

LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS MODELOS DE APPRI: CLÁUSULAS TRADICIONALES Y NUEVAS TENDENCIAS

DISPUTE SETTLEMENT CLAUSES IN MODEL BITS: TRADITIONAL CLAUSES AND NEW TRENDS

Millán Requena Casanova*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE ESTADOS EN LOS MODELOS DE APPRI. III. NUEVAS TENDENCIAS EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE ESTADOS. IV. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO EN LOS MODELOS DE APPRI. V. NUEVAS TENDENCIAS EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO. VI. CONSIDERACIONES FINALES

RESUMEN: El trabajo analiza las disposiciones que regulan la solución de controversias en los modelos de APPRI articuladas en torno a dos mecanismos distintos, esto es, uno para las controversias que surjan entre los Estados parte en el tratado y otro diferente para las controversias entre un inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión. Cada vez son más los Estados que incorporan en su modelo de APPRI disposiciones procesales precisas y detalladas, en especial por lo que respecta a las cláusulas de solución de controversias inversor-Estado. En este sentido, se aprecia una creciente tendencia entre los Estados por introducir ciertos elementos de flexibilidad en las disposiciones procesales más típicas recogidas en los modelos de APPRI, mientras que las innovaciones más significativas en esta materia provienen de los modelos de los Estados norteamericanos, referidas sobre todo a la promoción de la transparencia y la economía procesal en el arbitraje inversor-Estado.

ABSTRACT: This paper addresses those provisions in model BITs relating dispute settlement procedures, particularly provisions under the following two mechanisms: on the one hand, mechanisms for the settlement of disputes between contracting parties concerning the interpretation or application of the BIT; on the other hand, mechanisms for investor-State dispute settlement. An increasing number of States include in their model BITs precise and detailed procedural provisions, especially as to clauses for the settlement of disputes between the investor and the host State. In this sense, the trend moves towards States introducing flexibility in certain elements of the most common procedural provisions in model BITs. Likewise, the most significant innovations may be appreciated in model BITs of North-American States referring to the promotion of transparency and procedural economy in investor-State arbitration.

PALABRAS CLAVE: solución de controversias; modelos de APPRI; arbitraje interestatal; arbitraje de inversiones

KEYWORDS: *dispute settlement; model BITs; interstate arbitration; investment arbitration*

Fecha de recepción del original: 23 de octubre de 2012. Fecha de aceptación de la versión final: 7 de diciembre de 2012.

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

I. INTRODUCCIÓN

Los primeros precedentes en la práctica convencional en orden a abordar la cuestión de la solución de las controversias relativas a inversiones extranjeras lo encontramos en los “Tratados de amistad, comercio y navegación”, concluidos sobre todo tras la Segunda Guerra mundial por las principales potencias comerciales con los países donde se concentraban sus intereses económicos. En estos acuerdos se trataba la cuestión de la solución de las controversias con gran uniformidad, si bien los mecanismos de solución que contenían sus cláusulas sólo abarcaban las disputas relativas a la interpretación o aplicación de las disposiciones del tratado, por lo general mediante el recurso a las negociaciones diplomáticas.

Al igual que los Tratados de amistad, comercio y navegación, los modernos Acuerdos para la promoción y la protección recíproca de las inversiones (a los que nos referimos, como tratados bilaterales de inversiones o APPRI), también dedican algunas disposiciones a la solución de controversias derivadas de la interpretación o aplicación del acuerdo. Sin embargo, a diferencia de los primeros, los APPRI se dirigen de manera específica a la protección y promoción de las inversiones extranjeras, por lo que la solución de las controversias entre los inversores extranjeros y el Estado receptor de la inversión es objeto de una regulación más elaborada, con el fin de dotar de seguridad jurídica a las relaciones económicas y crear un foro predeterminado para la aplicación del tratado en caso de disputa.

En las dos últimas décadas se ha generalizado entre los Estados la elaboración de modelos nacionales de APPRI que sirven de guía a la política convencional de los Estados en el ámbito de la promoción y protección de las inversiones extranjeras en sus negociaciones con terceros países. En este contexto, cada vez son más los Estados que han elaborado su propio modelo de APPRI, contando en la actualidad con casi una treintena de modelos nacionales publicados que incluyen tanto a Estados desarrollados como a países con economías emergentes¹. Ahora bien, el valor de estos modelos opera esencialmente en el ámbito interno de los Estados, pues su vocación es coordinar y ordenar la actividad de la Administración competente en materia de inversiones, puesto que las posibilidades de incluir sus cláusulas en los APPRI finalmente concluidos por esos países dependerá de su capacidad de negociación con terceros Estados.

Aunque el objeto de este trabajo se centra en la práctica relacional focalizada en los modelos de APPRI publicados por varios Estados, también haremos referencia a la

¹ En este trabajo se examinan los modelos de APPRI más relevantes que exponemos conforme a un criterio cronológico que toma como referencia la fecha de publicación más reciente y que incluye los siguientes Estados: modelo de APPRI de los Estados Unidos de América (2012); Alemania (2008); Colombia (2007); Noruega (2007); Francia (2006); Reino Unido (2005, enmendado en 2006); Canadá (2004); India (2003); China (2003); Burundi (2002); Suecia (2002); Austria (2002); Tailandia (2002); Finlandia (2001); Grecia (2001); Dinamarca (2000); Turquía (2000); Perú (2000); Sudáfrica (1998); Malasia (1998); Croacia (1998); Países Bajos (1997); Suiza (1995); Chile (1994), que pueden consultarse en <http://ita.law.uvic.ca/investmenttreaties.htm>. Los modelos de Irán (2001) y de Austria (2002) pueden consultarse en <http://www.cpa-pca.org>.

práctica convencional multilateral relacionada con la materia, en particular a los acuerdos multilaterales en materia de inversiones, tanto universales como regionales, que no dejan de establecer modelos o pautas de conducta en este sector del ordenamiento internacional. En el marco multilateral, destaca el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 1965² (Convenio CIADI) que no sólo ha creado el principal mecanismo institucional para la solución de controversias relativas a inversiones sino que proporciona precisas reglas de procedimiento que han tenido una gran influencia en la elaboración de numerosos modelos de APPRI. También nos referimos a otras instituciones internacionales relacionadas con la solución de controversias relativas a inversiones, como la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) o la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), que cuentan con reglas arbitrales preestablecidas que facilitan la constitución de órganos arbitrales para la solución de controversias económicas, a las que con frecuencia se remiten los distintos modelos. Del mismo modo, el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) proporciona un régimen procesal bastante detallado para el sometimiento al arbitraje internacional de cualquier disputa sobre cuestiones comerciales (incluidas las inversiones), al que se remiten directamente algunos modelos para regir los aspectos concernientes al procedimiento arbitral.

En un marco regional, el régimen jurídico establecido en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) ha tenido una gran influencia en la redacción de algunos modelos, lo que se aprecia de manera significativa en las disposiciones sobre solución de controversias de los modelos de los Estados norteamericanos³, cuyo diseño refleja, como veremos *infra*, la experiencia adquirida al calor del Capítulo XI del TLCAN. Asimismo, el Tratado sobre la Carta de la Energía (1994)⁴ recoge un mecanismo de solución de controversias “dual” – uno para las controversias que surjan entre los Estados parte y otro para las disputas entre un inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión – cuyas pautas se han recogido en algunos modelos nacionales. También tenemos en cuenta las aportaciones más relevantes realizadas por algunos modelos privados, como sucede destacadamente con el modelo del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDS) publicado en 2005⁵.

Lo habitual es que las disposiciones reguladoras de la solución de controversias en los modelos de APPRI articulen dos mecanismos distintos: uno para instrumentalizar la

² BOE 13-9-1994.

³ La referencia a los modelos de los Estados norteamericanos abarca a los Estados parte en el TLCAN que cuentan con un modelo propio, caso de Estados Unidos de América (2012) y de Canadá (2004). Aun siendo parte en el TLCAN, México no ha elaborado un modelo de APPRI si bien la práctica arbitral generada al calor de la experiencia del TLCAN ha tenido su reflejo en su práctica convencional. Buen ejemplo es el detallado mecanismo de solución de controversias que diseña el Capítulo III del APPRI entre México y España (2006) (BOE 3-4-2008 y BOE 19-5-2008)

⁴ BOE 17-3-1998.

⁵ Este modelo puede consultarse en <http://www.iisd.org>. El IIDS es una organización de carácter privado canadiense que promueve la reflexión sobre nuevas políticas de desarrollo sostenible como la ejecución de proyectos de cooperación internacional.

solución de las controversias que enfrentan a un inversor extranjero y al Estado de la inversión y otro diferente para las controversias surgidas entre los Estados contratantes relativas “a la interpretación o aplicación del tratado”. Aunque el mecanismo más utilizado en la práctica es, con mucho, el que prevén las cláusulas de solución de las controversias inversor-Estado, prestaremos atención a las cláusulas de solución de controversias interestatales (auténticas *cláusulas compromisorias*). La distinción entre los dos mecanismos de solución de controversias se encuentra generalizada en la mayoría de los modelos, si bien existen diferencias y similitudes entre ambos tipos de disposiciones procesales. Así, las disposiciones que regulan la solución de controversias entre Estados suelen ser parcas en comparación con las que se ocupan de las controversias inversor-Estado, siendo frecuente que sólo se dedique un único precepto a tratar la cuestión.

En el presente trabajo nos proponemos analizar la regulación de la solución de controversias en los modelos de APPRI a través del estudio de las cláusulas más típicas sobre esta cuestión y de las principales innovaciones que aportan ciertos modelos de APPRI. En primer lugar, se analizan las disposiciones que regulan la solución de controversias interestatales en los distintos modelos de APPRI (II) y las innovaciones más recientes que afectan a este tipo de cláusulas compromisorias (III). A continuación, abordaremos los elementos tradicionales que forman parte de las cláusulas de solución de controversias inversor-Estado (IV) así como las novedades más significativas que aportan algunos modelos, referidas principalmente a la promoción de la transparencia y la economía procesal en el arbitraje inversor-Estado (V). El trabajo se cierra con unas consideraciones finales a modo de recapitulación (VI).

II. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE ESTADOS EN LOS MODELOS DE APPRI

1. La fase de negociación previa

Aunque no existen dos cláusulas idénticas⁶, la similitud de las disposiciones que se ocupan de las controversias entre Estados resulta invariable en relación con el objeto de las controversias cubiertas por la cláusula, pues la aplicación del mecanismo de solución de controversias se ciñe a las disputas relativas a la “interpretación o aplicación” del tratado. No es habitual, por tanto, que se amplíe el alcance de esta cláusula a controversias de otra naturaleza, como prevé el Art. X del modelo colombiano, que extiende su aplicación a las controversias que surjan de una reclamación en la que se alegue que una parte ha violado una obligación convencional que ha generado un daño al inversor.

