constante” relativa a un número limitado de cuestiones jurídicas, algunas de ellas muy relevantes (por ejemplo, el carácter obligatorio de las medidas provisionales), y un debate abierto respecto de otras, tanto de orden sustantivo, como sucede con las distintas interpretaciones sobre el concepto de “inversión”, como de orden procesal, como es el caso del alcance – material y/o procesal – de la Cláusula de Nación Más Favorecida (en adelante, “Cláusula de NMF”)⁴.

Debemos aclarar que, dentro de la variedad de mecanismos sobre arbitraje de inversión existentes, hemos escogido al CIADI porque, desde un punto de vista cuantitativo, es el sistema más utilizado para dirimir este tipo de reclamaciones y, por ello, existe un número suficiente de jurisprudencia que nos permite esbozar una panorámica de conjunto que ilustre el objeto de este trabajo⁵.

A la hora de predecir la conducta de los múltiples tribunales constituidos en el marco de un sistema descentralizado, como es el sistema arbitral del CIADI, resulta conveniente tener en cuenta los desarrollos jurisprudenciales suministrados por otros tribunales arbitrales (*consistencia interna*) e, incluso, por tribunales internacionales distintos de los propios del Derecho Internacional (DI) de las Inversiones (*consistencia externa*). En este sentido, cabe matizar que los tribunales del CIADI son más proclives a referirse a las decisiones emanadas de sus propios pares que a otra clase de jurisprudencia “externa”. Así, es frecuente que los tribunales del CIADI atiendan a las decisiones emitidas por tribunales arbitrales constituidos conforme al Reglamento de Arbitraje de

³ Véase, por ejemplo, *Mr Franck Charles Arif v. Moldavia* (ICSID Case No. ARB/11/23, Award 8-4-2013, párr. 383 (“Moreover, under ICSID jurisprudence, Tribunals have generally found the origin of capital used in investments immaterial [...]”), y párr. 630 (“There are two strands of ICSID jurisprudence in relation to costs, [...]”). O, más recientemente, el *Caso Guaracachi America, Inc. Rurelec PLC c. Bolivia* (Caso CNUDMI/CPA No. 2011-17, Laudo de 31-1-2014, párr. 202) (“... se basa en una regla creada únicamente por la jurisprudencia del CIADI sobre la interpretación del propio convenio CIADI [...]”).

⁴ PELLET, A., “The Case Law of the ICJ in Investment...”, *loc. cit.*, pp. 223-229.

⁵ De acuerdo con las estadísticas del CIADI al 31 de diciembre de 2013, el Centro ha registrado un total de 420 casos de arbitraje bajo el Convenio de Washington, y 44 al amparo del Reglamento del Mecanismo Complementario. Carga de Casos del CIADI-Estadísticas (Edición 2014-2), p. 8. El documento es publicado por el Secretariado del CIADI, y se encuentra disponible en [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202014-2%20\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202014-2%20(Spanish).pdf).

la CNUDMI/UNCITRAL⁶, lo que se explica por la similitud de funciones y de procedimientos de los tribunales *ad hoc* constituidos conforme a las Reglas de la CNUDMI, y los del CIADI. La utilidad de las Reglas CNUDMI/UNCITRAL quedó probada a través de la experiencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, pues la adaptabilidad de dichas Reglas arbitrales contribuyó en gran medida a que dicho Tribunal pudiera desarrollar de manera satisfactoria los distintos procedimientos arbitrales, resultando relevante su aportación, por ejemplo, respecto a la legitimación activa cuando hay una multiplicidad de reclamaciones. Así lo ha señalado la doctrina al afirmar que: “[...] The success of the Iran-United States Claims Tribunal has in large measure depended on those provisions in the UNCITRAL arbitration rules which ensured that the Tribunal could continue hearing claims even if one of the state parties did not participate (...) The widespread acceptability of the UNCITRAL arbitration rules should be substantially enhanced by the experience of the Iran-United States Claims Tribunal”⁷.

Asimismo, debe aclararse que nuestro análisis sólo puede realizarse desde una perspectiva unidireccional, esto es, pasando revista a la manera en que los distintos tribunales arbitrales del CIADI han recogido la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ o Corte) e, incluso, de su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI). La relación inversa no es factible debido a la tradicional reticencia de la Corte a la hora de mencionar las decisiones de otros órganos jurisdiccionales, lo que es especialmente significativo en el caso del arbitraje internacional de inversión.

Esta actitud indiferente hacia los precedentes externos quizás encuentra su razón de ser en el deseo de la Corte de preservar, al menos simbólicamente, su posición central como órgano judicial principal de las Naciones Unidas (Artículo 7 Carta ONU), concibiéndose a sí misma como referente para otros tribunales internacionales. Y si bien la Corte ha mostrado mayor deferencia hacia las decisiones de órganos jurisdiccionales que pertenecen a otros subsistemas (como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio y su Órgano de Apelación)⁸, no se constata ningún caso en el cual la Corte haya hecho mención a decisiones dictadas al amparo de un procedimiento de arbitraje de inversión (ni tampoco en el contexto de un arbitraje comercial internacional). En efecto, la práctica de la CIJ pone de relieve una absoluta indiferencia ante la labor interpretativa de los tribunales pertenecientes al sistema especializado del CIADI, a pesar de que los tribunales arbitrales suelen referirse frecuentemente a principios e instituciones del DI

⁶ Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), revisado en 2010. Disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>.

⁷ MAAP, W., *The Iran-United States Claims Tribunal. The first ten years 1981-1991. An assessment of the Tribunal's jurisprudence and its contribution to international arbitration*, Manchester University Press, 1993, p. 346.

⁸ Por ejemplo, en *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)*, Judgment, ICJ, *Reports* 2002, p. 135.

general que trascienden al propio DI de las Inversiones, como sucede destacadamente con la protección diplomática⁹.

En el presente trabajo nos proponemos analizar el impacto que ha tenido la jurisprudencia de la CIJ en el sistema especializado del CIADI, centrándonos exclusivamente en las cuestiones de jurisdicción *lato sensu*. En primer lugar, se analiza el valor del precedente en las decisiones de los tribunales arbitrales del CIADI (II), así como las cuestiones de jurisdicción comúnmente invocadas en esta fase preliminar y que actúan como condicionantes del consentimiento del Estado al arbitraje de inversión (III). A continuación, abordaremos los límites respecto a la expresión del consentimiento al arbitraje a través de la Cláusula de NMF (IV), así como a los aspectos que afectan a la jurisdicción cautelar de los tribunales arbitrales, haciendo hincapié en los efectos de las medidas provisionales y los estándares habitualmente utilizados para adoptar este tipo de medidas (V). El trabajo se cierra con unas consideraciones finales a modo de recapitulación (VI).

II. LA (IN) EXISTENCIA DEL PRECEDENTE ARBITRAL

Es bien conocido que en DI no existe una doctrina sobre el precedente obligatorio. La mayoría – sino, casi todos – los estatutos de los distintos tribunales internacionales prevén que la decisión sólo es obligatoria para las partes en el litigio¹⁰.

Esta ausencia de valor vinculante del “precedente arbitral” también es la regla general en el arbitraje internacional de inversión, al menos *de iure*. Algunos tratados se refieren expresamente a esta regla general, como sucede con el Artículo 1136 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), en virtud del cual “[a]n award made

⁹ El *Caso Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. República Democrática del Congo)* es sintomático de esta actitud judicial, pues la Corte optó por actuar con gran cautela al referirse al sistema arbitral del CIADI en relación con la protección diplomática de las inversiones extranjeras. Para la Corte, tras aclarar que los tratados de protección de inversiones extranjeras han adquirido primacía en el DI en las decisiones sobre los derechos de las sociedades y sus accionistas, señaló a continuación que: “En el derecho internacional contemporáneo, la protección de los derechos de las sociedades y de sus accionistas y la resolución de las controversias relativas a tales derechos se rigen esencialmente por acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección de la inversión extranjera, tales como los tratados para la promoción y protección de inversiones extranjeras y el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados mediante el cual se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”), además de los contratos entre Estados e inversores extranjeros. En ese contexto, el rol de la protección diplomática se ha desdibujado, ya que ha quedado relegada a aquellos casos poco frecuentes en los que no existe un régimen de un tratado o éste no ha funcionado satisfactoriamente”: *Caso Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. República Democrática del Congo)*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 24 de mayo de 2007, ICJ, *Reports 2007*, pág. 88.

¹⁰ Como excepción puede citarse el Acuerdo por el que se establece la Corte de Justicia del Caribe, cuyo Artículo XXII – titulado “Judgement of the Court to Constitute *Stare Decisis* – prevé que “Judgements of the Court shall be legally binding precedents for parties in proceedings before the Court rules such judgements have been revised in accordance with Article XX” (disponible en http://www.caricom.org/jsp/secretariat/legal_instruments/agreement_ccj.pdf., acceso el 30 de enero de 2015).

by a Tribunal shall have no binding force except between the disputing parties of the particular case”. Mientras que otros instrumentos de inversión optan por excluir implícitamente valor obligatorio al precedente arbitral. Así lo dispone el Artículo 53 (1) del Convenio CIADI, en virtud del cual el laudo dictado por el tribunal arbitral sólo “será obligatorio para las partes”. Esta regla general resulta consistente con los principales sistemas internacionales de solución de controversias¹¹.

A pesar de la expresa ausencia de la regla del precedente arbitral en los tratados de inversión¹², ello no ha impedido que *de facto* los tribunales arbitrales del CIADI acudan constantemente a las decisiones de otros tribunales para motivar las propias¹³. Como ha sintetizado J.R. Weeramantry¹⁴ las razones por las que los tribunales arbitrales han justificado su referencia a decisiones previas son variadas, figurando entre las más frecuentes las siguientes: porque las consideran “convincientes o persuasivas”¹⁵, “bien fundadas”¹⁶, “instructivas”¹⁷, “en armonía con la jurisprudencia internacional aplicable”¹⁸, “correctas”¹⁹ y/o “apropiadas”²⁰.

¹¹ En lo que respecta a la CIJ el Artículo 59.1 de su Estatuto establece que: “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”. Por lo que se refiere al régimen establecido por el TLCAN, la aplicación de esta regla general puede verse en el *Caso Methanex Corporation v. United States of America* (Preliminary Award on Jurisdiction and Admissibility, First Partial Award of 7-8-2002, pár. 141).

¹² En el Laudo de 22 de Junio de 2010, el tribunal CIADI declaró lo siguiente: “While Article 38.1.d of the Statute of the International Court of Justice expressly mandates the Court to also take into account “judicial decisions”, there is no such express rule either in the ECT, the ICSID Convention or other applicable part of International law as to whether, and if so to what extent, arbitral awards are of relevance to the Tribunal’s task”: *Liman Caspian Oil BV, NCL Dutch Investment BV v. Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/07/14 [“Claimant No. 5”], Award of 22-6-2010, pár. 172).

¹³ KAUFMANN-KOHLER, G., “Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?, *loc. cit.*, p. 368; así como FAUCHALD, O.K., “The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis”, *European Journal of International Law*, n. 19 (2008), 301-364, p. 301. L. REED ha identificado dos razones principales por las que los tribunales acuden al precedente arbitral. La primera porque los tratados de inversión contienen conceptos elásticos (por ejemplo, “trato justo y equitativo” o “Nación más favorecida”), que deben ser ilustrados con el razonamiento de otros tribunales. La segunda porque la mayoría de los laudos y decisiones arbitrales suelen publicarse, siendo accesibles para ser invocados en decisiones posteriores: “The *De Facto* Precedent Regime in Investment Arbitration: A Case for Proactive Case Management”, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25, n.1 (2010), 95-103, pp. 96-97.

¹⁴ Para todo este párrafo véase WEERAMANTRY, J.R., “The Future of Past Awards in Investment Arbitration”, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25, n.1 (2010), 111-124, p. 118.

¹⁵ *Metalclad Corporation v. the United Mexican States* (ICSID Case No. ARB (AF)/97/1, Award of 30-8-2000, pár. 108).

¹⁶ *Amco Asia Corporation v. Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1, Annulment, 16-5-1986, pár. 44).

¹⁷ *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. Liberia* (ICSID Case No. ARB/83/2, Award of 31-3-1986, pár. 352).

¹⁸ *Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Indalsa Perú, S.A.* (anteriormente *Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A., c. Perú*) c. *Perú* (Caso CIADI No. ARB/03/4, Laudo de 7-2-2005, pár. 48).

¹⁹ *Enron Corporation & Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, de 14-1-2004, pár. 40).

²⁰ *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* (Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, de 8-2-2005, pár. 218).

Cualquiera que sea la razón esgrimida para justificar la referencia al precedente arbitral, los tribunales arbitrales del CIADI suelen recurrir a ellos para sustentar la *ratio decidendi* de sus decisiones en la autoridad “persuasiva” de una serie de casos que han resuelto ciertas cuestiones en un determinado sentido²¹. Como consecuencia de ello pueden contrastarse, como señala A. Pastor Palomar, la existencia de líneas jurisprudenciales, más o menos consistentes, que favorecen la formación de un cierto “corpus normativo” en el contexto del arbitraje de inversión²². En reiteradas ocasiones los tribunales del CIADI se han referido explícitamente a la necesidad de salvaguardar la consistencia con decisiones anteriores suministradas por otros tribunales arbitrales. Por ejemplo, en el *Caso Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Liberia* el tribunal arbitral puso de relieve la relación que existía entre dicha controversia y las decisiones previas de otros tribunales constituidos bajo las Reglas del CIADI, advirtiendo al respecto que: “Aunque el Tribunal no está obligado por los precedentes establecidos en otros Tribunales del CIADI, resulta no obstante instructivo considerar tales interpretaciones”²³.