El recurso a las negociaciones y/o consultas suele ser la primera etapa del mecanismo de solución de controversias, si bien cada modelo confiere a este mecanismo bilateral

⁶ PETERS, P., “Dispute Settlement Agreements in Investment Treaties”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXII (1991), 91-161, p. 102.

distinto alcance. Por ejemplo, el recurso a las negociaciones puede redactarse de manera categórica, como hace el Art. 9 (1) del modelo del Reino Unido (versión enmendada), al establecer la obligación de negociar que asumen las partes para resolver la controversia⁷. Lo habitual es que las negociaciones se desenvuelvan en un marco bilateral y flexible. Por ello, la cláusula del Art. 20 del borrador de modelo de APPRI noruego resulta singular, ya que prevé el recurso a consultas “institucionalizadas” para resolver de manera amistosa la controversia mediante una comisión mixta integrada por representantes de ambas partes. Esta comisión mixta es un mecanismo *ad hoc*, entre cuyas funciones se encuentran, entre otras, supervisar la implementación del acuerdo y procurar resolver las disputas que puedan surgir de su interpretación o aplicación (Art. 23)⁸.

También es frecuente la cláusula que dispone que la negociación debe sustanciarse en un plazo perentorio, usualmente seis meses⁹, pasados los cuales cualquiera de las partes podrá activar el arbitraje *ad hoc* obligatorio. En cambio, otros modelos optan por una mayor laxitud en la celebración de negociaciones u otros métodos alternativos de solución¹⁰ (buenos oficios, mediación o conciliación), si bien la ausencia de plazos temporales no releva a las partes de llevar a cabo un genuino esfuerzo por entablar negociaciones antes de acudir al arbitraje, incluso cuando el mecanismo de solución de controversias permite poner fin a las negociaciones mediante una solicitud unilateral de arbitraje (Art. 48.2 del modelo de Canadá).

2. El arbitraje interestatal *ad hoc*: la elección del órgano arbitral

Para el caso en que las partes no pudieran alcanzar un acuerdo mediante negociaciones u otro medio de solución en un plazo determinado, lo usual es que se disponga la posibilidad de recurrir a un arbitraje *ad hoc* a petición de parte. Hasta ahora son muy pocos los casos de arbitraje entre Estados cuyo fundamento reposa en un APPRI. El primer caso de arbitraje interestatal fue iniciado por Perú frente a Chile en 2003 invocando la cláusula compromisoria contenida en el APPRI celebrado entre ambos Estados, tras recibir noticia de arbitraje por parte de un inversor chileno que utilizó la cláusula de solución de controversias inversor-Estado prevista en el mismo APPRI, dando lugar al *Caso Lucchetti c. Perú*¹¹. Más recientemente, en 2011, Ecuador presentó

⁷ Según el cual: “Disputes between the Contracting Parties concerning the interpretation or application of this Agreement *should, if possible, be settled through the diplomatic channel*”. Cursiva añadida.

⁸ El borrador de modelo noruego dedica toda la Sección 3 (arts. 13 a 22) a la solución de controversias entre las partes contratantes, mientras que la Sección 4, dedicada a las disposiciones institucionales, se ocupa en su único Art. 23 de crear la Comisión mixta y de regular sus funciones. Respecto a este instrumento, ha de señalarse que en junio de 2009 se anunció que el Gobierno noruego había decidido retirar este modelo. Por tanto, no sabemos qué pautas va a utilizar Noruega para sus negociaciones futuras en materia de promoción y protección de inversiones extranjeras: *vid.* <http://www.iisd.org/itn/2009/06/08/norway-shelves-its-proposed-model-bilateral-investment-treaty/>.

⁹ Art. 9.2 del modelo chileno; Art. 10.2 del modelo francés; Art. 9.2 del modelo suizo; Art. 10.2 del modelo indio; Art. VIII del modelo turco; Art. X.2 del modelo colombiano; Art. 9.2 del modelo sueco; Art. 10.2 del modelo finlandés; Art. 8 (2) del modelo sudafricano; Art. 11.2 del modelo croata.

¹⁰ Como un “razonable plazo de tiempo” (Art. 12.1 del modelo neerlandés); o que se resuelva “tan pronto como sea posible” (Art. 9.1 del modelo alemán).

¹¹ Iniciado el procedimiento arbitral por el inversor chileno ante un tribunal arbitral constituido al amparo de las reglas arbitrales CIADI, el 7 de agosto de 2003 Perú presentó ante dicho tribunal una solicitud de

ante la CPA una solicitud de arbitraje contra los Estados Unidos de América debido a ciertas cuestiones en disputa surgidas del APPRI celebrado entre ambos Estados (1993), y específicamente de la interpretación y la aplicación del párrafo 7 del Art. II de dicho tratado, no resueltas mediante consultas. La solicitud de arbitraje interestatal tuvo como fundamento la cláusula compromisoria prevista en el Art. II (1) del APPRI en cuestión, sustanciándose el arbitraje conforme a las reglas CNUDMI. Este arbitraje plantea la cuestión de si un Estado puede emitir una declaración unilateral acerca del significado de una disposición de un APPRI y, ante el silencio del otro Estado o su negativa a negociar sobre esa declaración, aquel puede acudir a un tribunal arbitral para que haga una interpretación “autoritativa” del tratado¹².

No obstante, la obligatoriedad del arbitraje radica no tanto en su activación unilateral como en los mecanismos dispuestos para la constitución y composición del órgano arbitral. En efecto, el tribunal arbitral siempre está compuesto por tres miembros, de los cuales cada parte designará uno, mientras que esos dos árbitros elegirán de común acuerdo a un tercero – el presidente –, cuya elección debe ser cuidadosamente realizada. Para garantizar su imparcialidad, la mayoría de los modelos exigen que el presidente sea nacional de un tercer Estado ajeno a la controversia (garantía que suele afectar también a la autoridad que designa). Algunos modelos, incluso, prevén que el presidente sea nacional de un tercer Estado “que mantenga relaciones diplomáticas con las dos partes contratantes al tiempo del nombramiento”¹³. Pero si el énfasis sobre la nacionalidad del

suspensión de los procedimientos alegando que la “solicitud de arbitraje de las Demandantes [estaba] (...) siendo objeto de una controversia concurrente entre Estados”, interpretando que el arbitraje interestatal debía tener prioridad frente al arbitraje inversor-Estado. El tribunal, tras escuchar los argumentos de ambas partes referentes a la solicitud de suspensión formulada por Perú, concluyó que no se habían cumplido las condiciones para suspender las actuaciones, declinando así la suspensión del procedimiento arbitral solicitada por Perú: *Empresas Lucchetti, S.A., y Lucchetti Perú, S.A. c. Perú* (Caso CIADI N° ARB/03/4, Laudo sobre Jurisdicción de 7-2-2005, párs. 7-9).

¹² *Arbitraje según el Tratado entre los Estados Unidos de América y la República del Ecuador sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976) entre Ecuador y Estados Unidos*, <http://www.pca-cpa.org>. En su contestación a la demanda EEUU alegó que, insatisfecho con el resultado de un arbitraje de inversión entre dos inversionistas de EEUU contra Ecuador (*Chevron Corp. y Texaco Petroleum Co. c. Ecuador*, CNDUMI, Laudo parcial de 30-3-2011, en <http://ita.law.uvic.ca/documents/ChevronTexacoEcuadorPartialAward.PDF>), Ecuador pretendía obligar a Estados Unidos a someter el significado del Art. II (7) a un nuevo arbitraje ante un tribunal distinto. Después de que el tribunal inversor-Estado dictó su laudo parcial sobre los fundamentos del caso, Ecuador envió a EEUU una nota diplomática para señalar su desacuerdo con ciertos aspectos del laudo parcial, en la que incluía la declaración unilateral de Ecuador sobre el significado correcto del Art. II (7). La nota diplomática indicaba que, si EEUU no confirmaba el contenido de la declaración sobre la interpretación unilateral de Ecuador acerca del Art. II (7), “se debe considerar que existe una controversia no resuelta” entre ambos Estados en virtud del tratado. En cambio, para EEUU ninguna de las partes en el tratado está obligada a aceptar la declaración unilateral de la otra parte acerca del significado de una disposición del tratado, ni siquiera a responder a ella, so pena de ser llevada ante un tribunal arbitral, pues ello desarticularía el fundamento de los mecanismos de solución de disputas inversor-Estado. Por lo tanto, para EEUU no puede haber ninguna controversia de acuerdo con el Art. VII del tratado, ni esta disposición crea una jurisdicción consultiva que permita que los inversores o los Estados puedan plantear cuestiones legales a terceras partes para obtener interpretaciones “autoritativas”; ni tampoco establece un mecanismo de apelación que permita recusar la corrección de un laudo desfavorable emitido por un tribunal de inversiones constituido conforme al Art. VI del tratado.

¹³ Art. 13.1 del modelo iraní; Art. X.3 del modelo colombiano.

presidente es una garantía generalizada en los distintos textos bilaterales, también se han incorporado otros elementos que afectan a la *cualidad de árbitro*, como exigir que los árbitros posean una determinada cualificación técnica y/o una conducta personal que se adecue a ciertos códigos éticos. Así, al calor de la influencia del Art. 2010.1 del TLCAN, el Art. 48.5 del modelo canadiense exige, por un lado, que los árbitros sean expertos o, al menos, tengan experiencia en materia de Derecho Internacional Público (DI Público), comercio internacional o de DI de las Inversiones; y, por otro, que sean independientes de las partes y cumplan con un código de conducta previamente establecido¹⁴.

Para evitar que la actitud obstruccionista o dilatoria de cualquiera de las partes pudiera obstaculizar *ab initio* el procedimiento arbitral, es habitual que se dispongan cláusulas de salvaguardia destinadas a garantizar la selección de los árbitros y la constitución del órgano arbitral ante cualquier eventualidad. En este sentido, existe una gran uniformidad en los distintos modelos a través de una fórmula que ha tenido gran acogida en las disposiciones de solución de controversias. En efecto, si una de las partes no hubiera designado su árbitro en un plazo determinado, dicho árbitro será designado, a petición de la otra parte contratante, por una autoridad internacional. El mismo mecanismo se aplica si los dos árbitros no alcanzan un acuerdo para elegir al presidente en un plazo determinado a partir de la designación de los dos primeros¹⁵.

Estas funciones nominadoras suelen confiarse a una autoridad internacional imparcial, que deberá realizar los nombramientos necesarios sin estar condicionada por plazos temporales, quizás debido al prestigio internacional de la institución a la que representan. En la mayoría de los modelos se opta por el Presidente de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) o, en su defecto, por el Vicepresidente (si el primero fuera nacional de cualquiera de las partes o estuviera impedido para desempeñar su función); o, si el Vicepresidente se encontrara en la misma situación, por el juez más

¹⁴ Dicho Artículo dispone que “Arbitrators shall:

- (a) “have expertise or experience in public international law, international trade or international investment rules, or the resolution of disputes arising under international trade or international investment disputes;
- (b) be independence of, and not be affiliated with or take instructions from, either Party; and
- (c) comply with any Code of Conduct for Dispute Settlement as agreed by the Commission”.