Por el contrario, también podemos identificar casos relevantes en los cuales los tribunales del CIADI han preferido subrayar que no están vinculados por las decisiones previas de otros tribunales arbitrales, incluso si ello supone apartarse de criterios previamente establecidos. Un ejemplo de esta posición se encuentra en el *Caso SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Filipinas*, en el que el tribunal arbitral subray  enfáticamente que: “[...] no existe doctrina del precedente en el derecho internacional, si por precedente se entiende una regla sobre el efecto obligatorio de una decisión particular. No existe jerarquía de tribunales internacionales e, incluso si la hubiera, no hay una buena razón para permitir que el primer tribunal en el tiempo resuelva asuntos para todos los tribunales posteriores”²⁴.

²¹ Cabe recordar que el Artículo 48 (3) del Convenio CIADI impone a los tribunales arbitrales la obligación de motivar el laudo, lo que ha supuesto que las decisiones previas de otros tribunales formen parte del razonamiento jurídico del laudo arbitral.

²² Véase PASTOR PALOMAR, A., “Relativismo y consistencia en la jurisprudencia reciente del CIADI, con especial referencia a los casos contra Argentina”, en FERNÁNDEZ LIESA, C., (Dir.), *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano*, Pamplona, 2009, 245-262, p. 247. Como ha señalado E. de BRABANDERE “[t]he reasons investment tribunals have developed the practice of ‘taking account’ prior awards are either because tribunals have considered these cases as ‘useful’, or because the taking into consideration of previous decisions enhances the consistency of the *corpus of international investment law*”: “Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law”, in GRAZZINI, T., & DE BRABANDERE, E., (Ed.), *International Investment Law, The Sources of Rights and Obligations*, Leiden/Boston, 2012, 245-288, p. 258. Cursiva añadida.

²³ *Liberian Eastern Timber...*, (ICSID Case No. ARB/83/2, Award of 31-3-1986, p r. 352).

²⁴ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Filipinas* (Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción de 29-1-2004, p r. 97). Por su parte, en el *Caso Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo de 8-12-2008, p r. 194), el tribunal del CIADI sostuvo lo siguiente: “El laudo de dicho tribunal es de cumplimiento obligatorio tan sólo para las partes en la diferencia (Artículo 53 del Convenio), ni siquiera es vinculante para el Estado del cual el inversor es nacional. Las decisiones y los laudos de los tribunales *ad hoc* del CIADI no tienen un efecto vinculante como precedentes para tribunales posteriores, también designados *ad hoc* entre partes diferentes”.

Por otra parte, las referencias hacia la jurisprudencia “externa” han sido efectuadas con cierta frecuencia, muy especialmente en el caso de la jurisprudencia de la CIJ. La práctica arbitral pone de relieve que los tribunales arbitrales del CIADI suelen manifestar una notoria deferencia con los fallos de la CIJ²⁵. Así lo expresó el tribunal arbitral en el *Caso Azurix Corp. c. Argentina* al señalar que:

“De conformidad con el Artículo 31 de la Convención de Viena, el Tribunal está obligado a considerar el significado corriente de los términos utilizados en el TBI. Las conclusiones de otros tribunales, *en particular de la CIJ*, deberían ayudar al tribunal en su labor de interpretación”²⁶.

En el sistema del CIADI esta referencia a otros tribunales se ha producido en un doble sentido: primero, para confirmar una determinada línea argumental; y segundo, para argumentar el por qué resulta conveniente sostener la aplicación divergente de una determinada regla o principio. En cualquier caso, la referencia a otras decisiones previas puede hacerse ya sea como punto de partida en su razonamiento, ya sea como argumento interpretativo no esencial en su razonamiento o bien como argumento interpretativo esencial²⁷.

La práctica del CIADI pone de relieve que los tribunales arbitrales han hecho un amplio uso de la jurisprudencia de la CIJ respecto a la interpretación de las cuestiones de jurisdicción, revistiendo de cierta “autoridad institucional” a los laudos arbitrales²⁸. En este sentido, A. Pellet ha subrayado la extrema diversidad en cuanto a la intensidad con la que los tribunales arbitrales se refieren a los fallos de la CIJ. En efecto, los tribunales del CIADI se sitúan en una actitud vacilante frente a la jurisprudencia de la CIJ, que oscila desde la indiferencia por sus decisiones hasta considerarlas como fuente de una autoridad “persuasiva” en su razonamiento²⁹.

²⁵ BELLEI TAGLE, C., “La influencia de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en la práctica de los tribunales arbitrales del CIADI”, *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 3, n.6 (2014), 35-53, p. 43.

²⁶ *Azurix Corp. c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo de 14-07-2006, párr. 391). La cursiva es nuestra.

²⁷ Sobre esta cuestión, en un interesante estudio de casos O. K. FAUCHALD señala que: “ICJ case law was used as an essential argument in 31 decisions, as a non-essential argument in 16 decisions, and as a general starting point for interpretation in 23 decisions (...) Against this background, we may observe that ICSID tribunals generally attributed more importance to ICJ case law than to case law from other tribunals, and that they much more frequently used ICJ case law as a starting point for interpretation”: “The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis”, ... *loc. cit.*, p. 342.

²⁸ En cambio, en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado se podría esperar de los tribunales arbitrales del CIADI frecuentes referencias a la jurisprudencia de la Corte en relación, por ejemplo, con cuestiones de atribución. Sin embargo, para estas cuestiones de naturaleza sustantiva, los tribunales suelen referirse al *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º periodo de sesiones celebrado en 2001 (A/56/10 y Corr. 1 y 2), junto con sus “Comentarios,” y no tanto a la jurisprudencia de la CIJ, que aparece como argumento secundario para fundar el razonamiento del laudo: véase *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/00/9, Award of 16-9-2003, párr. 10.3).

²⁹ PELLET, A., “The Case Law of the ICJ in Investment...”, *loc. cit.*, p. 233.

Como veremos a continuación, los tribunales del CIADI suelen tomar como referencia la jurisprudencia de la CIJ para resolver ciertas cuestiones de jurisdicción. Esto es así porque las cuestiones de tipo jurisdiccional o procedimental no se regulan en el Convenio CIADI, ni tampoco suelen detallarse en los tratados bilaterales de inversión (APPRI). Esta creciente recepción de la jurisprudencia de la CIJ ha favorecido, entendemos, una interpretación armonizada y estable de normas y principios bien asentados en el DI general³⁰, como es el caso del principio del consentimiento a la jurisdicción internacional, en el régimen especializado del CIADI.

III. LA INVOCACIÓN DE LAS CUESTIONES DE JURISDICCIÓN COMO LÍMITE DEL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

1. El enfoque de las objeciones a la jurisdicción: el “test” de la jurisdicción *prima facie* del tribunal

Los tribunales arbitrales “mixtos” han importado las reglas de la jurisprudencia internacional para determinar ciertas cuestiones que afectan al consentimiento al arbitraje, muy especialmente las de la CIJ³¹.

El consentimiento del Estado al arbitraje del CIADI no se presta normalmente de manera general, sino, *inter alia*, en el marco de un tratado específico de inversión. Además, la jurisdicción *in casu* de cada tribunal arbitral debe determinarse al inicio del procedimiento, esto es, cuando se presenta la solicitud de arbitraje³². Se trata de la “fecha crítica” en la que todas las condiciones jurisdiccionales deben ser satisfechas por la parte demandante. Al mismo tiempo, en esta fase preliminar, de naturaleza jurisdiccional, es cuando afloran las cuestiones que afectan al consentimiento del Estado receptor al arbitraje, lo que suele instrumentarse a través de las objeciones preliminares a la competencia del tribunal.

³⁰ Como prevé el Artículo 42(1) del Convenio CIADI, a falta de acuerdo entre las partes sobre las normas aplicables, el Tribunal decidirá aplicando “... aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”. Como se explica en el “Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, el uso del término “derecho internacional”, cuando se usa en este contexto, se entenderá en el sentido que le atribuye el Artículo 38(1) del Estatuto de la CIJ, es decir, tanto referido al DI consuetudinario como a los principios generales del Derecho: disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/>.

³¹ Así lo ha señalado M. FORTEAU cuando afirma que “(...), malgré leur singularité, les tribunaux arbitraux “mixtes” s’assimilent à des juridictions internationales classiques pour mieux en importer la jurisprudence”: “La Contribution au Développement du Droit International Général de la Jurisprudence Arbitrale Relative aux Investissements Étrangers”, *IV Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, VI (2009), 11-39, p. 16.

³² Por lo que se refiere al momento en que se activa la jurisdicción del CIADI, en sus comentarios sobre el Convenio CIADI Ch. SCHREUER hizo las siguientes observaciones: (1) “the date of the commencement of the proceedings is decisive”; and (2) “this means that on that date all jurisdictional requirements must be met”: SCHREUER, Ch., *The ICSID Convention. A Commentary* (2nd ed.), Cambridge University Press, 2009, p. 92.

El enfoque general de los tribunales el CIADI con respecto al tratamiento de las objeciones preliminares a su jurisdicción puede resumirse en el *Caso Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentina*, en el que el tribunal del CIADI hizo referencia al precedente judicial de la CIJ de la siguiente manera:

“Los tribunales internacionales (como éste) establecidos para decidir casos registrados ante el Centro en el marco del Convenio de Washington (como el presente caso de arbitraje) son órganos dotados de limitada competencia. Están facultados para pronunciarse sobre esos casos sólo si se cumplen las condiciones que les permiten ejercer su competencia. En la esfera del derecho internacional (comenzando con la Corte Permanente de Justicia Internacional [CPJI], predecesora de la Corte Internacional de Justicia [CIJ]) *existen numerosos precedentes sobre la manera en que esos órganos de competencia limitada deben abordar cuestiones sobre jurisdicción*”³³.

Si repasamos la forma en que los tribunales arbitrales han abordado las objeciones a su jurisdicción, podemos observar que son numerosas las ocasiones en las que éstos han considerado el test aplicado por la CIJ para afirmar su jurisdicción *prima facie*. Dicho “test jurisdiccional” fue formulado en el *Caso Ambatielos (Grecia c. Reino Unido)*³⁴ y, más recientemente, en las Opiniones Separadas de los Jueces de la CIJ R. Higgins y M. Shahabuddeen, emitidas en el *Caso de las Plataformas Petrolíferas (Irán c. Estados Unidos de América)*. En concreto, la Jueza Higgins propuso el siguiente test:

“The only way in which, in the present case, it can be determined whether the claims of [the Claimant] are sufficiently plausibly based upon the 1955 Treaty is to accept *pro tem* the facts as alleged by [the Claimant] to be true and in that light to interpret Articles I, IV and X for jurisdictional purposes, that is to say, to see if on the basis of [the Claimant’s] claims of fact there could occur a violation of one or more of them”³⁵.

Este enfoque ha sido adoptado en la práctica más reciente de los tribunales arbitrales del CIADI (y también por otras formas de arbitraje) como criterio jurisdiccional para revisar las objeciones a la jurisdicción formuladas por un Estado frente a las reclamaciones de un inversor. El “test Higgins” fue confirmado con claridad en los *Casos Plama Consortium Limited c. Bulgaria*³⁶ y *Noble Energy c. Ecuador*. En este último asunto el tribunal arbitral aplicó dicho test jurisdiccional de la siguiente manera:

“Without prejudging the dispute on the merits, the Tribunal finds that the facts alleged by Noble Energy in support of the claims just set forth may be capable of constituting breaches

³³ *Caso Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo de 8-12-2008, pár. 66). Cursiva añadida.

³⁴ *Ambatielos (Grecia c. Reino Unido)*, (fondo: obligación de arbitraje), ICJ, *Reports* 1952, pp. 10 y 18.

³⁵ *Plataformas Petrolíferas (Irán c. Estados Unidos de América)*, Sentencia sobre Objeciones Preliminares, ICJ, *Reports* 1996, Opinión Separada de la Jueza R. Higgins, de 12 de diciembre de 1996, pár. 32.

³⁶ *Plama Consortium...* (Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, de 8-2-2005, párs. 118-119). Sobre la frecuente aplicación del referido “test” puede verse FORTEAU, M., “La Contribution au Développement du Droit International Général de la Jurisprudence ...”, *loc. cit.*, p. 17.

of the BIT, if proven in the second stage of this arbitration. It is thus satisfied that Noble Energy has made a sufficient *prima facie* showing for purposes of jurisdiction”³⁷.

En efecto, el tribunal arbitral constituido en el *Caso Noble Energy* aplicó el estándar de la jurisdicción *prima facie* para determinar el significado y alcance de las disposiciones invocadas, pero también para examinar si los hechos alegados pueden constituir violaciones del tratado. Por tanto, como afirmó el tribunal arbitral del CIADI en el *Caso Saipem S.p.A. v. Bangladesh*: ‘If the result is affirmative, jurisdiction will be established, but the existence of breaches will remain to be litigated on the merits’³⁸. Por su parte, la doctrina ha señalado que se trata del estándar más extendido en la práctica arbitral. Así lo ha señalado Ch. Schreuer al afirmar lo siguiente:

“Tribunals have developed a practice under which they will apply a *prima facie* test as to the merits of the case at the stage of determining jurisdiction. It is applied especially where the claim alleges the violation of a treaty that is invoked as the basis of jurisdiction [...] [The test] requires that the facts alleged by the claimant, if established, are capable of forming the basis for a treaty violation. Tribunals have applied this test in a large number of cases. *It does not appear to be controversial in principle*”³⁹.

La aplicación de dicho estándar tendría como objetivo mantener la separación entre ambas fases – jurisdiccional y de fondo – mediante un procedimiento “bifurcado” con la finalidad de salvaguardar la integridad de la fase sobre el fondo⁴⁰.

La necesidad de establecer una violación *prima facie* del tratado también ha sido recogida como criterio jurisdiccional por otras formas de arbitraje. Así se afirmó en el *Caso Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation c. Ecuador*, administrado conforme al Reglamento de la CNUDMI, en virtud del cual el tribunal arbitral sostuvo que: “[...] As for the definition of the *prima facie* test, the Tribunal accepts that, in principle, it should be presumed that the Claimant’s factual allegations are true”⁴¹. En esta etapa preliminar el demandante sólo debe probar que su reclamación constituye una violación *prima facie* del tratado, sin que dicha obligación alcance a los hechos o interpretaciones referentes a sus reclamaciones sustantivas, puesto que esta exigencia podría prejuzgar el fondo de la controversia. La decisión del tribunal arbitral

³⁷ *Noble Energy, Inc. y MachalaPower Cia. Ltd. c. Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad* (Caso CIADI No. ARB/05/12, Decisión sobre Jurisdicción de 5-3-2008, párr. 165); véase también *Siemens AG c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción de 3-8-2004, párr. 180).

³⁸ *Saipem S.p.A. v. Bangladesh* (ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21-3-2007, párrs. 84 y siguientes, en particular párr. 91). Más recientemente, el test de la jurisdicción *prima facie* ha sido aplicado por el tribunal del CIADI en el *Caso Ambiente Ufficio S.p.A. c. Argentina* (ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and admissibility, 8-2-2013, párrs. 550-551).

³⁹ SCHREUER, Ch., *The ICSID Convention. A Commentary* (2nd ed.), *op. cit.*, párrs. 86 y 87. Cursiva añadida. Véase asimismo SHEPPARD, A., “The Jurisdictional Threshold of a *Prima-Facie* Case”, en MUCHLINKSI, P., ORTINO, F., y SCHREUER, Ch. (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008, pp. 932-960.

⁴⁰ *Plataformas Petrolíferas...*, *loc. cit.*, Opinión Separada de la Jueza R. Higgins, párr. 34.

⁴¹ *Chevron Corporation (U.S.A) and Texaco Petroleum (U.S.A.) c. Ecuador* (UNCITRAL Arbitration Rules/Interim Award, of 12-1-2008, párr. 105).

ad hoc en el *Caso Methanex Corporation c. Estados Unidos*, sustanciado también conforme a las Reglas de la CNUDMI, sintetiza esta posición de la siguiente manera:

“Accordingly, there is no necessity at the jurisdictional stage for a definitive interpretation of the substantive provisions relied on by a claimant: the jurisdiction of the arbitration tribunal is established without the need for such interpretation. Indeed a final award on the merits where a NAFTA tribunal determines that the claimant has failed to prove its case within these substantive provisions cannot signify that the tribunal lacked jurisdiction to make that award”⁴².

En definitiva, a la hora de abordar las objeciones preliminares, los tribunales arbitrales vienen aplicando el “test” de la jurisdicción *prima facie*, estándar importado de la jurisprudencia de la CIJ, en virtud del cual se establece que, en fase preliminar, es suficiente con demostrar una violación *aparente* del tratado para que el tribunal pueda asumir su competencia.

2. La expresión de la controversia en términos jurídicos

Otra de las cuestiones procesales objeto de múltiples pronunciamientos ha sido la determinación de la existencia de una controversia jurídica y su expresión en fase jurisdiccional. En efecto, el momento procesal en el que debe surgir una controversia jurídica en el contexto de un tratado de inversión ha sido objeto de constante atención por los tribunales arbitrales del CIADI. Así, por ejemplo, en el *Caso Burlington Resources Inc. c. Ecuador* el tribunal del CIADI consideró si la conducta de la demandante expresaba una controversia jurídica (sobre los derechos y obligaciones contenidos en el APPRI), y si dicho desacuerdo había sido suficientemente manifestado en fase jurisdiccional. El tribunal del CIADI entendió que, si bien la cláusula sobre solución de controversias requiere algún tipo de evidencia de que se formularon alegaciones de violación del APPRI, para ello son suficientes las actas de las reuniones entre las partes que contengan una evidencia de este tipo, sin que se requiera del inversor la presentación específica de las reclamaciones⁴³. A este respecto, el tribunal arbitral del *Caso Burlington c. Ecuador* sostuvo que formular alegaciones de violación del tratado no obstaculiza el proceso de negociación, confirmando así la interpretación previa realizada en el *Caso Generation Ukraine c. Ucrania*⁴⁴. Esta última línea jurisprudencial pone de relieve que, para demostrar la existencia de una controversia durante la fase de negociación, no se requiere que el inversor articule con detalle sus

⁴² *Methanex Corporation v. United States* (UNCITRAL Arbitration Rules/Partial Award, of 8-7-2002, pág. 121).

⁴³ El tribunal examinó el Artículo VI.1.c) del APPRI que define “diferencia en materia de inversión” como “una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión”, lo que exige que la parte demandante alegue una supuesta violación del tratado: *Caso Burlington Resources* (Caso CIADI No. ARB/08/5, Laudo sobre Jurisdicción de 2-6-2010, pág. 337).

⁴⁴ El tribunal sostuvo que “el requisito de consultar y negociar... no tiene como finalidad obligar al inversor a fundar jurídicamente su caso en múltiples ocasiones. Insistir en ello [la presentación específica de los reclamos legales del inversor] sólo produciría como efecto el enfriamiento de la consulta y la negociación”: *Generation Ukraine c. Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo de 16-9-2003, pág. 67).

argumentos jurídicos. Ahora bien, aunque la cláusula sobre solución de controversias dispuesta en el APPRI no exija la notificación formal de la disputa, al menos sí requiere que el inversor advierta al Estado receptor que está frente a alegaciones de violación del APPRI que podrían comprometer su responsabilidad conforme al tratado⁴⁵.

Si repasamos la práctica de la CIJ podemos comprobar que la determinación de una controversia jurídica es una cuestión sobre la que la Corte ha desarrollado una rica jurisprudencia. Así, en la Sentencia dictada en el *Caso de la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa)*, la Corte recordó su jurisprudencia previa relativa al momento procesal en que debe existir una controversia, afirmando que “[i]t must be shown that the claim of one party is positively oppose by the other”⁴⁶, y añadiendo a continuación que: “dispute must in principle exist at the time the Application is submitted to the Court”⁴⁷. La Corte ha reiterado esta línea argumental en su Sentencia dictada en el *Caso sobre las Cuestiones relativas a la obligación de procesar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*⁴⁸. En este asunto la CIJ se pronunció sobre la “fecha crítica” en la que surge una controversia relativa a la interpretación y aplicación de ciertas disposiciones de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), afirmando que es la *fecha de presentación de la demanda* el momento procesal en el que debe verificarse la existencia de una controversia relativa al ámbito material del tratado⁴⁹.

Partiendo de este razonamiento, el tribunal arbitral constituido en el *Caso Burlington c. Ecuador* declinó ejercer su jurisdicción para conocer del asunto al estimar que no existía una controversia suficientemente caracterizada en términos jurídicos⁵⁰. Igualmente, en el *Caso Murphy Exploration and Production Company International c. Ecuador*, el tribunal arbitral del CIADI afirmó que una disputa sólo surge en el momento en que el inversor alega expresamente una violación del tratado de inversión. En efecto, en este último caso el tribunal del CIADI hizo mención expresa a la decisión previa dictada en el *Caso Burlington*, concluyendo que sin la previa alegación de una supuesta violación del tratado no es posible que surja una disputa entre las partes:

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

⁴⁵ *Caso Burlington...*, (Caso CIADI No. ARB/08/5, Laudo sobre Jurisdicción de 2-06-2010, pár. 338).

⁴⁶ *Sudoeste africano (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica)*, Objeciones Preliminares, ICJ, *Reports* 1962, p. 328.

⁴⁷ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Preliminary Objections, Judgement of 1 April 2011, ICJ *Reports* 2011, <http://www.icj-cij.org>, pár. 30.

⁴⁸ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, Arrêt 20 Juillet 2012, pár. 46.

⁴⁹ *Ibid.*, pár. 52.

⁵⁰ *Burlington...*, (Caso CIADI No. ARB/08/5, Laudo sobre Jurisdicción de 2-06-2010, pár. 316).

The Tribunal understands that it is necessary for the Respondent to have been aware of alleged Treaty breaches in order to resort to arbitration under Article VI of the BIT. Under the Treaty, it would suffice for Claimant to inform its counterpart of the alleged Treaty breach. In the Tribunal's view, claimant did not offer evidence showing that Ecuador was aware of the existence of a dispute with Murphy International based on the BIT prior to February 28, 2008 (...)⁵¹.

El criterio utilizado en los *Casos Burlington y Murphy Exploration* para determinar la existencia de una controversia jurídica en el contexto del tratado de inversión, es plenamente conforme con la línea argumental seguida por la CIJ en el *Caso de la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa)*, que constituye el *leading case* en la materia. En efecto, en este asunto la Corte afirmó que la existencia de una controversia relativa a la violación de ciertas obligaciones establecidas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), exige que las reclamaciones de una parte se refieran al objeto del tratado con la suficiente precisión que permita a la otra parte identificar si existe, o puede existir, una controversia relativa a su ámbito de regulación material⁵². Esta referencia expresa a la inobservancia de las disposiciones del tratado multilateral ha sido recordada recientemente en el *Caso sobre las Cuestiones relativas a la obligación de procesar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, en relación con el cumplimiento de las disposiciones previstas en los Artículos 6.2 y 7.1 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984)⁵³.

En definitiva, cuando se trata de determinar el momento procesal en el que surge una controversia jurídica en el contexto de un tratado de inversión, la práctica arbitral del CIADI demuestra la consideración de la jurisprudencia de la CIJ sobre esta cuestión preliminar. En efecto, la recepción del precedente judicial en la jurisprudencia del CIADI pone de relieve que la sectorialización del DI, a la que contribuye el sistema del CIADI, es un fenómeno que puede tratarse como un problema técnico, y puede controlarse mediante técnicas de armonización propias del ordenamiento internacional⁵⁴, a fin de evitar la aplicación de distintos criterios jurisdiccionales por

⁵¹ *Murphy Exploration and Production Company International c. Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción de 15-12-2010, párs. 104 y 105).

⁵² Más aún, la Corte afirmó que: “[a]n express specification would remove any doubt about one State’s understanding of the subject-matter in issue and put the other on notice”: *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination...*, *loc. cit.*, párs. 114 y 187.

⁵³ En este asunto Bélgica sostuvo que Senegal estaba incumpliendo su obligación establecida en el Artículo 7 de la Convención contra la Tortura, ya que no había iniciado actuaciones judiciales contra el Sr. Habré, en defecto de extraditarlo a Bélgica, para que respondiera de los actos de tortura que se le imputaban. Por su parte, Senegal consideró que había adoptado medidas para cumplir dicha obligación y reafirmó su voluntad de continuar con el proceso en curso para asumir su obligación como Estado Parte en dicha Convención. A la luz de lo anterior, la Corte observó que, en el momento de presentación de la demanda, *aparentemente* existía una controversia jurídica entre ambas partes con respecto a la interpretación de la Convención: *Questions concernant l’obligation de poursuivre...*, párs. 46-52.

⁵⁴ Véase JIMÉNEZ PIERNAS C., “El Derecho internacional contemporáneo: una aproximación consensualista”, *XXXVII Curso de Derecho Internacional*, Comité Jurídico Interamericano, Organización de los Estados Americanos (OEA), Secretaría de Asuntos Jurídicos (Departamento de Derecho internacional), Washington, D.C. (2011), 1-64, p. 36.

diferentes tribunales internacionales. En definitiva, podemos afirmar que la recepción de los fallos y órdenes de la CIJ en la jurisprudencia del CIADI contribuye, en cierta medida, a la unidad del DI, mediante la aplicación uniforme de reglas y criterios jurisdiccionales bien establecidos en el contexto de este régimen especializado.

3. La satisfacción de las condiciones procesales previas al arbitraje como requisito jurisdiccional

El impacto de la jurisprudencia de la CIJ en el arbitraje de inversión se manifiesta en la satisfacción de ciertas condiciones procesales previas al arbitraje cuyo incumplimiento afecta a la competencia del tribunal arbitral.