¹⁵ La técnica más utilizada en los modelos para determinar la composición del órgano arbitral es la fórmula 2+2, es decir: las partes disponen de dos (2) meses, contados desde la notificación de la solicitud de arbitraje, para designar a su árbitro, mientras que los dos árbitros así elegidos disponen de otros dos (2) meses – a contar desde el último nombramiento – para seleccionar al tercer árbitro, que será el presidente (Art. 8.3 del modelo chino; Art. 12 del modelo neerlandés; Art. 9 del modelo suizo; Art. 10.3 del modelo indio; Art. 11.3 del modelo croata; Art. VIII del modelo turco; Art. 10.4 del modelo griego; Art. 48.3 del modelo canadiense; Art. 20.1 del modelo austriaco; Art. 8 (3) del modelo sudafricano; Art. 13.1 del modelo iraní; Art. 8.2 del modelo de Malasia; Art. 9.3 del modelo sueco; Art. 9.4 del modelo de Perú; Art. 12.4 del modelo tailandés; Art. 9.3 del modelo de Burundi; Art. 10.3 del modelo danés). Si bien hay ligeras variaciones en lo referente a los plazos como, por ejemplo, la fórmula 2+3 (Art. 9.3 del modelo alemán; Art. X.3 del modelo colombiano, que agrega un plazo adicional de 30 días para nominar como presidente al tercer árbitro); o 2+4 (Art. 10.3 del modelo finés). Otros modelos, en cambio, prevén un único plazo para el nombramiento de los tres árbitros, con el fin de introducir mayor agilidad en el procedimiento: dos meses fija el Art. 10.3 del modelo francés o 75 días que establece el Art. 37.2 del modelo estadounidense.

antiguo que no sea nacional de ninguna de las partes contratantes¹⁶. En cambio, los modelos de los Estados norteamericanos prefieren atribuir las labores designadoras al Secretario General del CIADI, como hace el reciente modelo de APPRI estadounidense, revisado en 2012¹⁷. Menos frecuente es confiar la designación de los árbitros al Secretario General de las Naciones Unidas o, si éste posee la nacionalidad de una de las partes, al Secretario General adjunto más antiguo que no tenga la nacionalidad de ninguna de ellas, opción que recoge el Art. 10 del modelo francés y que también fue seguida por la política convencional española a comienzos de la década de los noventa, preferentemente con los Estados ex socialistas¹⁸; o, incluso, al Secretario General de la CPA, como prevé el Art. 20.7 del borrador de modelo noruego.

3. La regulación del procedimiento arbitral

Los modelos suelen regular los aspectos concernientes al procedimiento arbitral con gran uniformidad. No obstante, pese a la similitud de las cláusulas, algunos de sus elementos difieren en relación con aspectos tales como las reglas de arbitraje; el derecho aplicable al fondo; el plazo para la constitución del órgano arbitral; la forma de repartir gastos y costes y la relación entre el arbitraje interestatal y el arbitraje de inversiones.

En cuanto a las reglas procesales aplicables al arbitraje, el carácter consensual que preside todo el procedimiento arbitral permite a las partes acordar libremente las reglas de procedimiento a través de un acuerdo complementario o *compromiso*. No obstante, ante la eventualidad de que éstas no lo hagan, los modelos suelen confiar la determinación de las reglas procesales al propio órgano arbitral, encomendándole directamente esta tarea¹⁹. Otra posibilidad para organizar el procedimiento arbitral consiste en remitirse a un conjunto de reglas preestablecidas como las normas de arbitraje CNUDMI/UNCITRAL, ya sea en todo o en parte²⁰; o como las Reglas

¹⁶ Art. 10 del modelo alemán; Art. 12.4 del modelo neerlandés; Art. 10 del modelo finés; Art. VIII del modelo turco; Art. 9.4 del modelo suizo; Art. 9.4 del modelo chileno; Art. 25.4 del modelo chino; Art. 9.4 del modelo británico; Art. 10.4 del modelo danés; Art. 10.4 del modelo griego; Art. 13 del modelo iraní; Art. 20 del modelo austriaco; Art. X.4 del modelo colombiano; Art. 11.4 del modelo croata; Art. 9.4 del modelo de Burundi; Art. 9.4 del modelo de Perú; Art. 8 (4) del modelo sudafricano; Art. 8.4 del modelo malayo.

¹⁷ Art. 37 del modelo estadounidense y Art. 48.4 del modelo canadiense.

¹⁸ En concreto, en el APPRI de primera generación concluido con la Unión Soviética, que muestra una preferencia por el Secretario General de Naciones Unidas como autoridad nominadora (Art. 9.4), y que todavía se encuentra en vigor para los siguientes Estados ex socialistas: Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Georgia, Kirguizistán, Rusia, Tajikistán y Turkmenistán (*BOE* 17-12-1991). También se recoge en el Art. 9.4 del APPRI celebrado con la República Checa y con Eslovaquia (*BOE* 7-2-1992); así como el Art. 10.4 del APPRI celebrado con la República Dominicana (*BOE* 22-11-1996) y el Art. X.4 del APPRI celebrado con Ecuador (*BOE* 10-4-1998).

¹⁹ “El tribunal arbitral deberá determinar su propio procedimiento”, dice el Art. 48.7 del modelo canadiense; Art. 12.2 del modelo neerlandés; Art. 9.6 del modelo suizo; Art. 9.6 del modelo sueco; Art. 10.5 del modelo indio. Una variante de este sistema se recoge en el Art. VIII.5 del modelo turco que dispone que, si el tribunal no acuerda con las partes las reglas de procedimiento tres meses después de la elección de su presidente, podrá requerir al Presidente de la CIJ para que las determine teniendo en cuenta las reglas de arbitraje generalmente admitidas.

²⁰ Art. 37.1 del modelo estadounidense. Alternativa que recoge el Art. 27.3 (f) del Tratado sobre la Carta de la Energía.

Facultativas de Arbitraje de la CPA para las controversias entre Dos Estados, como prevén los Arts. 21.2 del modelo austriaco y 20.1 del modelo noruego.

La regulación habitual en la mayoría de modelos incluye las siguientes reglas básicas de procedimiento: el tribunal tomará sus decisiones por mayoría de votos; sus decisiones serán finales y obligatorias para las partes o las partes deberán acatar y cumplir el laudo arbitral. Menos frecuente es que se detallen otros extremos procesales tales como el plazo que tiene el tribunal para dictar su laudo, como dispone el Art. 48.7 del modelo canadiense (seis meses desde la designación de su presidente, salvo que las partes acuerden otro plazo); o la facultad del tribunal de interpretar el laudo a petición de cualquiera de las partes (Art. 10.5 del modelo francés).

El derecho aplicable al fondo de la controversia es básicamente el DI Público, si bien la referencia al DI no es uniforme en los modelos de APPRI. Aunque en algunos modelos nacionales se dispone de manera escueta que el órgano arbitral decidirá sobre la base “del respeto al derecho”²¹, la posibilidad más extendida prevé que el tribunal arbitral debe aplicar las disposiciones del APPRI, como *lex specialis*, y las reglas y/o principios de DI que regulen la cuestión, como *lex generalis*²². La referencia a las disposiciones del APPRI abarcan tanto las normas sustantivas como las procesales, sobre todo si estas últimas prevén un particular estándar de cumplimiento. Es el caso del modelo turco, cuyo Art. VIII exige que las negociaciones previas al arbitraje sean “directas y significativas”, por lo que, antes de decidir sobre el fondo el tribunal arbitral deberá determinar si la parte que inició el arbitraje *ad hoc* intentó antes resolver la disputa mediante negociaciones. Por su parte, el modelo neerlandés incrementa el margen de decisión del órgano arbitral más allá de las consideraciones estrictamente legales, al contemplar la posibilidad de un arbitraje basado en “equidad” si lo acuerdan las partes (Art. 12.5).

Por lo general, los modelos de APPRI se ocupan de la asignación de los costes y gastos del procedimiento arbitral mediante la siguiente regla básica: cada parte correrá con los gastos del árbitro por ella designado y los relacionados con su representación en los procedimientos arbitrales, si bien los demás gastos incluidos los honorarios del presidente serán sufragados por partes iguales, a menos que el tribunal determine otra cosa²³. Junto a esta regla básica, es frecuente que el tribunal tenga la facultad de asignar

²¹ Art. 12.5 del modelo neerlandés.

²² Art. 9.6 del modelo chileno o Art. 21.1 del modelo austriaco. Sobre esta cuestión hay variaciones terminológicas en los distintos modelos, pues mientras algunos se refieren únicamente a “las disposiciones del Acuerdo y las reglas de DI aplicables” (Art. 30.1 del modelo estadounidense; Art. 11.6 del modelo croata), otros aluden “a las disposiciones del APPRI y los principios de derecho internacional aplicables a la cuestión” (Art. X.5 del modelo colombiano); o “al acuerdo y los principios de Derecho internacional” (Art. 8 (5) del modelo sudafricano; Art. 27 del modelo chino).

²³ Art. 9.5 del modelo alemán; Art. 48.8 del modelo canadiense; Art. 10.5 del modelo indio; Art. VIII.7 del modelo turco; Art. 9.6 del modelo sueco; Art. 10.5 del modelo finlandés; Art. 23 del modelo austriaco; Art. 10.7 del modelo croata. En cambio, el modelo colombiano establece que todos los gastos del procedimiento se sufragarán por partes iguales (Art. X.6).

una mayor proporción de los gastos a una de las partes²⁴; por ejemplo, si considera que una parte ha contribuido con su conducta a retrasar el procedimiento arbitral ocasionando una serie de gastos adicionales que deben correr de su cuenta. No obstante, sorprende la detallada regulación del reparto de costes y gastos en el caso del arbitraje interestatal en comparación con la nula atención que dedican a esta cuestión las disposiciones procesales que regulan el arbitraje inversor-Estado.

4. La relación entre el arbitraje interestatal y el arbitraje inversor-Estado

La relación entre las disposiciones que regulan el arbitraje inversor-Estado y las que se ocupan del arbitraje entre Estados se manifiesta en el tipo de cuestiones que pueden someterse a ambos tipos de arbitraje, con el fin de evitar que estos métodos de solución se solapen. Siguiendo la pauta que establece el Art. 27 del Convenio CIADI, que dispone la exclusividad del arbitraje inversor-Estado frente a cualquier otro procedimiento (incluido el arbitraje interestatal), el Art. 19.2 del modelo austriaco recoge y precisa dicha exclusividad cuando prohíbe que las partes contratantes puedan iniciar el arbitraje interestatal si la controversia relativa a la violación de los derechos del inversor ha sido sometida previamente al arbitraje de inversiones, salvo en el caso de que la otra parte no haya ejecutado o cumplido el laudo. Una disposición similar se recoge en el Art. 11.7 del APPRI celebrado entre España y Uruguay, si bien la prohibición en este tratado es más amplia pues el mandato de abstención se extiende a iniciar cualquier “reclamación internacional”²⁵.

Otros modelos tratan de impedir que los Estados puedan iniciar el arbitraje interestatal si la controversia en cuestión ya ha sido sometida previamente al arbitraje inversor-Estado y mientras está *sub iudice*. Así, el Art. VIII.8 del modelo turco dispone que:

“A dispute shall not be submitted to an international arbitration court under the provisions of this Article, if the same dispute has been brought before another international arbitration court under the provisions of Article VII [Solución de controversias entre una Parte y los inversores de la otra parte] and is still before the court. This will no impair the engagement in direct and meaningful negotiations between both Parties”.

Una cláusula de este tipo se recoge en el Art. X.8 del APPRI celebrado entre España y Turquía (1995)²⁶, y desde luego puede resultar útil para determinar la precedencia de una u otra vía arbitral en caso de concurrencia de procedimientos arbitrales sobre la misma controversia, como sucedió en el *Caso Lucchetti c. Perú*²⁷.

²⁴ Art. 37.3 del modelo estadounidense; Art. 48.4 del modelo canadiense; Art. VII.7 del modelo turco; Art. 13.3 del modelo iraní; Art. 8.5 del modelo malayo.

²⁵ BOE 27-5-1994. En concreto, el precepto establece que: “Las Partes Contratantes se abstendrán de promover reclamaciones internacionales respecto a una controversia sometida a arbitraje o al Tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio fue hecha la inversión, a menos que las partes en la controversia no hayan ejecutado o cumplido con la sentencia o laudo pronunciado en esa controversia”.

²⁶ BOE 24-3-1998.

²⁷ *Empresas Lucchetti, S.A.*..., (Caso CIADI N° ARB/03/4, Laudo sobre Jurisdicción de 7-2-2005, párs. 7-9). G. SACERDOTI se pronunció hace tiempo de manera favorable a la precedencia de las cláusulas de

Otra alternativa consiste en excluir del arbitraje interestatal determinadas medidas que afectan a sectores que el Estado considera de vital interés (medio ambiente, relaciones laborales) como prevé el Art. 37.5 del modelo de APPRI estadounidense²⁸, siguiendo un esquema parecido al que establece el Art. 27 del Tratado sobre la Carta de la Energía²⁹.

III. NUEVAS TENDENCIAS EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE ESTADOS

En comparación con las innovaciones habidas en las cláusulas de solución de controversias inversor-Estado, las novedades en las disposiciones que regulan el mecanismo de solución de las controversias interestatales son más modestas, como veremos *infra*. Las tendencias innovadoras provienen sobre todo de los modelos de APPRI de los Estados norteamericanos y abarcan tres aspectos principales: la transparencia procesal, la especialidad de las controversias sobre servicios financieros y las medidas de ejecución del laudo.

Siguiendo la tendencia de las cláusulas que buscan promover una mayor transparencia en el arbitraje de inversiones, algunos modelos han optado por extender esta posibilidad al mecanismo de solución de controversias entre Estados. Así, el Art. 37.4 del modelo estadounidense admite que las obligaciones sobre transparencia procesal y la participación de terceros en el procedimiento arbitral serán aplicables al arbitraje interestatal, señalando al respecto que:

“Articles 28(3) [*Amicus Curiae* Submissions], 29 [Inversor-State Transparency], 30(1) and (3) [Governing Law], and 31 [Interpretation of Annexes] shall apply *mutatis mutandis* to arbitrations under this Article”.

En consecuencia, este modelo nacional requiere que las partes contratantes pongan a disposición del público ciertos documentos procesales, incluyendo la notificación de arbitraje, las memorias, la transcripción de las audiencias y la sentencia arbitral.

solución de controversias inversor-Estado debido a su especialidad, señalando que: “In the view of the specific function of the host State-foreign investor dispute settlement mechanism, that to provide a direct impartial third-party settlement procedure for the aggrieved investor, this mechanism should, in our opinion, *prevail over the interstate arbitration* when specific instances of treatment of an individual investor are at issue”: “Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection”, *Recueil des Cours*, t. 269 (1997), 251-460, p. 436. La cursiva es añadida.

²⁸ Este precepto excluye también del mecanismo general de solución de controversias entre las partes contratantes las medidas que puedan afectar a los Artículos 12 (Inversiones y medio ambiente) y 13 (Inversiones y Derecho del trabajo).

²⁹ En este sentido, puede verse el trabajo de WÄLDE, T.W., “Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty – From Dispute Settlement to Treaty Implementation”, *Arbitration International*, vol. 12, n° 4 (1996), 429-466, que explica la exclusión de las controversias medioambientales (Art. 6) del arbitraje interestatal al entender que los negociadores del Tratado “did not wish to use this Treaty to operate inadvertently as an avenue to facilitate environmental interventionism and allow status to sponsor environmental complaints against other member status”, p. 440.

Asimismo, el Art. 21 del borrador de modelo noruego refuerza la publicidad de la fase oral del procedimiento otorgando al tribunal la facultad para decidir si las audiencias se celebran *in camera* o, si por el contrario, se abren al público. Además, se admite la posibilidad de que el tribunal pueda recibir escritos de un *amicus curiae*, siempre que tengan relevancia para determinar las cuestiones fácticas o jurídicas bajo su consideración. En este sentido, en el modelo noruego la obligación de transparencia abarca todos los documentos presentados al tribunal que estarán públicamente disponibles en la Oficina Internacional de la CPA, excepto la información de carácter confidencial que en ellos se contenga. A tal fin, en el momento de presentar la información ante el tribunal cada parte puede señalar los aspectos que considera confidenciales en función de ciertos criterios preestablecidos (Art. 21.4). Si la otra parte objeta el carácter confidencial de la información suministrada, el tribunal decidirá si dicha información satisface los criterios de confidencialidad descritos. Si el tribunal considera que la información no satisface dichos criterios, la parte que la presentó podrá retirar dicha información o hacer lo propio con su carácter confidencial. Sin embargo, otros modelos que incorporan un deber de transparencia no han extendido estas obligaciones a la solución de controversias entre Estados³⁰, por lo que entendemos que la presión por promover la transparencia procesal en el arbitraje interestatal no tiene la misma intensidad que en el arbitraje de inversiones.

Otra de las innovaciones se refiere a los servicios financieros. Como los servicios financieros son objeto de una especial regulación y suelen estar sometidos a mecanismos de supervisión por agencias estatales especializadas, el modelo canadiense dispone que cuando se trate de una controversia relativa a servicios financieros el tribunal arbitral que conozca de la misma deberá poseer una cualificación específica en este sector³¹.

Por otro lado, si bien la generalidad de los textos bilaterales suelen detallar en sus disposiciones procesales que la decisión del tribunal arbitral será final y definitiva, no es frecuente que contengan previsiones que aborden la situación en la que una de las partes no acate o deje de cumplir el laudo arbitral. En este sentido, el Art. 48.9 del modelo canadiense prevé que, tras la decisión del órgano arbitral, las partes deben acordar en un plazo de 60 días la manera en la que se implementa la decisión arbitral. Si una de las partes no cumple con el laudo, la otra parte tiene la facultad para compensar o suspender beneficios económicos por un valor equivalente al otorgado por el órgano arbitral.

³⁰ Art. 38 del modelo canadiense.

³¹ En concreto, el Art. 48.6 del modelo canadiense establece que:

“Where a Party claims a dispute involves measures relating to financial institutions, or to investors or investments of such investors in financial institutions, then

- (a) where the disputing Parties are in agreement, the arbitration shall, in addition to the criteria set out in paragraph 5, have expertise or experience in financial services or practice, which may include the regulation of financial institutions; or
- (b) where the disputing Parties are not in agreement,
 - (i) each disputing Party may select arbitrators who meet the qualifications set out in subparagraph (a), and if the complained against invokes Articles 14 (6) or 17, the chair of the panel shall meet the qualifications set out in subparagraph (a).

IV. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO EN LOS MODELOS DE APPRI

Las disposiciones que regulan la solución de controversias inversor-Estado forman parte de las cláusulas más típicas de los modelos de APPRI. Estas disposiciones incluyen varios elementos tradicionales como el alcance *material* del mecanismo de solución inversor-Estado, una fase previa para intentar resolver la controversia de manera amistosa antes de acudir al arbitraje, la institución o las reglas del arbitraje, el derecho aplicable al fondo o las obligaciones de reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales. Cabe señalar que, si bien los modelos suelen reglamentar el mecanismo de solución de las controversias inversor-Estado en un único precepto³², los Estados miembros del TLCAN, por el contrario, regulan con mucho más detalle la materia³³. Por ello, en la práctica se aprecian varios rasgos diferenciales entre los elementos típicos de dichas cláusulas en función de la procedencia de los modelos. A tal efecto, vamos a examinar las cláusulas de solución de controversias inversor-Estado desde dos perspectivas. En primer lugar, analizaremos cómo han evolucionado los elementos típicos que se incluyen en las disposiciones de solución de controversias inversor-Estado para, a continuación, conocer cuáles son las principales innovaciones incluidas en aquéllas.

1. Alcance del mecanismo de solución de controversias inversor-Estado

La primera cláusula del mecanismo de solución de controversias inversor-Estado precisa el alcance del consentimiento de las partes en relación con las clases de controversias a las que se aplica dicho mecanismo. Respecto al alcance *ratione materiae*, el enfoque más común entre los distintos modelos extiende el mecanismo de solución inversor-Estado a las controversias que tengan una conexión directa con una inversión, sin que sea preciso que la disputa tenga relación con las disposiciones del APPRI. Aunque existen variaciones en la redacción de las distintas cláusulas, la fórmula más utilizada se recoge en el Art. 8.1 del modelo sueco a cuyo tenor se dispone que:

“*Any dispute concerning investment between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party shall, is possible, be settled amicably*” (cursiva añadida)³⁴. Siguiendo el enfoque del Art. 25.4 del Convenio CIADI, que permite a los Estados partes discriminar las clases de controversias que aceptan someter al CIADI, otros

³² Vid. el Art. 7 del modelo francés; Art. 9 del modelo indio; Art. 10 del modelo alemán; Art. IX del modelo colombiano; Art. 8 del modelo británico; o el Art. 10 del modelo griego.

³³ Vid. los Arts. 23-36 del modelo estadounidense; y los Arts. 20-47 del modelo canadiense.

³⁴ A tal fin, los modelos utilizan varias fórmulas que flexibilizan el concepto de controversia en materia de inversiones, tales como “*arising directly*” (el Art. 9.1 del modelo finés) “*concerning investments*” (Art. 10 del modelo alemán); “*with respect to investments*” (Art. 8.1 del modelo suizo); “*in connection with*” (Art. VII modelo turco); “*any investment dispute*” (Art. 10.1 del modelo croata). Por su parte, el Art. 7.1 del modelo de Malasia concibe el consentimiento al arbitraje (o a la conciliación) en el marco del CIADI en términos muy genéricos, pues la sumisión al arbitraje se proyecta sobre las controversias que surjan en relación con una obligación referente a una inversión o a una supuesta violación de cualquier derecho conferido por el Acuerdo respecto a una inversión.

modelos restringen el alcance del mecanismo de solución inversor-Estado a las controversias que surjan entre las partes contratantes respecto al conjunto de las obligaciones asumidas en el tratado (Art. 8 (1) del modelo del Reino Unido); o, incluso, en relación a ciertas obligaciones convencionales previstas en el acuerdo, como dispone el Art. 14 del modelo de China, que limita la aplicación del mecanismo de solución de controversias inversor-Estado a las disputas surgidas de la presunta violación de cualquier obligación incluida en la Sección II del Acuerdo.