Una de las precondiciones más usuales es la obligación procesal de recurrir a previas consultas y negociaciones. En el *Caso Murphy c. Ecuador* el tribunal arbitral del CIADI trató de determinar si las negociaciones previas iniciadas conforme a un tratado de inversión distinto⁵⁵, podían reemplazar a las negociaciones requeridas por las cláusulas sobre solución de controversias previstas en el Artículo VI.2 del APPRI entre Ecuador y Estados Unidos de América. El tribunal del CIADI consideró que las negociaciones y consultas emprendidas conforme a cada uno de los tratados mencionados representaban procesos diferentes, señalando al respecto que:

“[...] This Tribunal holds that the negotiations and consultations entered into by Repsol, as the Operator of the Consortium, with Ecuador, are not the negotiation required by Article VI (2) of the BIT for this case. The negotiations and consultations of Repsol were prior to the date the dispute between Murphy International and Ecuador arose. Furthermore, it becomes evident that the negotiations and consultations between Repsol and Ecuador, pursuant to the Spain-Ecuador BIT⁵⁶.

Esta concordancia entre el contenido jurídico de las negociaciones y el contexto material del tratado en cuestión fue subrayada con énfasis por la Corte en el citado *Caso de la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa)*. En efecto, en este asunto la Corte afirmó que la obligación de negociar dispuesta en el Artículo 22 de la Convención contra la Discriminación Racial de 1965 exige un estándar de cumplimiento muy elevado respecto al contenido jurídico de las negociaciones. En concreto, la Corte concluyó que:

“these negotiations must relate to the subject-matter of the treaty containing the compromissory clause. In other words, the subject-matter of the negotiation must relate to the subject-matter of the dispute with, in turn, must concern the substantive obligations in the treaty in question”⁵⁷.

⁵⁵ Iniciadas entre la empresa española *Repsol* y Ecuador el 12-11-2007, conforme al Artículo XI.2 del APPRI celebrado entre España y Ecuador (*BOE*, 10-4-1998).

⁵⁶ *Murphy Exploration...*, (Caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción de 15-12-2010, párr. 131).

⁵⁷ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms...*, *loc. cit.*, párrs. 130-132. Este mismo razonamiento ha sido sostenido en el *Caso sobre las Cuestiones relativas a la obligación de procesar o extraditar*, en relación con la satisfacción de la condición establecida en el Artículo 30 de la

Por otra parte, en el *Caso Nova Scotia Power Incorporated (NSPI) c. Venezuela*⁵⁸ el tribunal arbitral consideró el cumplimiento de ciertas condiciones procesales previstas en el APPRI celebrado entre Canadá y Venezuela que limitaban el consentimiento al arbitraje manifestado por las partes en el tratado⁵⁹. El tribunal arbitral rechazó su competencia al entender que, en la fecha en la que se inició el procedimiento ante el CIADI, estaba disponible un arbitraje alternativo bajo el Mecanismo Complementario del CIADI, conforme al Artículo XII.4 del mismo APPRI. El tribunal arbitral enfocó esta cuestión preliminar como un asunto de jurisdicción y no de admisibilidad de la demanda, asumiendo como argumento interpretativo esencial el fallo de la CIJ en el *Caso de las Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, en relación con el alcance y los límites de ciertas cláusulas compromisorias como título habilitador de su jurisdicción, señalando al respecto que:

“La Corte recuerda a este respecto que su jurisdicción está basada en el consentimiento de las partes y se circunscribe al alcance aceptado por éstas. Cuando el consentimiento se expresa en una cláusula compromisoria en un acuerdo internacional, cualquier condición a la que se sujete ese consentimiento debe considerarse como los límites de ésta. Por consiguiente, la Corte considera que el análisis de dichas condiciones se refieren a su competencia y no a la admisibilidad de la solicitud”⁶⁰.

Otras formas de arbitraje también han considerado que la notificación y negociación previas al arbitraje (“*cooling-off-period*”) son condiciones imperativas, siendo su naturaleza jurisdiccional. En el *Caso ICS Inspection and Control Services Limited c. Argentina*, sustanciado conforme al Reglamento de la CNUDMI, el tribunal *ad hoc* acogió plenamente la posición de la CIJ en relación con la aplicación estricta de los prerequisites procesales antes de acudir a su jurisdicción. Sobre el cumplimiento de esta condición procesal el tribunal arbitral señaló lo siguiente:

“Asimismo, la tendencia en derecho internacional público ha favorecido claramente la aplicación estricta de los prerequisites procesales. Por ejemplo, en el caso reciente de *Georgia c. Rusia* ante la CIJ, a pesar de la ausencia de un lenguaje imperativo, una mayoría de la CIJ concluyó que la frase “controversia que no es dirimida por negociación o por procedimientos dispuestos expresamente en este Convenio”, establecía una precondition de recurrir a las negociaciones o a los procedimientos previstos expresamente en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (...), anterior al entendimiento de la CIJ en el caso”⁶¹.

Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), señalando que sólo aquellas controversias relativas a la interpretación o aplicación de la Convención que no se resuelvan mediante negociaciones, podrán someterse a la jurisdicción de la CIJ: *Questions concernant l’obligation de poursuivre...*, *loc. cit.*, p. 57.

⁵⁸ *Caso Nova Scotia Power Incorporated (NSPI) c. Venezuela* (Caso CNUDMI/CPA, Laudo sobre Jurisdicción, de 22-4-2010).

⁵⁹ En particular, la cláusula contenida en el Artículo XII.4 del APPRI celebrado entre Canadá y Venezuela.

⁶⁰ *Actividades armadas en el territorio del Congo...*, *loc. cit.*, p. 39, p. 88.

⁶¹ *ICS Inspection and Control Services Limited c. Argentina* (Caso CNUDMI/CPA No. 2010-9, Laudo de 10-2-2012, p. 250.) Este enfoque respecto al cumplimiento de los prerequisites procesales motivó que el tribunal concluyera lo siguiente: “Al momento de iniciar la resolución de la controversia en virtud del tratado, el inversor sólo puede aceptar o rechazar la oferta de arbitraje, pero no puede modificar sus términos. El inversor, independientemente de las circunstancias particulares que lo afectan o su creencia

Este enfoque sigue la línea argumental de la CIJ⁶² en relación con la satisfacción de las condiciones procesales, y ha sido aplicado recientemente en el *Caso Guaracachi America, Inc., y Rurelec PLC c. Bolivia* respecto a la cláusula tradicional del “período de negociación previa” para la posible solución amistosa de la controversia. El tribunal arbitral *ad hoc*, constituido conforme a las Reglas de la CNUDMI, consideró que el período de negociación previa es una condición “suspensiva a la disponibilidad de un tribunal arbitral”, ya que las partes contratantes prestaron su consentimiento al arbitraje sujeto a la existencia de una *notificación escrita de una reclamación* y al *transcurso de seis meses entre dicha notificación* y cualquier solicitud de arbitraje. Más aún, el tribunal consideró que la cláusula del período de negociación previa recoge una “obligación de medios, no de resultados”, por lo que resulta irrelevante examinar su utilidad en el caso concreto o los efectos prácticos que hubiera tenido la celebración de negociaciones⁶³. Por consiguiente, el tribunal arbitral concluyó que el “período de negociación previa” constituye un requisito jurisdiccional que limita la competencia del tribunal para conocer del asunto⁶⁴.

Este análisis del tribunal arbitral coincide plenamente con la jurisprudencia del CIADI más reciente, como se refleja en los *Casos Murphy c. Ecuador*⁶⁵ y *Ambiente Ufficio c. Argentina*⁶⁶, en los que sendos tribunales arbitrales rehusaron ejercer su jurisdicción para conocer las reclamaciones de las demandadas al no haberse cumplido una de las condiciones impuestas en el tratado de inversión, como es la cláusula del período de negociación previa⁶⁷.

en la utilidad o equidad de las condiciones adjuntas a la oferta del Estado receptor, debe, sin embargo, prestar consentimiento a la aplicación de los términos y condiciones de la oferta realizada por el Estado receptor, caso contrario no puede haber acuerdo para arbitrar”: pág. 272.

⁶² Cuyo *leading case* es el *Caso relativo a las Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Ruanda)* (Jurisdicción y admisibilidad), ICJ, *Reports 2006*, págs. 87-88.

⁶³ *Guaracachi America, Inc.*, (Caso CNUDMI/CPA No. 2011-17, Laudo de 31-1-2014, pág. 392). En términos concretos el tribunal sostuvo lo siguiente: “Es irrelevante para la presente cuestión si la Demandante, o incluso este Tribunal, pudiera prever que no ocurriría nada durante ese período de seis meses, y que el Demandado no reaccionaría ante la notificación y aprovecharía la oportunidad de negociar una solución. La cláusula del período de negociación previa (“*cooling-off-period*”) establece una *obligación de medios, no de resultados*. Todas las cláusulas del TBI deben cumplirse por igual y, si las Partes Contratantes prestaron su consentimiento sujeto a esas condiciones, Rurelec solo podía aceptar la oferta de arbitraje tal como se presentó y no como le hubiera gustado recibirla”: *ibid.* Cursiva añadida.

⁶⁴ *Ibid.*, pág. 390.

⁶⁵ *Murphy Exploration*..., (Caso CIADI No. ARB/08/04, Decisión sobre Jurisdicción de 15-12-2010).

⁶⁶ *Ambiente Ufficio S.p.A. and...*, (Caso CIADI No. ARB/08/9, Decisión sobre Admisibilidad y Jurisdicción de 8-2-2013, págs. 570-585). En este Caso el tribunal arbitral hizo expresa referencia al *leading case* en la materia, esto es, a la decisión de la CIJ dictada en el *Caso de las Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva Demanda: 2002)*, en la que consideró el recurso a previas negociaciones previsto en el Artículo 29.2 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), como requisito “jurisdiccional”: ICJ, *Reports 2006*, pág. 88.

⁶⁷ En el mismo sentido véase *Burlington Resources*..., (Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción, de 2-06-2010); *Argentina c. BG Group PLC* (Decisión de anulación de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia, de 17-1-2012); *Enron Corporation & Ponderosa*..., (Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre jurisdicción de 14-1-2004, págs. 97-98).

Esta serie de decisiones recientes manifiestan una línea jurisprudencial consistente que trata de armonizar, a través del precedente judicial, la variedad de calificaciones asignadas a la satisfacción de las condiciones previas al arbitraje (al margen del tipo de precondition de que se trate), y a las discrepancias resultantes de los distintos enfoques asumidos por cada tribunal.

4. La sumisión previa a los tribunales internos del Estado como requisito jurisdiccional

Si bien resulta frecuente que las cláusulas sobre solución de controversias previstas en los APPRI condicionen el recurso al arbitraje al previo sometimiento de la disputa ante los tribunales internos del Estado receptor, también lo es que este requisito no se califique como “obligatorio” o “potestativo”, ni tampoco que se determinen cuáles son las consecuencias de su incumplimiento. Sin embargo, los tribunales del CIADI han considerado si el cumplimiento de este requisito es una cuestión de “jurisdicción”, “admisibilidad” o “procedimiento”, apoyándose para esta tarea en la jurisprudencia de la CIJ, puesto que ni el Convenio CIADI ni sus Reglas de Arbitraje clarifican esta distinción.

Desde el *Caso Interhandel*, la CIJ ha establecido una jurisprudencia constante en relación con el requisito del agotamiento de los recursos internos como cuestión de admisibilidad y no de jurisdicción, si bien en el contexto de la protección diplomática⁶⁸. Ahora bien, distintos tribunales arbitrales han acogido la jurisprudencia más reciente de la CIJ relativa a la satisfacción de todos los requisitos previos al arbitraje como cuestión de carácter jurisdiccional. En efecto, en el *Caso Ambiente Ufficio S.p.A. c. Argentina*, el tribunal del CIADI se tuvo que pronunciar respecto al cumplimiento del prerrequisito establecido en el Artículo 8(2) del APPRI celebrado entre Argentina e Italia, relativo al recurso a los tribunales internos durante el plazo de 18 meses antes de acudir al arbitraje. A tal fin el tribunal hizo referencia a la decisión de la CIJ dictada en el *Caso relativo a las Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, en la que este órgano judicial aplicó un criterio jurisdiccional a todos los títulos invocados por la demandante, *independientemente* del tipo de precondition que fuera⁶⁹. Sobre esta cuestión el tribunal del CIADI afirmó lo siguiente:

“Esta jurisprudencia de la Corte ha inspirado un cierto número de decisiones y laudos del CIADI y de otros tribunales arbitrales que entienden en diferencias relativas a inversiones

⁶⁸ *Caso Interhandel (Suiza c. Estados Unidos de América)*, Objeciones Preliminares, Sentencia, ICJ, *Reports 1959*, pp. 6, 23 y ss.

⁶⁹ La CIJ sostuvo que la cláusula del Artículo 29 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979) impone condiciones procesales obligatorias (negociaciones y solicitud de arbitraje) cuya satisfacción “está relacionado con su jurisdicción y no con la admisibilidad de la demanda”: *Caso relativo a las Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda: 2002) (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, Decisión sobre Jurisdicción y admisibilidad de 3 de febrero de 2006, p. 88. En el mismo sentido se pronunció en este mismo asunto en relación con otros títulos jurisdiccionales que fueron invocados, tales como el Artículo 75 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Artículo XIV.2 de la Constitución de la UNESCO, y el Artículo 14.1 de la Convención de Montreal para la Supresión de los Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil Internacional: *ibid.*, párs. 99 y ss., y 107 y ss.

entre un inversor y un Estado receptor, como también decisiones de tribunales nacionales que rechazan los argumentos en contrario de los inversores. Una lectura cuidadosa de las decisiones de dichos tribunales arbitrales confirman la proposición de que las condiciones al arbitraje internacional como los requisitos del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia, a saber *las consultas amistosas y litigar durante 18 meses ante los tribunales locales, son requisitos de naturaleza “jurisdiccional” cuya omisión o incumplimiento acarrea una determinación de falta de jurisdicción*⁷⁰.

En síntesis, para el tribunal arbitral constituido en el Caso *Ambiente Ufficio c. Argentina* ambas “precondiciones” limitan el alcance del consentimiento del Estado receptor al arbitraje internacional, por lo que su incumplimiento determina, siguiendo la pauta establecida por la CIJ, la falta de competencia del tribunal⁷¹.

Este criterio jurisdiccional ha sido de nuevo aplicado en el Caso *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.S. c. Uruguay*⁷². En este caso el tribunal del CIADI trató de verificar la naturaleza del requisito del sometimiento previo de la disputa ante los tribunales internos durante el plazo de 18 meses, si bien evitó caracterizarlo como un requisito relativo a la jurisdicción o a la admisibilidad. No obstante, para clarificar esta cuestión técnica, el tribunal del CIADI acudió a la decisión de la CIJ en el Caso de la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (*Georgia c. Federación Rusa*), refiriéndose a esta resolución como representativa de la posición del DI sobre el particular⁷³. En efecto, el tribunal arbitral hizo suyo el posicionamiento de la Corte en este asunto al afirmar que:

[...] En general, la CIJ establece la posición en el derecho internacional. En el caso *Georgia c. Rusia*, la Corte explicó el carácter jurídico de las condiciones procesales con las siguientes palabras:

“En la medida en que los requisitos procesales de [una cláusula de resolución de diferencias] constituyen condiciones, deberían ser condiciones anteriores al sometimiento al tribunal, incluso cuando el término no estuviera condicionado por un elemento temporal”⁷⁴.

Este mismo estándar fue utilizado para verificar el cumplimiento de otro requisito procesal, como el “período de espera” de seis meses antes de iniciar el arbitraje internacional. En relación con la naturaleza – jurisdiccional o meramente procesal – del período de espera, las últimas decisiones se decantan por la primera. Así lo manifestó el tribunal del CIADI en el Caso *Murphy Exploration* al sostener que:

⁷⁰ *Ambiente Ufficio...*, (Caso CIADI No. ARB/08/9, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, p. 431). *Cursiva añadida*.

⁷¹ Asimismo, al referirse a la excepción relativa a la inutilidad de los recursos internos disponibles, el tribunal arbitral hizo mención expresa a los Casos relativos a *Ciertos Empréstitos noruegos (Francia c. Noruega)*, Sentencia, ICJ, *Reports 1957*, p. 9, y de la *Barcelona Traction, Light & Power Company, Ltd.* (Segunda fase), Sentencia, ICJ, *Reports 1970*, p. 3.

⁷² *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.S. c. Uruguay*, (Caso CIADI No. ARB/10/07, Decisión sobre Jurisdicción, de 2-07-2013).

⁷³ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, *loc. cit.*, p. 130.

⁷⁴ *Philip Morris...*, (Caso CIADI No. ARB/10/07, Decisión sobre Jurisdicción, de 2-07-2013, p. 141).

“This Tribunal finds the requirement that the parties should seek to resolve their dispute through consultation and negotiation for a six-month period does not constitute, as a Claimant and some tribunal have stated, “a procedural rule” or a “directory and procedural” rule which can or cannot be satisfied by the concerned party. To the contrary, it constitutes a fundamental requirement that claimant must comply with, compulsory, before submitting a request for arbitration under the ICSID rules”⁷⁵.

El tribunal arbitral del *Caso Murphy* basó su argumentación en las decisiones sobre jurisdicción adoptadas por los tribunales del CIADI en los *Casos Burlington*⁷⁶ y *Enron c. Argentina*⁷⁷. De igual modo, en el *Caso Wintershall c. Argentina* el tribunal del CIADI afirmó que los tribunales arbitrales han sostenido que el requisito de incoar procesos legales es fundamentalmente una “cláusula jurisdiccional”, cuyo cumplimiento es esencial para iniciar el arbitraje CIADI conforme al tratado de inversión, pues constituye una parte integrante del consentimiento del Estado receptor que debe ser aceptada en los mismos términos por cada inversor individual que recurre al arbitraje (...)⁷⁸. Esta exigencia se debe aplicar con mayor rigor cuando las condiciones procesales quedan determinadas por un *factor temporal*. Así lo expresó el tribunal arbitral del CIADI en el *Caso Impregilo S.p.A. c. Argentina* al señalar que: “Article 10(2) contains a time-bound prior-recourse-to-local-courts-clause, which mandates (not merely permits) litigation by the investor (for a definitive period) in the domestic forum before the right to ICSID can even materialize”⁷⁹. Se trata, pues, de un requisito que afecta a la jurisdicción, tal como ha sido recordado por el tribunal arbitral *ad hoc* en el *Caso ICS c. Argentina*. En este asunto, el tribunal arbitral constituido conforme a las Reglas de la CNUDMI señaló lo siguiente:

“No solo ha condicionado la Demandada específicamente su consentimiento al arbitraje a un requisito que aún no se ha cumplido, sino que las Partes Contratantes del Tratado han solicitado expresamente la remisión previa de la controversia al entendimiento de los Tribunales argentinos durante al menos 18 meses antes de que se inicie el sometimiento a un arbitraje internacional. *El Tribunal simplemente no está facultado a ignorar estos límites a su jurisdicción*”⁸⁰.

En el *Caso Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentina*⁸¹ el tribunal del CIADI abordó el cumplimiento de varios requisitos

⁷⁵ *Murphy Exploration...*, (Caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción de 15-12-2010, pár. 149).

⁷⁶ *Burlington Resources...*, (Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción, de 2-6-2010, pár. 315).

⁷⁷ El APPRI instaba a las partes a buscar una solución de la controversia a través de consultas y negociaciones y este requisito “reviste, sin duda, carácter jurisdiccional. Su incumplimiento conduciría a que se determinara la falta de jurisdicción”: *Enron Corp. & Ponderosa Assets...*, (Caso CIADI No. ARB/01/3 Decisión sobre Jurisdicción, de 14-1-2004, pár. 88).

⁷⁸ *Wintershall...*, (Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo de 8-12-2008, pár. 88).

⁷⁹ *Impregilo S.p.A. v. Argentine* (ICSID Case No. ARB/07/17, Award of 21-6-2011 [*“Impregilo”*]), pár. 94.)

⁸⁰ *ICS Inspection and Control...*, (Caso CNUDMI/CPA No. 2010-9, Laudo de 10-2-2012, pár. 262). Cursiva añadida.

⁸¹ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/09/1, Decisión sobre jurisdicción de 21-12-2012).

procesales dispuestos en el APPRI celebrado entre Argentina y España⁸². Respecto a la satisfacción del “período de seis meses” antes de acudir al arbitraje, el tribunal consideró que dicho período debe computarse desde el momento en que surgió el desacuerdo, lo que sólo puede ocurrir cuando las partes han intercambiado puntos de vista. En este sentido, el APPRI no requiere que las partes inicien las negociaciones a través de una notificación formal, siendo la única exigencia que la controversia se suscite en relación con una “inversión”. Esta línea argumental sigue íntegramente el razonamiento de la CIJ en el *Caso relativo a la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa)*, en virtud del cual dicho órgano judicial concluyó que no se debe subordinar su jurisdicción a la “notificación formal” de la controversia conforme al tratado⁸³. Esta interpretación sugiere que no debe aplicarse un enfoque formalista para dar por satisfecha la obligación de emprender una negociación dispuesta en una cláusula de solución de controversias. En consecuencia, no cabría exigir a la parte demandante que notifique su reclamación a la parte demandada por un cauce formal, ni tampoco que acredite fehacientemente la celebración de negociaciones en el contexto del tratado de inversión específico.

IV. LÍMITES DEL CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN A TRAVÉS DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA (NMF)

En general, tanto los efectos de la “cláusula de NMF” contenida en los tratados de inversión como su alcance – material y/o procesal – han sido muy controvertidos, pues los tribunales arbitrales del CIADI (y otros) no han favorecido el desarrollo de una jurisprudencia constante sobre esta cuestión. Como ha señalado B. Stern se trata de una cuestión muy relevante en el arbitraje de inversión, en la medida que puede cambiar la naturaleza del arbitraje internacional en virtud de tratados de inversión, de modo tal que deje de ser un esquema de relaciones bilaterales para convertirse en un sistema multilateral, cercano a una “jurisdicción arbitral obligatoria”⁸⁴.

⁸² Acuerdo para la Promoción y la Protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina (*BOE* 18-11-1992). Argentina alegó que las demandantes no intentaron una solución amigable de la controversia, como lo exigen los Artículos X.1 y X.2 del APPRI, y tampoco sometieron la controversia a los tribunales argentinos durante el período de 18 meses antes de acudir al arbitraje internacional, como prevé el Artículo X.3 del APPRI. Las demandantes presentaron dos argumentos alternativos frente a esta alegación. En primer lugar, invocaron la cláusula de NMF del Artículo IV.2 para beneficiarse de la cláusula de solución de controversias más favorable establecida en otros APPRI concluidos por Argentina. En segundo lugar, en caso de no poder invocar la cláusula de NMF, afirmaban haber satisfecho los requisitos establecidos en el Artículo X o, de no haberlo hecho, deberían ser eximidas de su cumplimiento en atención a su falta de eficacia.

⁸³ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination...*, *loc. cit.*, pág. 30.

⁸⁴ STERN, B., “ICSID Arbitration and the State’s Increasingly Remote Consent: A propos the *Maffezini Case*”, en CHAROVITZ, S., STEGER, D., & VAN den BOSSCHE, P., (Eds.), *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge University Press, 2005, pp. 252-259.

Si observamos el enfoque con el que algunos tribunales del CIADI han abordado la invocación de la “cláusula de NMF”, podemos comprobar que éstos han realizado constantes reenvíos a la jurisprudencia de la CIJ⁸⁵. En concreto, tres son los asuntos conocidos por la CIJ principalmente referidos en las decisiones de los tribunales arbitrales, a saber: *Compañía Petrolera Anglo Irani*⁸⁶, *Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*⁸⁷ y *Ambatielos*⁸⁸.

En cuanto al sistema del CIADI, las diferentes decisiones revelan dos líneas jurisprudenciales independientes que obedecen a dos enfoques distintos. La primera línea de decisiones (hasta ahora, cuantitativamente más numerosa) tiene como *leading case* el *Caso Emilio Agustín Maffezini c. España*⁸⁹. En este último asunto el tribunal arbitral abordó la cuestión relativa a si se puede considerar que las disposiciones sobre solución de controversias previstas en un tratado con un tercer Estado están razonablemente vinculadas con el trato justo y equitativo al que se aplica la “cláusula de NMF” en los tratados básicos sobre comercio, navegación o inversiones, para lo que acudió a la Opinión Consultiva pronunciada por la CIJ en el *Caso de los Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*⁹⁰. La respuesta del tribunal arbitral en *Maffezini* se fundó en una presunción de elusión, a saber: que las disposiciones relativas a la solución de controversias encuadran dentro del ámbito de una disposición sobre la NMF de un tratado de inversión, a menos que se demuestre manifiestamente lo contrario (“*contracting out*”)⁹¹.

Una segunda línea jurisprudencial (con mayor acogida en la jurisprudencia reciente) arranca con la decisión posterior en el *Caso Salini Costruttori S.P.A and Italstrade S.p.A. c. Jordania*⁹², en cuyo razonamiento el tribunal arbitral rechazó el enfoque

⁸⁵ BELLEI TAGLE, C., “La influencia de la jurisprudencia de la Corte...”, *loc. cit.*, p. 48.

⁸⁶ *Caso concerniente a Anglo-Iranian Oil Company (Reino Unido c. Irán)*, Sentencia de 22 de julio de 1952 (Jurisdicción), ICJ, *Reports 1952*, p. 93.

⁸⁷ *Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Francia c. Estados Unidos de América)*, Sentencia, ICJ, *Reports 1952*.

⁸⁸ *Ambatielos (Grecia c. Reino Unido)*, (fondo: obligación de arbitraje), Sentencia, ICJ, *Reports 1952*.

⁸⁹ *Emilio Agustín Maffezini c. España* (Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, de 3-8-2004).

⁹⁰ *Ibid.* 47.

⁹¹ *Emilio Agustín Maffezini c. España* (Caso CIADI ARB/97/7, Decisión del tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, de 25-1-2000, p. 64). Las siguientes decisiones de los tribunales arbitrales reflejan sustancialmente la misma posición, a saber: *Gas Natural SDG, S.A. c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/10, Decisión sobre Jurisdicción, de 17-7-2005, p. 29); *National Grid PLC. c. Argentina* (Caso CNUDMI, Decisión sobre competencia, de 20-6-2006); *Suez-AWG c. Argentina* (Decisión sobre jurisdicción, de 3-8-2006, párs. 46 y ss.); *Siemens A.G. c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión de jurisdicción, de 3-8-2004, p. 103); *MTD Equity Sdn Bhd. y MTD Chile SA c. Chile* (Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo de 25-5-2004); *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e Interaguas Servicios Integrales del Agua, S.A., c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre jurisdicción, de 16-5-2006, párs. 60-66).