Por su parte, en los últimos años han surgido modelos que exigen, como condición adicional, que el inversor haya sufrido una pérdida o daño a causa de la violación de una obligación del tratado. Este enfoque requiere de tres elementos: primero, que se presente una reclamación invocando un presunto incumplimiento de las obligaciones previstas en el tratado; segundo, la existencia de una pérdida o daño para el inversor; y tercero, un vínculo causal entre ambos³⁵. La exigencia de esta condición supone una restricción que puede afectar al accionista minoritario, que sólo podrá reclamar cuando exista una pérdida o daño cierto.

El modelo seguido tanto por Estados Unidos como por Canadá en relación con la delimitación del alcance del consentimiento al arbitraje de inversiones responde a un mismo patrón. Respecto al alcance *ratione materiae*, el Art. 24.1 del modelo estadounidense señala que el arbitraje se aplica a las controversias no resueltas mediante consultas y negociaciones que se refieran a tres supuestos: a) la violación de cualquier obligación conforme a los Artículos 3 a 10 del tratado³⁶; b) la violación de una licencia de inversión; c) o el incumplimiento de un acuerdo de inversión. En cualquiera de las tres situaciones, el inversor ha de demostrar que ha sufrido un daño o pérdida a causa del incumplimiento del Estado. Más escueto es el modelo canadiense, cuyo Art. 22 restringe el arbitraje inversor-Estado a las controversias en las que un inversor reclame que la otra parte contratante ha violado ciertas obligaciones establecidas en el tratado, siempre que dicho incumplimiento haya causado al inversor una pérdida o daño en su inversión, restricción que también se recoge en el Art. X.12 del modelo colombiano.

³⁵ Véase el Art. 11 del modelo austriaco en virtud del cual: “This Part applies to disputes between a Contracting Party and a investor of the other Contracting Party concerning an alleged breach of an obligation of the former under this Agreement *which causes loss or damage to the investor or his investment*”. Cursiva añadida. Véase también el Art. 15.1 del borrador del modelo noruego.

³⁶ En concreto, ha de tratarse de un incumplimiento de las obligaciones de trato justo, cláusula de la nación más favorecida (NMF), estándar mínimo de trato, expropiación, transferencia, ejecución de requerimientos, gestión a cargo de consejos de dirección, y adopción de leyes y decisiones referentes a las inversiones.

2. El arbitraje inversor-Estado: condiciones procesales previas

Casi todos los modelos de APPRI prevén cláusulas que condicionan la activación del arbitraje inversor-Estado a la satisfacción previa de ciertas condiciones procesales³⁷. En efecto, los Estados también pueden establecer condiciones al consentimiento tales como, por ejemplo, la prioridad de la solución amistosa de la controversia, el agotamiento de los recursos internos, o la revisión administrativa del acto que pretende ser impugnado en sede arbitral por el inversor extranjero.

Como se ha dicho, prácticamente todos los modelos recomiendan de forma invariable una fase de negociación entre el inversor extranjero y el Estado receptor, previa al sometimiento del litigio a un arbitraje, cuyo objetivo es facilitar una solución amistosa entre las partes. La obligación de intentar llegar a un arreglo amistoso viene apoyada por un “período de espera” preceptivo. Aunque no existe un plazo modelo, lo habitual es que los plazos oscilen entre tres y seis meses³⁸, pasados los cuales sin que se haya logrado una solución amistosa el inversor podrá activar de manera unilateral el arbitraje. Menos habitual es que se disponga el recurso a otros medios alternativos de solución de controversias como la conciliación – Art. 10 del modelo alemán –, antes de acudir al arbitraje internacional; o que se disponga el recurso a la conciliación o la mediación mediante acuerdo, ya sea antes o durante el procedimiento arbitral (Art. IX del modelo colombiano).

Sin embargo, la jurisprudencia arbitral no ha dado una respuesta uniforme respecto al carácter obligatorio del plazo de espera antes de someter la controversia a arbitraje³⁹. Así, en el *Caso Lauder c. República Checa* el demandante presentó el requerimiento de arbitraje 17 días después de notificar la violación del APPRI entre la República Checa y Estados Unidos, incumpliendo así el plazo de espera de seis meses previsto en el tratado. El tribunal arbitral CIADI rechazó la objeción a la jurisdicción fundada en el incumplimiento de dicho plazo al sostener que, debido al carácter meramente procesal de esta disposición, insistir en el cumplimiento del plazo de espera suponía un excesivo formalismo, considerando que no existía evidencia de que las negociaciones pudieran conducir a un acuerdo⁴⁰. En cambio, otros tribunales han adoptado una posición distinta

³⁷ Resulta excepcional la previsión del Art. 9 del modelo neerlandés, que prevé que las partes podrán acudir directamente a los órganos del CIADI (conciliación/arbitraje), sin exigir el agotamiento de negociaciones y/o consultas previas.

³⁸ El “plazo de espera” para resolver la controversia de manera amistosa, normalmente a través de negociaciones y consultas, oscila entre los 3 meses (Art. 8 (1) modelo del Reino Unido; Art. 9.2 del modelo finés; Art. 7.3 (a) del modelo malayo) hasta el más común de 6 meses (Art. 24.2 del modelo chino; Art. 10.2 del modelo alemán; Art. 8 del modelo suizo; Art. 9 del modelo indio; Art. 7 del modelo francés; Art. 10.2 del modelo croata; Art. VII del modelo turco; Art. 24 (3) del modelo estadounidense; Art. 26.1 (a) del modelo canadiense; Art. 12.2 del modelo iraní; Art. IX.4 del modelo colombiano, que habla de 180 días). Por tanto, resulta excepcional el plazo de 60 días para llegar a un acuerdo amistoso que prevé el Art. 12.2 del modelo austriaco.

³⁹ SCHREUER, C., “Travelling the BIT Route, Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 5 (2004), n.2, 231-256, pp. 231-232.

⁴⁰ *Ronald S. Lauder c. República Checa* (Caso CNUDMI, Laudo Final de 3-09-2001, pág. 187). A la misma conclusión llegó el tribunal en el *Caso SGS Société Générale de Surveillance c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/01/13, Laudo sobre Jurisdicción de 6-8-2003, pág. 80).

al entender que los plazos de espera no son “requisitos de procedimiento” sino una condición de naturaleza jurisdiccional cuyo incumplimiento genera consecuencias procesales a los efectos de establecer la competencia del tribunal arbitral. Así, en el reciente *Caso Murphy Exploration and Production Company International c. Ecuador*, el tribunal arbitral se pronunció respecto a la observancia del plazo de seis meses concedido a las partes para resolver la controversia mediante consultas y negociaciones antes de recurrir al arbitraje, señalando al respecto que:

“This Tribunal finds the requirement that the parties should seek resolve their dispute through consultation and negotiation for a six-month period does not constitutes, as Claimant and some tribunals have stated, ‘a procedural rule’ or a ‘directory and procedural’ rule which can or cannot be satisfied by the concerned party. To the contrary, it constitutes a fundamental requirement that Claimant must comply with, compulsorily, before submitting a request for arbitration under the ICSID rules”⁴¹.

De todos modos, a la hora de apreciar la satisfacción de esta condición procesal los tribunales deberían alejarse de formalismos, pues incluso si el recurso al arbitraje fue prematuro obligar al demandante a iniciar de nuevo el procedimiento arbitral es una opción poco práctica y muy costosa en términos económicos⁴². Por ello, una alternativa razonable podría ser decretar la suspensión del procedimiento arbitral otorgando al tiempo un plazo adicional para resolver la controversia mediante negociaciones, siempre que esta vía aparezca como una posibilidad real de solución.

Siguiendo las pautas establecidas en el TLCAN, los modelos canadiense y estadounidense tienden a institucionalizar material y formalmente esta fase previa. En particular, distinguen claramente entre el acto de la notificación a la otra parte de la intención de someter la controversia a arbitraje y el momento de la presentación de la solicitud de arbitraje⁴³. Entre ambos no sólo debe mediar un período temporal con el objeto de entablar contactos y negociaciones entre las partes⁴⁴, sino que además se exige

⁴¹ Caso CIADI N° ARB/08/04, Laudo sobre Jurisdicción de 15-12-2010, pár. 149. En el *Caso Enron c. Argentina* el tribunal declaró que el plazo de espera de seis meses previsto en el APPRI entre Argentina y Estados Unidos de América (1991) había sido satisfecho en el caso particular, si bien aprovechó para subrayar que el plazo de espera era una condición de naturaleza jurisdiccional cuyo incumplimiento podría determinar la falta de competencia del tribunal: *Enron Corporation & Ponderosa Assets, L.P., c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/01/03, Laudo sobre Jurisdicción de 14-1-2004, pár. 88).

⁴² Véase STEINGRUBER, A.M., *Consent in International Arbitration*, Oxford University Press, 2012, p. 196.

⁴³ Vid. PASCUAL VIVES, F.J., “El arbitraje de inversiones en los recientes APPRI españoles”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 18 (2009), 1-30, p. 15.

⁴⁴ Este procedimiento no se regula de manera completamente uniforme, pues en el Art. 25 del modelo canadiense se establece que las consultas entre las partes deben celebrarse, salvo que medie otro acuerdo entre ellas, durante los treinta días posteriores a la notificación de la intención de someter la controversia a arbitraje, en la capital del Estado receptor de la inversión. El modelo estadounidense, por el contrario, no impone tal límite en su Art. 24. En cambio, los dos modelos coinciden en exigir que, para solicitar el arbitraje, transcurran al menos seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que originaron la controversia. Asimismo, también concuerdan al imponer un período mínimo de noventa días, entre la notificación de la intención y la solicitud de arbitraje. Por último, el Art. 26 de ambos modelos establece

que la notificación de la intención de someter la controversia a arbitraje cumpla con unos requisitos formales bien tasados⁴⁵. El resto de los modelos son mucho más parcos y, si bien todos coinciden en prever un plazo de espera para alcanzar un acuerdo amistoso, pueden observarse distintas aproximaciones en cuanto a la conducta exigida a las partes durante esta etapa preliminar. Mientras algunos modelos guardan silencio en sus cláusulas, otros establecen la exigencia de notificar por escrito y de forma detallada la controversia a la contraparte (Art. 15 del modelo de China), pasando por reconocer un único deber de notificar por escrito (Art. 8.2 del modelo de Perú)⁴⁶.

En general, los modelos favorecen el acceso a la vía arbitral sin condicionar el recurso al arbitraje de inversiones al agotamiento previo de los recursos internos del Estado receptor, evitando así la incertidumbre que genera en el inversor el recurso a la jurisdicción interna del Estado receptor. Por ello, los modelos publicados en las dos últimas décadas suelen disponer que, si la controversia no se resuelve mediante negociaciones el inversor podrá someterla, a su discreción, al arbitraje ante cualquiera de las instancias arbitrales dispuestas en el tratado, sin que sea necesario agotar los recursos internos del Estado receptor (Art. 7 del modelo francés)⁴⁷. Ello no obstante, los Estados pueden conservar ciertas facultades para exigir que el inversor extranjero, antes

un límite temporal al consentimiento al arbitraje, pues prevé un plazo máximo de tres años para solicitar el arbitraje, a contar desde que el inversor tuvo conocimiento del incumplimiento del APPRI.