⁹² *Salini Costruttori S.P.A and Italstrade S.p.A. c. Jordania* (Caso CIADI No. ARB/02/13, Decisión sobre Jurisdicción, de 29-11-04). Después de la decisión en el *Caso Salini c. Jordania* otras decisiones han respaldado este pronunciamiento, a saber: *Plama Consortium...*, (Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre jurisdicción, de 8-02-2005, párs. 212-213 y 223-227); *Telenor Mobile Communications AS c. Hungría* (ICSID Case No. ARB/04/15, Award of 13-9-2006, párs. 91-92).

amplio adoptado en *Maffezini*, que permite a los inversores incorporar las disposiciones sobre solución de controversias – y su sistema particular de arbitraje – dispuestas en otros tratados de inversión a través de la “cláusula de NMF”. En su análisis sobre si la cláusula de NMF podía aplicarse a las disposiciones procesales, el tribunal arbitral descartó la pertinencia de aplicar los mismos razonamientos contenidos en las decisiones de la CIJ en los *Casos Petrolera Anglo-Iraní y Derechos los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*⁹³. En efecto, para el tribunal arbitral del *Caso Salini* aceptar el enfoque adoptado en *Maffezini* equivaldría a invertir un principio básico del DI, esto es, que el consentimiento del Estado a la jurisdicción arbitral no debe presumirse aceptado.

Asimismo, en el *Caso ICS Inspection c. Argentina*, sustanciado en el marco de un arbitraje ante la CPA, el tribunal arbitral llegó a conclusiones diversas respecto al alcance de la cláusula de NMF. El tribunal arbitral mostró una especial deferencia a los mencionados casos resueltos por la CIJ, señalando claramente que “estos casos deben tenerse en cuenta no sólo como jurisprudencia relativa a la interpretación correcta de las cláusulas de NMF, sino asimismo como *precedentes* que influyeron en la redacción de tratados posteriores”⁹⁴. Sin embargo, el tribunal arbitral, asumiendo la tesis de la demandada⁹⁵, afirmó con rotundidad que el estándar del consentimiento a la jurisdicción internacional está firmemente asentado en el DI general y no varía en función del régimen particular en el que se lo considere (por lo que tampoco varía en el ámbito especializado del arbitraje de inversión). Los términos y las disposiciones de los APPRI deben interpretarse de conformidad con los principios y las normas de DI general, en especial aquéllas de naturaleza sistémica, como las normas relativas al consentimiento del Estado al arbitraje. Por ello, el tribunal arbitral concluyó que “en caso de ambigüedad el consentimiento de un Estado al arbitraje de inversión no se presumirá [...]”, subrayando que la carga de la prueba respecto de la cuestión del consentimiento recae directamente sobre la parte que lo invoque en un título jurídico determinado, por lo que “cuando el demandante no logre probar el consentimiento con suficiente certeza, la competencia será rechazada”⁹⁶.

⁹³ *Salini Costruttori S.P.A...*, (Caso CIADI No ARB/02/13, Decisión sobre Jurisdicción, de 29-11-04, pág. 106).

⁹⁴ *ICS Inspection and Control...*, (Caso CNUDMI/CPA No. 2010-9, Laudo de 10-2-2012, pág. 291). *Cursiva añadida*.

⁹⁵ Argentina, como parte demandada, sostuvo la tesis de que la “cláusula de NMF” no es un acuerdo de arbitraje ni forma parte de la “oferta de arbitraje”, por lo que el consentimiento al arbitraje ha de ser independiente e inequívoco. Argentina hizo referencia expresa a la decisión de la CIJ en el *Caso relativo a Determinadas Cuestiones de Asistencia Mutua en cuestiones Penales (Djibouti c. Francia)*, en la que la CIJ resumió su jurisprudencia en referencia al consentimiento a la jurisdicción internacional de la siguiente manera:

“El consentimiento que le permite a la Corte asumir jurisdicción *debe ser cierto* [...] Como la Corte lo ha explicado recientemente, cualquiera que sea la base del consentimiento la actitud del Estado demandado debe ser capaz de ser considerada como una *indicación inequívoca* del deseo de que el Estado acepte la jurisdicción de la Corte de manera voluntaria e indiscutida”; Sentencia de 4 de junio de 2008, ICJ, *Reports 2008*, pág. 62. *Cursiva añadida*.

⁹⁶ *ICS Inspection and Control...*, (Caso CNUDMI/CPA No. 2010-9, Laudo de 10-2-2012, págs. 279-280).

Este enfoque restrictivo respecto a la perfección del consentimiento al arbitraje fue sostenido en el *Caso relativo a las Actividades Armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda: 2002) (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, en cuya decisión la Corte también consideró la cuestión del consentimiento a la luz del incumplimiento de las condiciones procesales pactadas en el tratado multilateral. En ese asunto la CIJ se pronunció respecto a la ausencia de acuerdo expreso entre las partes en cuanto a la forma y organización del arbitraje, como condición procesal exigida en el Art. 29 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), y a los efectos de la falta de acuerdo para la jurisdicción de la CIJ:

“La Corte destaca, asimismo, que la RDC tampoco logró demostrar intento alguno por su parte de iniciar un proceso arbitral con Ruanda en virtud del Artículo 29 de la Convención. La Corte no puede en este aspecto aceptar el argumento de la RDC según el cual la imposibilidad de abrir negociaciones con Ruanda o avanzar en ellas le impidió contemplar el recurrir al arbitraje; dado que ésta es una condición formalmente establecida en el Artículo 29 de la Convención sobre Discriminación contra la Mujer, *la ausencia de acuerdo entre las partes en cuanto a la organización de un proceso arbitral no puede presumirse*. La existencia de tal desacuerdo puede derivar exclusivamente de una propuesta de arbitraje por parte del solicitante, a la que la parte demandada no ha respondido ni ha expresado su intención de no aceptar [...]”⁹⁷.

Más aún, en este mismo asunto la Corte afirmó que la satisfacción de una disposición sobre solución de controversias es una *conditio sine qua non* para el ejercicio de la jurisdicción por parte de *cualquier* tribunal internacional⁹⁸.

Mutatis mutandis, en *ICS c. Argentina* el tribunal arbitral *ad hoc* señaló que la cláusula de NMF no puede aplicarse con la finalidad de modificar una cláusula jurisdiccional, a menos que exista una disposición expresa en tal sentido. En su interpretación el tribunal arbitral enfatizó que esa es la manera en la que opera el principio del consentimiento a la jurisdicción internacional, en la medida que:

“[...] Este principio deriva de la ausencia de un “*default forum*” (foro por defecto) para la presentación de reclamos en virtud del derecho internacional (...). Así, la inexistencia de un foro ante el cual presentar reclamos sustantivos válidos es un estado de situación normal en la esfera internacional. Por lo tanto, una resolución de falta de jurisdicción no debería considerarse un defecto del esquema de un tratado que se contraponen a su objeto y fin al momento de establecer protección sustantiva para las inversiones”⁹⁹.

⁹⁷ *Caso relativo a las Actividades Armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda: 2002) (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, Sentencia de 3 de febrero de 2006, párs. 91-93 (Cursiva añadida). En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte en el *Caso sobre las Cuestiones relativas a la obligación de procesar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*. En este asunto la Corte considera que la nota verbal de 20 de junio de 2006 contiene un ofrecimiento explícito de Bélgica a Senegal de recurrir al arbitraje, en virtud del Artículo 30.1 de la Convención contra la Tortura. En este caso la falta de acuerdo sobre la “organización de un arbitraje” entre las Partes quedó claramente manifiesta, lo que resulta de la falta de respuesta de Senegal ante la propuesta belga de arbitraje: *ibíd.*, pág. 61.

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ *ICS Inspection and Control...*, (Caso CNUDMI/CPA No. 2010-9, Laudo de 10-2-2012, pág. 281).

El tribunal arbitral recordó el planteamiento asumido por la CIJ en el *Caso relativo a las Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda: 2002) (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, con respecto a la relación entre las normas imperativas y *erga omnes* del DI general y el principio del consentimiento a la jurisdicción de la Corte. En este asunto la Corte se pronunció sobre esta relación entre principios y normas, subrayando que el carácter de la norma de DI aplicable (*ius cogens*) o la naturaleza de las obligaciones internacionales invocadas (*erga omnes*), y la regla del consentimiento a la jurisdicción son dos cosas diferentes¹⁰⁰, tal como fue previamente clarificado en el *Caso de Timor Oriental*¹⁰¹. Siguiendo la *ratio decidendi* de la CIJ como argumento central en su razonamiento el tribunal arbitral sostuvo que: “[u]n consentimiento presunto no es considerado como suficiente, porque los tribunales no pueden presumir una restricción cualquiera a la independencia de un Estado, que no haya sido consentida”¹⁰². Esto se aplicaría tanto a las restricciones del derecho material como también a las que resultan de la participación de un Estado en un determinado título jurisdiccional, como la cláusula sobre solución de controversias dispuesta en un APPRI¹⁰³.

De igual modo, en el *Caso Wintershall c. Argentina* el tribunal arbitral del CIADI utilizó este mismo razonamiento como argumento esencial para sostener que la “cláusula de NMF” no se extiende a las cuestiones adjetivas o procesales, en atención a la importancia fundamental que los Estados contratantes asignaron al requisito del plazo de los 18 meses estipulado en el tratado de inversión (Artículo 10(2), el cual “forma parte de la ‘oferta’ integral de Argentina para someter la disputa al arbitraje del CIADI”¹⁰⁴. Para fundar su razonamiento el tribunal del CIADI hizo mención expresa a la Sentencia de la CPJI emitida en el *Caso Fosfatos de Marruecos (Italia c. Francia)*, en la que dicho órgano judicial sostuvo que una cláusula jurisdiccional no debe interpretarse “en ningún caso de manera que vaya más allá de la intención de los Estados que la suscribieron”¹⁰⁵. Por lo tanto, la obligación de litigar ante los tribunales internos durante 18 meses prevista en el APPRI constituye un requisito jurisdiccional, sin el cual el consentimiento al arbitraje no llega a perfeccionarse.

En definitiva, en el marco de esta línea jurisprudencial no se considera suficiente la aceptación del arbitraje cuando se trate de un consentimiento “meramente presunto”. Entre la doctrina especializada, C. McLachlan, L. Shore y M. Weiniger señalan la conformidad de esta línea jurisprudencial con el DI general, afirmando que debe preferirse el razonamiento del tribunal en el *Caso Plama* al del *Caso Maffezini*. En efecto, partiendo del fallo de la CIJ en el *Caso de Timor Oriental – leading case* en la

¹⁰⁰ *Caso relativo a las Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda: 2002)...*, loc. cit., p. 64.

¹⁰¹ *Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, Sentencia, ICJ Reports 1995, p. 29.

¹⁰² *ICS Inspection and Control...*, (Caso CNUDMI/CPA No. 2010-9, Laudo de 10-2-2012, p. 160). El tribunal hizo expresa referencia a la Sentencia de la CPJI en el *Caso Lotus*, CPJI 1927, Series A, No. 10, p. 18.

¹⁰³ Véase el fallo de la CIJ en el *Caso del Incidente Aéreo de 27 de julio de 1955 (Israel c. Bulgaria)*, Objeciones Preliminares, Sentencia de 26 de mayo, ICJ, Reports 1959, p. 142.

¹⁰⁴ *Wintershall c. Argentina...*, (Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo de 8-12-2008, p. 162).

¹⁰⁵ *Phosphates du Maroc (Exceptions préliminaires)*, Arrêt du 14 Juin 1938, CPJI 1938, Series A/B, p. 33.

materia – se ha señalado que el ámbito de aplicación de una obligación sustantiva es una cuestión totalmente distinta del otorgamiento de jurisdicción a un tribunal internacional, puesto que en el DI la jurisdicción depende únicamente del consentimiento del Estado. Es cierto que éste es un concepto difícil de concretar en el arbitraje de inversiones. Si consideramos la habitual falta de acuerdo entre el inversor y el Estado receptor, el consentimiento debe interpretarse a partir del consentimiento prestado por el Estado en un tratado, y el consentimiento posterior, manifestado por el inversor en el momento de someter la reclamación al arbitraje. Por ello, el alcance del consentimiento al arbitraje debe interpretarse en sentido estricto. Ello implica que, en general, una cláusula de NMF no debe operar como modo de reemplazar un medio de solución de controversias por otro, pues el consentimiento al arbitraje debe ser claro e inequívoco, aun cuando se exprese por incorporación o referencia¹⁰⁶. En este sentido, G. Kaufmann-Kohler ha aportado una solución intermedia a esta controvertida cuestión, afirmando que ambas tendencias podían combinarse en la siguiente regla: “MFN clauses *can* be used to overcome waiting periods and similar admissibility requirements, but *not* to replace, in whole or part, the dispute resolution mechanism provided in the treaty upon which jurisdiction is based”¹⁰⁷.