Otros modelos también establecen límites temporales para iniciar el arbitraje, que oscilan entre los tres años desde que el inversor conoció o pudo conocer la violación del tratado y el daño o pérdida ocasionada (Art. 22 del modelo canadiense; Art. X.10 del modelo colombiano); o los cinco (Art. 12.2 del modelo austriaco) o diez años (Art. 15.4 del borrador de modelo noruego) desde que el inversor conoció los hechos que motivaron la controversia.

⁴⁵ En primer lugar, el inversor debe comunicar a la otra parte contratante su intención de someter la controversia a arbitraje dentro de ciertos plazos. Según el Art. 24.2 del modelo estadounidense, al menos con 90 días de antelación a la presentación de la reclamación, el demandante deberá notificar por escrito al demandado su intención de iniciar un arbitraje, especificando en su escrito los siguientes aspectos: el nombre y la dirección del demandado y, en su caso, de la empresa en cuya representación actúa; para cada reclamación, la disposición del tratado, la licencia de inversión o el acuerdo de inversión supuestamente violado; los fundamentos fácticos y jurídicos de cada reclamación y el importe aproximado de los daños reclamados. En segundo lugar, el inversor debe otorgar por escrito su consentimiento al arbitraje haciendo expresa la renuncia a su derecho a iniciar o continuar los procedimientos ante los tribunales internos, o a cualquier otro método de solución de controversias (Art. 26.2 (b) del modelo estadounidense; Art. 26.3 del modelo canadiense).

⁴⁶ Esta exigencia de notificación escrita también se recoge en el Art. 9.1 del APPRI celebrado por España con Perú (*BOE* 8-3-1996), y de manera más detallada en el Art. IX del APPRI celebrado con México. En el *Caso Renta 4* se realizaron algunas interesantes precisiones al deber de notificar de “forma detallada” que corresponde al inversor extranjero. El tribunal arbitral encargado de resolver la fase de competencia no atendió de los argumentos expresados por la Federación Rusa, que había objetado la idoneidad de la comunicación presentada por los demandantes, pues la consideraba carente del suficiente detalle exigido por el Art. 10.1 del APPRI celebrado con España, y precisó que, ante una notificación poco detallada de la controversia, correspondía al Estado receptor requerir al inversor que precisara su contenido: “the notion that the host State could simply cross its arms and disregard any communications which it deems to be formally insufficient is hardly consonant with the attitude to be expected of a government which has encouraged foreign investors”: *Renta 4 S.V.S.A. y otros c. Rusia* (Caso CCE Nº 24/2007, Laudo sobre objeciones preliminares de 20-3-2009, párr. 151).

⁴⁷ Art. 8.2 del modelo sueco; Art. VII.2 del modelo turco; Art. 10.2 del modelo alemán. Algunos modelos prevén que la controversia se someta a los órganos del CIADI (conciliación/arbitraje), ya sea mediante acuerdo de las partes (Art. 9 modelo neerlandés) o a elección del inversor (Art. 8.2 del modelo suizo).

de iniciar un arbitraje de inversiones en sede internacional, solicite una revisión de las cuestiones que dieron lugar a la controversia ante los órganos administrativos del Estado receptor. Así se manifiesta, por ejemplo, el modelo de Colombia, si bien el agotamiento de la vía interna nunca excederá de los plazos de tiempo contemplados para ello⁴⁸.

Asimismo, en el contexto de las distintas opciones que ofrecen los modelos de APPRI en materia de solución de controversias inversor-Estado, se advierte una progresiva contracción del ámbito de aplicación de la “doctrina Maffezini” (que en un principio permitía aplicar la cláusula de la nación más favorecida a las disposiciones procesales o adjetivas de los APPRI, con el propósito de sortear las disposiciones que obligaban a litigar en el foro antes de iniciar un arbitraje de inversión). Así, tanto en el Art. 4.3 del modelo de China como del borrador de modelo noruego se expresa con claridad esta restricción al disponer ambos preceptos que: “For greater certainty, treatment referred to in paragraph (1) [Cláusula de la Nación Más Favorecida] does not encompass dispute resolution mechanisms provided for in this Agreement or other International Agreements”. También los modelos canadiense y estadounidense emplean una redacción de la cláusula de NMF que pretende interpretar de manera restrictiva su alcance y eludir así la invocación de la referida “doctrina Maffezini”⁴⁹.

Una de las fórmulas que permiten acotar la elección de la sede arbitral es la cláusula de opción irrevocable, denominada también *fork in the road*, que tiene por objeto investir con carácter definitivo la elección del foro realizada por el inversor. Esta técnica ofrece al inversor la posibilidad de someter la controversia al tribunal interno competente del Estado huésped o al arbitraje internacional, si bien la relación entre los distintos procedimientos – interno o internacional – se plantea en términos excluyentes. Es decir, si el inversor elige acudir a los tribunales internos del Estado receptor decae en su derecho a iniciar el arbitraje internacional y viceversa, por lo que la elección inicial de una u otra vía será definitiva. El lenguaje empleado en el Art. IX.7 del modelo colombiano deja claro la incompatibilidad entre ambos métodos de solución de controversias cuando señala que:

“Once the investor has submitted the dispute to either a competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment has been admitted or any of the arbitration mechanisms stated above, the choice of the procedure shall be final”⁵⁰.

⁴⁸ El modelo colombiano establece la obligación de agotar los recursos internos de naturaleza administrativa de la parte contratante, si bien el agotamiento de esta vía nunca excederá de los seis meses como condición para someter la controversia al arbitraje internacional o a los tribunales del Estado huésped, a elección del inversor (Art. IX.1); y Art. 16.1 (b) del modelo de China.

⁴⁹ Según el Art. 4 de ambos modelos la obligación de conceder un trato de NMF sólo se limitará a “lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones”.

⁵⁰ Véase también el Art. 8.3 del modelo peruano; Art. 9 (2) del modelo de China; o el Art. 10 (2) (b) del modelo croata, que establece que el consentimiento al arbitraje (o la conciliación) en el marco del CIADI, o conforme a las normas CNUDMI, conlleva la renuncia implícita al agotamiento de los recursos internos de naturaleza judicial o administrativa. Esta técnica también se recoge en la práctica convencional

En este sentido, la jurisprudencia arbitral ha interpretado de manera constante que únicamente se habrá realizado la elección por parte del inversor contemplada en una cláusula de opción irrevocable si estamos en presencia de dos litigios que cuentan con las mismas partes e “idénticas” reclamaciones jurídicas⁵¹.

Otra técnica que persigue el mismo efecto que la cláusula anterior condiciona el recurso al arbitraje internacional a que el inversor extranjero renuncie expresamente a iniciar o desista continuar el procedimiento ante los tribunales nacionales del Estado receptor. Los modelos canadiense y estadounidense, por ejemplo, prevén esta renuncia expresa a la jurisdicción estatal (“waiver”) en un enunciado que trae causa del Art. 1121.1.b) del TLCAN. En efecto, el Art. 26.1 (e) del modelo canadiense establece como condición previa al arbitraje que el inversor, ya sea actuando en su propio nombre o en representación de una sociedad local constituida conforme al derecho interno de la otra parte, renuncie a su derecho a iniciar o desista continuar su reclamación ante los tribunales judiciales o administrativos previstos de conformidad con el derecho interno de las partes, o ante cualquier otro procedimiento⁵². La renuncia a cualquier otro procedimiento debe acompañar a la solicitud de iniciación de un procedimiento arbitral y se ha de formalizar en un documento específico⁵³, cuya ausencia determina incluso la nulidad del consentimiento arbitral (Art. 26.5 del modelo canadiense)⁵⁴.

Otros modelos configuran el arbitraje internacional como vía subsidiaria, una vez agotados sin éxito por el inversor los recursos internos disponibles o cualquier otro método convenido, exigiendo al tiempo la renuncia expresa a continuar el procedimiento ante los tribunales nacionales. Por ejemplo, el Art. 15.3 del borrador de modelo noruego prevé que las partes consientan de antemano que la controversia sea sometida al arbitraje internacional conforme al CIADI, condicionado a que se cumplan los siguientes requisitos: a) que las partes no logren un acuerdo en un plazo de 36 meses

española, precisamente en el APPRI celebrado entre España con Colombia (Art. 10.8) (BOE 12-9-2007); China (Art. 9.2) (BOE 8-7-2008); Chile (Art. 10.2) (BOE 19-3-94) y Túnez (Art. 11.3) (BOE 20-7-94).

⁵¹ *Enron Corp & Ponderosa Assets...*, (Caso CIADI N° ARB/01/03, Laudo sobre Jurisdicción de 14-1-2004, párs. 97-98); *Pan American Energy LLC, y BP Argentina Exploration Company c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/13, Decisión sobre las Excepciones Preliminares de 27-7-2006, párs. 155-157); *LG&E c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/02/01, Laudo sobre Jurisdicción de 30-4-2004, párs. 75-76). En consecuencia, el arbitraje internacional quedará vedado solamente cuando una “idéntica” controversia haya sido sometida por las mismas partes ante los tribunales internos: SCHREUER, C., “Travelling the BIT Route, Of Waiting Periods...”, *loc. cit.*, p. 248.

⁵² Esta tendencia tiene reflejo en la práctica convencional de México, Estado también parte en el TLCAN, como revela el Art. X.5 y 6 del APPRI celebrado con España.

⁵³ “Art. 26.3. A consent and waiver required by this Article shall be in the form provided for in Annex C.26, shall be delivered to the disputing Party and shall be included in the submission of a claim to arbitration”.

⁵⁴ Del mismo modo, el Art. 26.2 (b) del modelo estadounidense. Como señala A.R. PARRA, la práctica convencional de Estados Unidos en materia de arbitraje se caracteriza por limitar el consentimiento al arbitraje de inversiones a las controversias que no hayan sido sometidas a los tribunales internos para evitar decisiones inconsistentes entre distintos tribunales pues “BIT’s of the United States take this approach to avoid inconsistent decisions of the same dispute by local judicial or administrative tribunals on the one hand and arbitral tribunals on the other hand”: “Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment”, *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, vol. 12, n. 2 (1997), 287-364, pp. 334-335.

desde que fue sometida a los tribunales internos, una vez agotados los recursos administrativos; b) o bien no hubiera un recurso interno disponible; y c) el inversor renuncie clara e inequívocamente al derecho a continuar con el procedimiento ante los tribunales nacionales del Estado receptor. Por tanto, la vía del arbitraje internacional resulta subsidiaria al agotamiento de los recursos internos, pues sólo se puede activar después de haber expirado el plazo para resolver la controversia ante los tribunales nacionales⁵⁵. No obstante, no se advierten los beneficios de este tipo de cláusulas cuyo principal efecto es alargar la solución de la controversia creando costes y gastos adicionales a las partes.

2. La elección de la institución o de las reglas de arbitraje

Una vez que el inversor ha elegido el arbitraje de inversiones como foro para resolver la controversia, surge la cuestión de saber si el arbitraje debería ser *ad hoc* o institucional y, si se trata de este último, de la elección de la instancia que lo administre. En la última década la tendencia en los modelos nacionales ha sido ofrecer a los inversores la posibilidad de someter las controversias ante una diversidad de foros arbitrales. No obstante, la instancia arbitral que los modelos ponen al servicio de los inversores extranjeros se refiere habitualmente al arbitraje institucional conforme a las reglas del CIADI, si bien casi todos ellos aluden igualmente al Reglamento del Mecanismo Complementario para la administración de procedimientos por el Secretario del CIADI⁵⁶, alternativa aplicable cuando el Estado de la inversión no es parte del Convenio CIADI o si el inversor es nacional de un Estado que no hubiera celebrado dicho Convenio⁵⁷. En menor medida, los modelos mencionan como posibles instancias arbitrales las Reglas de Arbitraje de la CCI⁵⁸ o las Reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (Art. 10 (2).4 del modelo alemán).

También es frecuente que los inversores extranjeros puedan instar un arbitraje internacional *ad hoc* conforme a las normas de la CNUDMI, una posibilidad tasada en la mayoría de los modelos, normalmente en concurrencia con otros foros de arbitraje⁵⁹; Otros se remiten a estas reglas en solitario, como prevé el Art. 12 (2) del modelo de Irán, que extiende la facultad de acudir al arbitraje CNUDMI tanto al inversor como al Estado huésped.

⁵⁵ En rigor, se trata de la obligación de agotamiento de los recursos internos pues el plazo contemplado (36 meses) se adecua al término medio que se suele necesitar para agotar todas las instancias internas.

⁵⁶ Art. 8.2 del modelo suizo; Art. 8.2 (b) del modelo chileno; Art. 9 del modelo neerlandés; Art. 10.2 (b) del modelo croata; Art. 9.2 (a) del modelo danés; Art. 9.2 (b) del modelo finés; Art. 8.2 del modelo sueco; Art. 11 del modelo alemán; Art. 7 del modelo francés; Art. VII.2 (a) del modelo turco; Art. 8.2 (a) del modelo británico; Art. 12.1 (c) del modelo austriaco; Art. 8.2 (b) del modelo peruano; Art. 27.1 (a) (b) del modelo canadiense; Art. 8.3 (a) del modelo indonesio.

⁵⁷ Véase los Arts. 2.a) y 3.2 del Reglamento del Mecanismo Complementario para la administración de procedimientos por el Secretario del CIADI.

⁵⁸ Art. 12 (1) (iv) del modelo austriaco; Art. 10.2 (b) del modelo croata; Art. 9.2 (d) del modelo danés.

⁵⁹ Art. 12.1 (c) (iii) del modelo austriaco; Art. 9.2 (c) del modelo danés; Art. VII.2 (b) del modelo turco; Art. 8.2 del modelo sueco; Art. 9.2 (d) del modelo finés; Art. 3 (b) del modelo indonesio; Art. 27.1(c) del modelo canadiense; Art. 8 (2) del modelo británico; Art. IX.4.b del modelo colombiano.

Siguiendo el esquema previsto en el Tratado sobre la Carta de la Energía, algunos modelos de APPRI permiten a las partes convenir en cada caso la sumisión de la controversia ante cualquier instancia arbitral de las ya citadas *supra* entre una lista abierta⁶⁰ o, incluso, ante cualquier otro procedimiento de arreglo pactado (Art. 10 (2) del modelo alemán). Caben también posiciones menos flexibles como la prevista por Francia, cuyo modelo manifiesta su preferencia exclusiva por los órganos del CIADI (Art. 7 del modelo francés).

A nivel regional, la regulación establecida en el TLCAN, que permite al inversor escoger el foro entre varias alternativas, ha ejercido una influencia decisiva en la redacción de los modelos norteamericanos. Así, el Art. 24.3 del modelo estadounidense permite que el inversor pueda elegir entre distintos foros arbitrales, sin establecer una preferencia entre ellos, como el arbitraje conforme a las Reglas del CIADI o a su Mecanismo Complementario; o conforme a las normas de la CNUDMI o, si las partes lo acuerdan, ante cualquier otra institución o reglas arbitrales⁶¹. Otros modelos combinan el recurso a los órganos del CIADI (arbitraje/conciliación) sin otorgar preferencia a ninguno de ellos, dejando su elección bien al acuerdo de las partes (Art. 9 del modelo neerlandés) bien a criterio del inversor siempre que las partes no lo hagan⁶². En cambio, hay modelos que disponen distintas alternativas de arbitraje, pero estableciendo un foro residual a falta de acuerdo entre las partes. El Art. 8 (2) del modelo del Reino Unido, por ejemplo, establece la posibilidad de acudir al arbitraje institucional (CIADI o CCI) o al arbitraje *ad hoc* a elección de las partes, previendo que si en el plazo de tres meses desde que se notificó la reclamación no hay acuerdo sobre el foro, cualquiera de las partes podrá someter la controversia a un arbitraje CNUDMI⁶³.

No obstante, no todas las referencias al arbitraje CIADI suponen necesariamente que el Centro asuma la jurisdicción en el caso particular. En efecto, la formulación concreta de la oferta arbitral (consentimiento escrito) es esencial para determinar si el inversor tiene un derecho al arbitraje ante el CIADI. En este sentido, el modelo canadiense, estadounidense y alemán incluyen un precepto donde expresamente las partes manifiestan su consentimiento en someterse a la competencia de los órganos del CIADI⁶⁴. Otra posibilidad interesante es la prevista en el modelo sueco, cuyo Art. 8 (5) especifica que el consentimiento prestado por las partes contratantes a través del APPRI constituye un consentimiento escrito a los efectos de la jurisdicción del CIADI, y

⁶⁰ *Vid.* el Art. 24.3.d) del modelo estadounidense; el Art. 12 (1) (b) del modelo austriaco. El Art. 27.2.d) del modelo canadiense permite que sea una Comisión bilateral constituida para gestionar la aplicación y la interpretación del APPRI quien determine el recurso a otro procedimiento arbitral distinto.

⁶¹ Este precepto reproduce casi literalmente lo previsto en el Art. 1120 del TLCAN.

⁶² Art. 8 (2) del modelo suizo; Art. 8 (2) del modelo sueco; Art. 7.3 (b) del modelo malayo; Art. 7 (3) del modelo sudafricano.

⁶³ El Art. 9 del modelo indio contempla la posibilidad de acudir al arbitraje institucional (CIADI o Mecanismo Complementario) o, de manera subsidiaria, a un arbitraje *ad hoc* conforme a las normas CNUDMI, en el supuesto de que las partes no logren una solución bien a través de los tribunales internos, o bien se hubiera sometido la controversia a una conciliación CNUDMI y este procedimiento culminara sin acuerdo entre las partes.

⁶⁴ *Vid.* Art. 28 del modelo canadiense; Art. 25 del modelo estadounidense; y el Art. 10 (2) del modelo alemán.

también un acuerdo escrito entre las partes en los términos que exige el Mecanismo Complementario, el Art. 1 de las normas CNUDMI y el Art. II de la Convención de Nueva York de 1958. En efecto, dicho precepto dispone lo siguiente:

“The consent given by each Contracting Party in paragraph (2) and the submission of the dispute an investor under the said paragraph shall constitute the written consent and written agreement of the parties to the dispute to its submission for settlement for the purposes of Chapter II of the Washington Convention (Jurisdiction of the Centre) and for the purpose of the Additional Facility Rules, Article of the UNCITRAL Arbitration Rules and Article II of the New York Convention”⁶⁵.

En otros casos, los modelos de APPRI contienen una oferta general de sumisión anticipada al arbitraje para cualquier controversia futura, como sucede con el Art. 7 del modelo francés⁶⁶; o con el consentimiento “irrevocable” a cualquiera de los órganos arbitrales – incluido el CIADI – al que se refiere el Art. IX.6 del modelo colombiano o el Art. 10.2 (b) del modelo croata⁶⁷. Así las cosas, nos parece que el reconocimiento expreso del consentimiento al arbitraje en los modelos de APPRI, tal y como se prevé en los modelos elaborados por Francia, Colombia o Croacia, resulta una opción adecuada para reforzar la protección y la seguridad jurídica de las inversiones y, por tanto, debería generalizarse en la práctica de los Estados.

Entre los distintos foros que se barajan en el arbitraje de inversiones una de las alternativas es someter la controversia a un arbitraje *ad hoc*. Ahora bien, el arbitraje *ad hoc* se podría frustrar si las partes no se ponen de acuerdo respecto al número o a la selección de los árbitros, lo que podría paralizar el procedimiento arbitral en sus orígenes. Para evitar este riesgo, los modelos suelen remitir a reglas arbitrales preexistentes, especialmente las normas de la CNUDMI o las Reglas Facultativas de arbitraje de la CPA para las controversias entre Dos Partes de las que solo una es un Estado (1992)⁶⁸. La opción procesal más frecuente es remitir la organización del arbitraje a las normas de la CNUDMI, puesto que estas reglas ofrecen flexibilidad al inversor para modificar el procedimiento en determinados aspectos⁶⁹. Así, por lo que

⁶⁵ Véase también el Art. 9.5 del modelo danés.

⁶⁶ El Art. 7 del modelo francés dispone que: “If this dispute has not been settled within a period of six months from the date on which it occurred by one of the parties to the dispute, *it shall be submitted at the request of either party to the arbitration of the International Centre of the Settlement of Investment Disputes (ICSID)*” (cursiva añadida). Esta misma redacción se mantiene en el Art. 9 del modelo neerlandés; el Art. 8 (2) del modelo sueco; o el Art. 8 (1) del modelo del Reino Unido (versión enmendada), que contiene una oferta general para someterse a la conciliación o al arbitraje CIADI.

⁶⁷ Véase asimismo los Artículos 8.3 del modelo de Burundi y 13 (2) del modelo austriaco, que disponen que el consentimiento al arbitraje implica la renuncia automática a exigir el previo agotamiento de los recursos internos de carácter administrativo o judicial.

⁶⁸ Ambos instrumentos contienen un detallado procedimiento para designar a los árbitros cuando, transcurrido un determinado plazo, no exista acuerdo entre las partes sobre la composición del órgano arbitral (Arts. 5 a 8 de ambos textos).

⁶⁹ En particular, es frecuente que se modifique lo referente a la autoridad nominadora que debe designar a los árbitros, si las partes discrepan sobre esta cuestión. Por ejemplo, mientras el modelo que siguen ciertos Estados nórdicos se remite a las reglas CNUDMI, pero confiando las funciones nominadoras al Secretario General del CIADI (Art. 8 (2) (iii) del modelo sueco y Art. 9.2 (c) del modelo danés); el modelo de India

respecta a la elección del órgano arbitral, podemos sintetizar los distintos enfoques que adoptan los modelos de la siguiente manera:

Una primera posibilidad se contempla en aquellos modelos que remiten directamente a un catálogo de reglas arbitrales preestablecidas, habitualmente las reglas CNUDMI, que han de regir todos los aspectos concernientes al procedimiento arbitral, incluido la selección de los árbitros y el tipo de órgano arbitral (único árbitro o tribunal arbitral). Esta última opción es la que sigue, por ejemplo, el Art. 12 (1) (iiii) del modelo austriaco, el Art. 10 (2) (3) del modelo alemán o el Art. 8 (2) (c) del modelo británico.