En todo caso, pese a que sigue siendo una cuestión todavía no resuelta, la amplia consideración de la jurisprudencia de la CIJ por los tribunales del CIADI sí revela una clara voluntad por seguir las pautas establecidas por la CIJ en esta materia, con el fin de resolver las distintas aproximaciones respecto al alcance del consentimiento del Estado al arbitraje de inversión. Esta intensa recepción de las decisiones de la CIJ nos permite afirmar que el sistema arbitral del CIADI ha contribuido a evitar la fragmentación del DI mediante la aplicación de normas y principios de naturaleza sistémica (como el consentimiento del Estado a la jurisdicción internacional), en el régimen del arbitraje de inversión¹⁰⁸. Aunque las reflexiones precedentes se ciñen a las cuestiones de tipo jurisdiccional, este amplio uso de la jurisprudencia de la CIJ por los tribunales del CIADI pone de relieve que la sectorialización puede abordarse como un problema técnico, y controlarse mediante técnicas como la *consistencia externa*, que trata de armonizar las decisiones de los distintos tribunales arbitrales considerando cómo otros tribunales “externos” han resuelto una misma cuestión en su jurisprudencia¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Mc LACHLAN, C., SHORE, L., & WEINIGER, M., *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, p. 256.

¹⁰⁷ “Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?,...”, *loc. cit.*, p. 371.

¹⁰⁸ Como observó O.K. FAUCHALD: “[...] the extent to which ICSID tribunals considered and took into account case law from other tribunals, *in particular ICJ*, indicates that most ICSID tribunals showed a general willingness to follow the lead of other international tribunals and to contribute to the general development of international law (...). These findings indicate that ICSID tribunals are far from establishing a ‘self-contained regime’: ‘The Legal Reasoning of ICSID Tribunals...’”, *loc. cit.* p. 343. Cursiva añadida.

¹⁰⁹ Esta es la aproximación que ha adoptado con buen criterio la CDI cuando se ha ocupado del tema, salvando siempre la unidad del DI: Ver el Capítulo XII del Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones (“Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, 61º período de sesiones*, Suplemento nº 10 (A/61/10), pp. 441-465, párs. 241-250. Por la doctrina, O. CASANOVAS, *Unity and Pluralism in Public International Law*, The Hague, 2001, pp. 65-67.

V. LA JURISDICCIÓN CAUTELAR DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES DEL CIADI: EFECTOS Y REQUISITOS PARA ADOPTAR MEDIDAS PROVISIONALES

1. El carácter obligatorio de las medidas provisionales

También en el marco de su jurisdicción cautelar los tribunales arbitrales del CIADI han importado a este régimen especializado las conclusiones contenidas en las decisiones de la CIJ, haciendo suyos aquellos razonamientos que han venido a resolver cuestiones jurídicas discutidas por la doctrina y jurisprudencia, como son los efectos obligatorios de las medidas provisionales ordenadas por el tribunal arbitral. Desde una perspectiva general, este debate quedó zanjado de manera definitiva en la histórica decisión dictada por la CIJ en el *Caso LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América)*, en el que este órgano judicial puso fin al debate doctrinal afirmando con rotundidad que las medidas provisionales indicadas por la CIJ tienen “carácter obligatorio”¹¹⁰.

En el ámbito del arbitraje de inversión, incluso con anterioridad al *Caso LaGrand*, algunos tribunales del CIADI actuaron con una lógica parecida a la sostenida por la CIJ en aquel asunto, si bien haciendo mención a las consecuencias derivadas del desacato de tales medidas más que a la obligatoriedad de su cumplimiento. Por ejemplo, en *MINE c. Guinea* el tribunal arbitral manifestó que el incumplimiento por parte de una de las partes de las recomendaciones sobre medidas provisionales sería considerada al momento de decidir sobre el fondo de la controversia¹¹¹. Un enfoque más próximo al pronunciamiento de la CIJ en *LaGrand* se adoptó en el *Caso Maffezini c. España*, si bien en este asunto el tribunal arbitral del CIADI no mencionó la decisión de la Corte en el *Caso LaGrand*¹¹².

No obstante, la recepción íntegra por la jurisprudencia del CIADI del precedente judicial establecido por la CIJ se produjo con ocasión del *Caso Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile*. En este asunto el tribunal arbitral recogió como argumento esencial en su discurso la interpretación realizada en *LaGrand*, concluyendo al respecto que: “Este asunto, que ha suscitado tanta polémica en la doctrina, puede decirse que ya ha quedado resuelto a la luz de la jurisprudencia (...)”; en particular, “a la luz de una sentencia recientemente dictada por la Corte Internacional de Justicia”¹¹³ [*LaGrand*], solución que puede aplicarse por analogía al Artículo 47 del Convenio CIADI.

¹¹⁰ *LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América)*, Sentencia de 27 de junio de 2001, ICJ, *Reports 2001*, párr. 102.

¹¹¹ *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Guinea* (ICSID Case No. ARB/84/4, Decision on the Application by Guinea for Partial Annulment of the Arbitral Award dated January 6, 1988, párrs. 4.08-4.12).

¹¹² *Emilio Agustín Maffezini c. España* (Caso CIADI No. ARB/97/7, Resolución Procesal No. 2, de 28-10-99, párr. 9): “La autoridad del Tribunal para decidir sobre la adopción de medidas provisionales no es menos obligatoria que la de un laudo arbitral definitivo. Por consiguiente, para los efectos de la presente Resolución Procesal, el tribunal estima que la palabra “recomendar” tiene un valor equivalente a la palabra “dictar”.

¹¹³ *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (Caso CIADI No. ARB/98/2, Decisión sobre Medidas Provisionales, de 25-09-2001, párr. 17).

Con la “autoridad persuasiva” que ofrecen las órdenes de la CIJ, los tribunales arbitrales del CIADI subsiguientes han seguido una línea jurisprudencial que reconoce el carácter obligatorio de las medidas provisionales. Así lo reconoció el tribunal arbitral en el *Caso Tokio Tokelés c. Ucrania*, pronunciándose sobre el particular como sigue:

“Corresponde recordar que conforme a un principio firmemente establecido por la jurisprudencia de los tribunales del CIADI, las medidas provisionales ‘recomendadas’ por un tribunal arbitral del CIADI son jurídicamente obligatorias; en efecto, han sido ‘ordenadas’ por el tribunal y las partes tienen la obligación jurídica de cumplirlas”¹¹⁴.

2. Los requisitos para adoptar medidas provisionales

Otro de los aspectos procesales que los tribunales arbitrales del CIADI han extrapolado de la práctica de la CIJ ha sido el estándar utilizado para adoptar medidas provisionales. Cabe recordar que el estándar que debe satisfacerse para adoptar medidas cautelares fue un tema no resuelto en el Convenio CIADI¹¹⁵. Pese a ello, en el *Caso Pey Casado c. Chile* el razonamiento del tribunal estuvo notoriamente inspirado por las decisiones de la CIJ a la hora de afirmar su jurisdicción cautelar de conformidad con el Artículo 41 de su Estatuto. En relación al contenido jurídico del Artículo 47 del Convenio CIADI, el tribunal afirmó que:

“is not an innovation in the history of international jurisdiction; it is directly inspired by Article 41 of the Statute of the International Court of Justice, hence the particular importance that can be accorded to the judgements given in the past by the Court”¹¹⁶.

Esta interesante decisión quedó confirmada en el *Caso CEMEX Caracas Investments B.V. y CEMEX Caracas II Investments B.V. c. Venezuela* en relación con los requisitos para activar el Artículo 47 del Convenio del CIADI. El tribunal del CIADI – presidido por el ex Juez de la CIJ, G. Guillaume – hizo referencia expresa a la decisión de la Corte en el *Caso de las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*,

¹¹⁴ *Tokios Tokelés c. Ucrania* (ICSID Case No. ARB/02/18, Request for Provisional Measures, Order No. 1, 1-07-2003, párr. 4). En perspectiva idéntica con el *Caso Tokio Tokelés c. Ucrania*, el tribunal arbitral en el *Caso Occidental c. Ecuador* manifestó lo siguiente: “El Tribunal desea dejar claro, para evitar dudas, que si bien en el Artículo 47 del Convenio del CIADI se utiliza el vocablo “recomendar”, el tribunal en realidad tiene la potestad de ordenar medidas provisionales. Así lo han reconocido numerosos tribunales internacionales (...): *Occidental Petroleum Corporation (OCP) y Occidental Exploration and Production Company (OPEC) c. Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre medidas provisionales, de 17-8-2007, párr. 58). De igual manera, puede verse el *Caso City Oriente Ltd c. Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, (Caso CIADI No. ARB/06/21, Decisión sobre Medidas Provisionales, de 19-11-2007, párr. 92); así como el *Caso Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, (Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre Medidas Provisionales, de 8-5-2009, párr. 67).

¹¹⁵ Ni tampoco de la revisión de los trabajos preparatorios se aprecia una posición clara sobre esta cuestión: véase *History of the ICSID Convention*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Washington, D.C., 1970. Doc. 25, Vol. II, pp. 268-270, Vol. III, pp. 94 y 96. Doc. 27, Vol. II, pp. 337- 338 y 347, Vol. IV, pp. 103-105 y 115 Doc. 29, Vol. II, p. 442, Vol. III, p. 198. Doc., 31, Vol. II, pp. 515-516, 518 y 523, Vol. III, pp. 315-318 y 325. Doc. 33, párrs. 70-72, Vol. II, pp. 573, Vol. III, pp. 384, Vol. IV, pp. 160-161.

¹¹⁶ *Víctor Pey Casado...*, (Caso CIADI No. ARB/98/2, Decisión sobre Medidas Provisionales, de 25-9-2001, párr. 2).

adoptando el estándar generalmente establecido por la CIJ para ordenar medidas cautelares, consistente en la necesidad de evitar un “daño irreparable” a los derechos de las partes hasta que se dicte una decisión sobre el fondo¹¹⁷. Si bien el criterio del “daño irreparable” no es el único estándar que manejan los tribunales del CIADI¹¹⁸, sí es el más comúnmente utilizado para determinar si se debe ordenar una medida cautelar, tanto por parte de los tribunales del CIADI¹¹⁹ como por la CIJ¹²⁰.

Como se ha dicho, en el *Caso CEMEX c. Venezuela* el tribunal aplicó el estándar del “daño irreparable” como criterio para determinar la necesidad que exige el Artículo 47 del Convenio CIADI para adoptar medidas cautelares¹²¹. Después de hacerlo, el tribunal arbitral se hizo eco de una distinción seguida por la CIJ entre dos tipos de situaciones, razonando lo siguiente:

¹¹⁷ *Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, Auto de medidas provisionales de 23-1-2007, ICJ, *Reports 2007*, p. 11, párs. 31-32.

¹¹⁸ En efecto, los tribunales del CIADI también utilizan otros criterios diferentes al “daño irreparable”. Por ejemplo, en el *Caso Víctor Pey Casado c. Chile* la valoración de la adopción de la medida siguió un análisis comparativo y si la preocupación esgrimida era “hipotética”, lo cual no justificaría la medida: *Víctor Pey Casado...*, (Caso CIADI No. ARB/98/2, Decisión sobre Medidas Provisionales, de 25-9-2001, párs. 66 y 89); una aproximación similar se siguió en el *Caso Maffezini c. España*, en donde el énfasis fue sobre la existencia de los derechos o que el temor no se considerara “hipotético”: *Emilio Agustín Maffezini c. España* (Caso CIADI No. ARB/97/7, Resolución Procesal No. 2, de 28-10-99, párs. 13 y 16).

¹¹⁹ *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre Medidas Provisionales, Orden del 17-8-2007, p. 59); *CEMEX Caracas Investments B.V. y CEMEX Caracas II Investments B.V. c. Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/08/15, Decisión sobre Medidas provisionales, Orden de 3-03-2010, p. 41); *Tokios Tokelés c. Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/02/18, Orden Procesal No. 3, de 18-1-2005, p. 8); *Plama Consortium Ltd. c. Bulgaria* (Caso CIADI No. ARB/03/24, Orden del 6-9-2005, p. 38); *Burlington Resources Inc. y otros c. Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*, (Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión Procesal No. 1 sobre la Solicitud de Medidas Precautorias, de 29-6-2009, p. 82); *Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, (Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre Medidas Precautorias, de 8-5-2009, p. 43); *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Bolivia* (Caso CIADI ARB/06/2, Decisión sobre Medidas Provisionales, de 26-2-2010, p. 156).

¹²⁰ Como puede observarse, en el caso de la CIJ la mayoría de los casos que han abordado el problema lo han hecho bajo el prisma del “daño irreparable”: *Caso relativo a Determinadas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)*, y *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del Río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, Medidas provisionales, Orden de 16 de julio de 2013, CIJ, *Recueil 2013*, párs. 34-35; *Questions concernant l’obligation de poursuivre ou d’extrader (Belgique c. Sénégal)*, mesures conservatoires, Ordonnance du 28 mai 2009, CIJ, *Recueil 2009*, párs. 62-63 y 72; *Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, Medidas provisionales, Orden de 13 de julio de 2006, ICJ, *Reports 2006*, p. 62; *Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, Medidas provisionales, Orden de 23 de enero de 2007, CIJ, *Recueil 2007*, p. 50; *Affaire relative à l’Application de la Convention Internationale sur l’Elimination de toutes les formes de Discrimination Raciale (Georgie c. Federation de Russie)*, mesures conservatoires, Ordonnance du 15 octobre 2008, CIJ, *Recueil 2008*, párs. 24, 118 y 129.

¹²¹ *CEMEX Caracas...*, p. 58. En concreto, el tribunal se pronunció en los siguientes términos: “The Tribunal observes that this request for provisional measures is based on the fact that Venezuela’s efforts to seize the Vessels or other former assets will, if they succeed, “increase the Claimants’ damages” to be awarded by the Tribunal. According to the Claimants themselves, the only consequence for them of those seizures would be a financial loss. Such a loss could be readily compensated by a damages award. Thus, the alleged harm is not “irreparable” and there is neither necessity, nor urgency to grant the requested provisional measures”.

“[...] Los Tribunales del CIADI, al considerar las acciones gubernamentales que pudieron haber violado un derecho o causado un daño, distinguen entre:

- (a) Situaciones en donde el perjuicio invocado puede ser compensado de inmediato mediante una condena en daños;
- (b) Y aquellas en donde existe un riesgo grave de destrucción de una empresa que constituye la inversión.

En la primera categoría de casos, las medidas precautorias fueron negadas por la ausencia de un “daño irreparable”. En la segunda categoría de casos las medidas fueron otorgadas, para lo cual los tribunales utilizaron otros estándares – aunque podrían haber basado su decisión en el hecho de que la destrucción de la empresa que constituía la inversión hubiera creado un “daño irreparable”¹²².

Quizás la razón por la que los tribunales arbitrales del CIADI utilizan dicho criterio radica en que una rebaja del estándar – de por sí elevado – del “daño irreparable”, podría tener el efecto de promover una mayor litigiosidad en esta fase del procedimiento.

Además, los tribunales del CIADI también suelen seguir el estándar utilizado en la jurisprudencia de la CIJ respecto a la potestad para dictar otras medidas tendentes a evitar la “extensión” o “agravación” de la controversia. Dicho estándar quedó sintetizado en el *Caso relativo a determinados procedimientos penales en Francia (República Democrática del Congo c. Francia)*, en el cual la CIJ afirmó lo siguiente:

“Considerando que, independientemente de las solicitudes de medidas provisionales presentadas por las partes para preservar derechos específicos, la Corte tiene el poder de ordenar medidas provisionales en base a lo establecido por el Artículo 41 del Estatuto, con la finalidad de prevenir la agravación o extensión de la controversia cuando considere que las circunstancias así lo requieren [...]”¹²³.

En efecto, en ejercicio de dicha facultad los tribunales arbitrales pueden recomendar otras medidas destinadas a evitar la agravación o extensión de la controversia. Así, por ejemplo, resulta interesante el *Caso CEMEX c. Venezuela*, por cuanto en esta decisión el tribunal del CIADI recogió íntegramente la Orden de la CIJ emitida en el *Caso de las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*¹²⁴. En concreto, el tribunal arbitral afirmó lo siguiente:

“64. This question has recently been examined by the International Court of Justice in the *Pulp Mills* case. The Court recalled that it ‘has on several occasions issued provisional measures directing the parties not to take any actions which could aggravate or extend the dispute or render more difficult its settlement’. It also observed that ‘in those cases, provisional measures other than measures directing the parties not to take actions to aggravate or extend the dispute or to render more difficult its settlement were also indicated.’ Then the Court noted that: ‘it has not found that at present there is an imminent risk of irreparable prejudice to the rights of Uruguay in dispute.’ In the absence of

¹²² *Ibid*, p. 55.

¹²³ *Certaines procédures pénales engagées en France (Republique du Congo c. France)*, mesure conservatoire, Ordonnance du 17 juin 2003, CIJ, *Recueil* 2003, p. 39.

¹²⁴ *Plantas de Celulosa en el Río Uruguay...*, *loc. cit.*, p. 16, p. 49.

provisional measures indicated on that basis, the Court decided it had no power to indicate provisional measures relating to the “aggravation or extension of the dispute”.

65. *This Tribunal sees no reason to take a different position.* It recalls that Article 47 of the ICSID Convention does give ICSID Arbitral Tribunals power to recommend measures directed at the preservation of the rights of the parties. In exercising this power, ICSID Tribunals may recommend measures *in order to avoid the aggravation or extension of the dispute*. But those ‘non-aggravation’ measures are ancillary measures which cannot be recommended in the absence of measures of a purely protective or preservative kind¹²⁵.

Siguiendo la *ratio decidendi* sostenida por la CIJ en la Orden dictada el *Caso de las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay*, el tribunal arbitral del CIADI asumió la naturaleza “auxiliar” de este tipo de medidas, reiterando al mismo tiempo que las medidas cautelares de esta naturaleza no podrían ser ordenadas en ausencia de aquellas otras dirigidas a proteger los derechos de las partes.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

1. El análisis de la jurisprudencia más reciente de los tribunales arbitrales del CIADI pone de relieve que el consentimiento del Estado sigue siendo la piedra angular en la que descansa el arbitraje de inversión, por lo que su relevancia fundamental no varía en función del sector del ordenamiento en el que se lo considera. Los APPRI son tratados internacionales y, como tales, los términos y las disposiciones de los mismos se han de interpretar conforme a las reglas y principios de DI general aplicables entre las partes¹²⁶. En especial, conforme a aquellas reglas y principios de naturaleza sistémica, como es el principio del consentimiento del Estado al arbitraje internacional.

2. Asimismo, la dimensión institucional de los tribunales arbitrales constituidos al amparo del CIADI ha contribuido a la consolidación de cierta jurisprudencia especializada respecto a aquellas cuestiones que afectan a la competencia del tribunal. En efecto, a diferencia de lo que sucede con las cuestiones sustantivas – esencialmente

¹²⁵ *CEMEX Caracas...*, (Caso CIADI No. ARB/08/15, Decisión sobre Medidas provisionales, Orden de 3-3-2010, párs. 64 y 65). Cursiva añadida.

¹²⁶ Se trata de una referencia comúnmente prevista en la práctica convencional española. Resulta usual que las cláusulas sobre solución de controversias entre inversor y el Estado dispuestas en los APPRI’s concluidos por España con distintos Estados se refieran expresamente a que el “arbitraje se basará” en las “reglas y los principios generalmente admitidos de Derecho Internacional”, entre los que figura el principio del consentimiento del Estado a la jurisdicción arbitral, *ad exemplum*: Artículo 11.3 del APPRI celebrado entre España y Albania (BOE 13-2-2004); Artículo 11.3 del APPRI celebrado entre España y Bolivia (BOE 15-10-2002); Artículo 11.4 del APPRI celebrado entre España y Bosnia-Herzegovina (BOE 3-7-2003); Artículo 10.9 del APPRI celebrado entre España y Colombia (BOE 12-9-2007); Artículo 9.3 del APPRI celebrado entre España y China (BOE 8-7-2008); Artículo XV.1 del APPRI celebrado entre España y México (BOE 3-4-2008); Artículo 12.5 del APPRI celebrado entre España y Marruecos (BOE 11-4-2005); Artículo 11.3 del APPRI celebrado entre España y Moldavia (BOE 12-2-2007); Artículo 11.3 del APPRI celebrado entre España y Montenegro (BOE 4-6-2004); Artículo 11.2 del APPRI celebrado entre España y la República Dominicana (BOE 22-11-1996); Artículo 11.3 del APPRI celebrado entre España y Sudáfrica (BOE 31-1-2000); Artículo IX.3.c) del APPRI celebrado entre España y Turquía (BOE 24-3-1998); Artículo 11.4.b) del APPRI celebrado entre España y Venezuela (BOE 13-10-1997); Artículo 10.5 del APPRI celebrado entre España y Vietnam (BOE 17-12-2011).

gobernadas por los APPRI –, resulta más fácil lograr cierta consistencia respecto a las cuestiones de jurisdicción *lato sensu*, pues las reglas procedimentales son más proclives a interpretarse de manera uniforme. A dicha consistencia ha contribuido destacadamente la “jurisprudencia externa” de la CIJ.

3. Con respecto al tratamiento de las objeciones preliminares, los tribunales del CIADI vienen aplicando el test utilizado por la CIJ para revisar su jurisdicción *prima facie*. Este criterio, formulado en el *Caso de las Plataformas Petrolíferas*, supone que en fase jurisdiccional el demandante sólo debe demostrar que su reclamación constituye una violación *prima facie* del tratado, lo que permite mantener la separación entre la fase jurisdiccional y la del fondo. Asimismo, respecto a la manifestación de una controversia en el contexto de un tratado específico de inversión, los tribunales arbitrales han acogido la jurisprudencia de la CIJ, especialmente a partir del *Caso relativo a la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, que sostiene que no es posible que surja una controversia jurídica entre las partes sin la previa alegación de una violación específica del tratado.

4. Por otra parte, la jurisprudencia del CIADI pone de relieve que cuando el consentimiento al arbitraje queda sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos procesales, tales requisitos forman parte de la oferta arbitral realizada, al margen del tipo de precondition que fuere (negociaciones y consultas previas, “*cooling-off-period*” o sumisión previa a los tribunales internos del Estado receptor). La influencia de la jurisprudencia de la CIJ se manifiesta en el enfoque adoptado por los tribunales del CIADI respecto a la satisfacción de las condiciones procesales previas, cuyo incumplimiento determina la falta de competencia del tribunal. La práctica arbitral reciente es más proclive a la aplicación de un criterio jurisdiccional y no meramente “procedimental”, en línea con lo establecido por la CIJ en el *Caso relativo a las Acciones armadas en el territorio del Congo (Nueva demanda: 2002)*. En virtud de este criterio, se considera que “cualquier” precondition establecida en el tratado de inversión limita el alcance del consentimiento del Estado a la jurisdicción arbitral, por lo que su inobservancia conlleva la falta de competencia del tribunal arbitral.

5. En cuanto al controvertido alcance (material y/o procesal) de la cláusula de NMF, los tribunales arbitrales del CIADI han ofrecido distintas respuestas para determinar si la cláusula de NMF puede aplicarse a las disposiciones sobre la solución de controversias contenidas en los tratados de inversión. Ahora bien, el enfoque ampliamente aceptado hoy día sigue la línea argumental sostenida por la Corte en el *Caso de Timor Oriental – leading case* en la materia –, que considera que el consentimiento al arbitraje no debe presumirse. Ello supone que es preferible el razonamiento seguido en el *Caso Plama* que el apuntado en *Maffezini*, pues la primera decisión refleja de manera más precisa la intención de los Estados respecto al alcance de su consentimiento al arbitraje. Se trata de un enfoque restrictivo, que sugiere que cada cláusula prevista en un tratado de inversión instaura un sistema de arbitraje diferente en relación con el previsto en cualquier otro tratado. Por tanto, y salvo que los Estados lo dispongan expresamente, la cláusula de NMF no puede utilizarse para reemplazar las disposiciones sobre solución

de controversias previstas en el tratado “de base”, pues este último es el que fundamenta la jurisdicción del tribunal arbitral¹²⁷.

6. En relación a los efectos de las medidas provisionales ordenadas por un tribunal arbitral, la práctica del CIADI manifiesta la recepción íntegra del precedente judicial de la CIJ asentado en el *Caso LaGrand*. Así, a partir del *Caso Pey Casado c. Chile* los tribunales del CIADI han seguido una práctica constante que reconoce el carácter obligatorio de las medidas provisionales ordenadas conforme al Artículo 47 del Convenio CIADI. En cuanto a los requisitos para adoptar medidas provisionales los tribunales arbitrales del CIADI recurren frecuentemente al estándar establecido por la CIJ en el *Caso de las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay*, consistente en la necesidad de evitar un “daño irreparable” para los derechos de las partes, al menos hasta que se dicte una decisión sobre el fondo del asunto.

7. En conclusión, la amplia consideración de la jurisprudencia de la CIJ en cuestiones de jurisdicción *lato sensu* por los tribunales del CIADI nos lleva a afirmar que, lejos de funcionar como una “jurisdicción aislada”, el sistema descentralizado del CIADI ha contribuido a reforzar la seguridad jurídica en el ámbito del arbitraje de inversiones, al menos en lo referente a las cuestiones de naturaleza jurisdiccional. Ahora bien, esta realidad jurídica es percibida de manera diversa entre la doctrina. Mientras algunos autores se muestran más cautos en su visión al sostener que: “ICSID tribunals refer to the ICJ case law in a pragmatic manner, without resorting to predetermined methods; it is never a mere ‘application’ of the Court’s jurisprudence, but it constitutes a subsidiary means for determination of rules of law, to use the formula in Article 38(1) (d) of the Statute of the ICJ”¹²⁸. En cambio, otros concluyen de manera más optimista que está emergiendo una suerte de “*common law of international adjudication*”, mediante una práctica en virtud de la cual la resolución de una cuestión por un tribunal internacional a menudo se realiza considerando cómo otros tribunales han resuelto esa misma cuestión, en atención a aspectos como las similitudes en el procedimiento a aplicar, el derecho aplicable o las funciones que desempeñan dichos tribunales en el ordenamiento internacional o en un subsistema jurídico particular¹²⁹.

¹²⁷ Véase en este sentido Mc LACHLAN, C.; SHORE, L., & WEINIGER, M., *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford, 2007, p. 256.

¹²⁸ PELLET, A., “The Case Law of the ICJ in Investment ...”, *loc. cit.*, p. 239.

¹²⁹ BROWN, Ch., *A Common Law of International Adjudication*, Oxford University Press, 2007, pp. 226-234. Véase también SHANY, Y., *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2003, pp. 110-112.