Otra alternativa se contempla en aquellos modelos que prevén la constitución de un tribunal arbitral *ad hoc* y, a tal fin, incorporan un mecanismo detallado para designar a los árbitros. En este supuesto, lo usual es que el tribunal arbitral esté compuesto por tres miembros, permitiendo que cada parte en la controversia elija a un árbitro, mientras que los dos árbitros así elegidos deben designar al tercero de común acuerdo. Este último actúa como presidente del tribunal arbitral, siendo habitual que se exija que este tercer árbitro no pueda ser nacional de ninguna de las partes en la controversia. A tal fin, los modelos se acompañan de mecanismos destinados a solventar la composición del tribunal ante cualquier eventualidad. Si, por cualquier razón, la designación de los árbitros no se realiza dentro del plazo señalado para ello, o si los árbitros designados por las partes no eligen al presidente, tales nombramientos serán realizados por un tercero que actúa como autoridad nominadora. Aunque en la mayoría de cláusulas las funciones nominadoras se atribuyen al Presidente de la CIJ o, en su defecto, al Vicepresidente o al juez más antiguo, también existe una tendencia en los modelos norteamericanos a confiar ese rol en el Secretario General del CIADI⁷⁰.

Por último, una tercera alternativa es la que trata de combinar los dos enfoques anteriores a través de un mecanismo que, en principio, se remite a un catálogo de reglas preexistentes si bien a continuación permite a las partes modificar ciertos aspectos de las reglas en cuestión. Por ejemplo, el Art. 9 (3) (c) del modelo de India remite la organización del arbitraje *ad hoc* a las normas CNUDMI, modificadas en lo relativo a la designación del tribunal arbitral⁷¹. En cambio, el Art. 10.2 (c) del modelo croata deja

también modifica estas reglas, encomendando las funciones nominadoras al Presidente de la CIJ o, en su defecto, al Vicepresidente (Art. 9 (3) (c)).

⁷⁰ Así, el Art. 30 del modelo canadiense dispone que, en el supuesto que las partes no designen a sus árbitros en un plazo de 90 días, las funciones nominadoras corresponderán al Secretario General del CIADI, que podrá nombrar a su discreción a los árbitros todavía no designados, teniendo en cuenta que el presidente no podrá ser nacional de ninguna de las partes. De igual modo, el Art. 27 del modelo estadounidense confía en esta misma autoridad las tareas nominadoras, aunque la elección del presidente es libre y no se construye a las personas que no posean la nacionalidad de ninguna de las partes. Poco frecuente es la previsión del Art. 12.5 del modelo iraní, que confiere las funciones designadoras al Secretario General de la CPA.

⁷¹ [...] (3) The Arbitration procedure shall be as follow: [...]

(c) to an *ad hoc* arbitral tribunal by either party to the dispute in accordance with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law, 1976, *subject to the following modifications*:

(i) The appointing authority under Article 7 of the Rules shall be the President, the Vice-President or the next senior Judge of the International Court of Justice, who is not a national of either Contracting Party. The third arbitrator shall not be a national of either Contracting party.

abierta esta cuestión, pues remite su regulación a las normas CNUDMI tal como fueron modificadas en la última revisión aceptada por las partes en la controversia.

4. El Derecho aplicable a la controversia

Como veremos a continuación, las disposiciones procesales recogidas en los modelos de APPRI dotan de un amplio margen de maniobra a los árbitros en lo que a la determinación del derecho aplicable a la controversia se refiere (*choice of law*). Y es que, una vez aceptada la oferta de arbitraje, la cláusula sobre el derecho aplicable se convierte en la elección del derecho acordada por las partes en el arbitraje⁷². En la mayoría de las cláusulas de solución de controversias inversor-Estado se ofrece al tribunal la posibilidad de aplicar distintos elementos interpretativos, siendo tres los más frecuentes, a saber: a) el derecho nacional del Estado de la inversión, incluidas sus normas de conflicto de leyes; b) las disposiciones del APPRI; y c) las normas y/o principios de DI pertinentes. No es habitual la mención expresa a los términos del “contrato particular de inversión”, como prevé el Art. 8.5 del modelo de Burundi.

Son pocas las cláusulas que establecen que el órgano arbitral decidirá exclusivamente conforme a las “disposiciones del Acuerdo”⁷³, puesto que el enfoque general que siguen los modelos especifica que el tribunal adoptará su decisión basándose en las disposiciones del tratado y en las normas y/o principios de DI aplicables en las relaciones entre las partes⁷⁴. Menos habitual es que las cláusulas sobre el derecho aplicable hagan referencia al derecho nacional del Estado receptor de la inversión, como

(ii) The parties shall appoint their respective arbitrators within two months.

[...]. Cursiva añadida. Esta modificación de las reglas CNUDMI que afecta a la autoridad nominadora tiene su reflejo en la práctica convencional, tal y como se constata en el Art. 12.3 c) del APPRI celebrado entre India y España (BOE 3-2-1999).

⁷² No obstante, cuando los modelos guardan silencio sobre el derecho aplicable, siempre que dispongan el recurso al arbitraje CIADI o a las normas de la CNUDMI o a cualquier otro mecanismo arbitral, las Reglas de Arbitraje de ambos instrumentos pueden ofrecer una guía al respecto. Por ejemplo, de conformidad con el Art. 33.1 del Reglamento CNUDMI (cuyo contenido coincide con el Art. 33 de las Reglas Facultativas de la CPA), se prevé que, a falta de acuerdo entre las partes sobre el derecho aplicable, el tribunal deberá adoptar su decisión basándose en el derecho que determinen las normas de conflicto que considere aplicable. En cuanto al arbitraje institucional, el Art. 42 (1) del Convenio CIADI establece un orden de preferencia respecto al derecho aplicable. En primer lugar, el tribunal debe aplicar las reglas acordadas por las partes. A falta de acuerdo, se aplicará el derecho nacional del Estado contratante receptor de la inversión, incluidas sus reglas relativas a los conflictos de ley. Y, por último, el tribunal aplicará las reglas y principios de DI generalmente admitidos. En cambio, conforme al Capítulo XI del TLCAN, un tribunal arbitral está obligado a aplicar las disposiciones del TLCAN, las reglas de DI aplicables y las interpretaciones que realice la Comisión de Libre Comercio del TLCAN (Art. 1131 TLCAN). Por tanto, un órgano arbitral constituido conforme a sus previsiones podría excederse en su jurisdicción en caso de resolver una reclamación basándose únicamente en el derecho nacional.

⁷³ Art. 9 (3) (c) (iv) del modelo indio. Una variante se recoge en el Art. 14.1 del borrador de modelo noruego que se refiere a las disposiciones del tratado “interpretadas y aplicadas conforme a las reglas de interpretación del Derecho internacional”.

⁷⁴ Así, mientras algunos modelos disponen que el tribunal arbitral resolverá “*in accordance with this Agreement and applicable rules of international law*” (Art. 40.1 del modelo canadiense); otros, como el modelo colombiano (Art. X.12) se refiere a la posibilidad de decidir “*on the general principles and international customary law*”.

prevé el Art. 13.3 del modelo tailandés, lo que permite a las partes contratantes salvaguardar mejor los intereses esenciales de su política económica o energética⁷⁵. Tampoco es frecuente que la referencia al derecho nacional del Estado parte incluya sus normas de conflicto de leyes, como prevé el Art. X.12 del modelo colombiano, que regula con detalle la cuestión del derecho aplicable al señalar que:

“The dispute settlement mechanisms provided in this Agreement will be based on the provisions of the present Agreement, the national law of the Contracting Party in whose territory the investment has been made, including the rules related to conflict of laws, on the general principles of law and international customary law”.

Incluso, el Art. 7 (4) del modelo sudafricano parece establecer un orden de preferencia respecto al derecho aplicable que prioriza la aplicación del derecho nacional del Estado de la inversión, incluyendo sus normas de conflicto de leyes.

A este respecto, el Derecho de la Unión Europea (UE) resulta de aplicación para resolver controversias basadas en modelos elaborados por Estados miembros de la UE, al menos cuando en ellos se dispone que los tribunales arbitrales deben resolver aplicando no sólo las disposiciones del APPRI, sino igualmente el “derecho interno de las partes”⁷⁶ o el “Derecho internacional aplicable a las partes”. Cuando el modelo prevé la aplicación por los tribunales arbitrales del derecho interno de las partes, resulta evidente que el Derecho de la UE forma parte del ordenamiento interno de los Estados miembros, gozando en ellos de eficacia directa y de primacía sobre las normas nacionales. Pero incluso cuando un modelo de APPRI disponga únicamente – como no resulta infrecuente – la aplicación por los tribunales arbitrales de sus disposiciones y, en su caso, de las normas de Derecho Internacional general (Art. 16 (1) del modelo austriaco; Art. 10.4 del modelo de Grecia), difícilmente podrá un laudo resolver si hubo trato justo o equitativo sin tomar en consideración si la medida del Estado de inversión era o no contraria al Derecho de la UE, pues las disposiciones contenidas en los Tratados que rigen la UE tienen naturaleza de Derecho Internacional⁷⁷. El laudo sobre

⁷⁵ Art. 13.1: “The arbitral tribunal established under this Article shall reach its decision *on the basis of national laws and regulations of the Contracting Party*, which is a party to the dispute, the provisions of the present Agreement, as well as applicable rules of international law”. La cursiva es nuestra. Ahora bien, en caso de conflicto entre las disposiciones del APPRI y el derecho interno, distintos órganos arbitrales han señalado que el Derecho internacional tiene prioridad sobre el derecho interno del Estado receptor: *Caso LG & E c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad de 3-1-2006, párr. 94); *Caso Duke Energy c. Perú* (Caso CIADI N° ARB/03/28, Decisión sobre Jurisdicción de 1-2-2006, párr. 162).

⁷⁶ Por ejemplo, el Art. 16 (2) del modelo austriaco o también el Art. 8.6 del APPRI entre España y la República Checa de 1990.

⁷⁷ Véase DÍEZ-HOCHLEITNER, J., “El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 33 (2010), enero/marzo, 5-43, p. 40. Este autor justifica la aplicación del Derecho de la UE al entender que, en primer lugar, y de acuerdo con el Art. 31.3 c) del Convenio de Viena de 1969, al interpretar un tratado debe tenerse en cuenta “toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes”; y, en segundo lugar, porque al estar obligadas las dos partes en el APPRI por el Derecho de la UE y siendo éste parte de sus respectivos derechos internos, no parece razonable que un tribunal arbitral resuelva haciendo abstracción de este ordenamiento: *ibíd.*

jurisdicción del tribunal arbitral en el *Caso Eureko B.V. c. Eslovaquia* se ha convertido en una decisión de referencia en relación con el derecho aplicable a las controversias entre Estados miembros de la UE. Esta disputa, surgida en el marco del APPRI entre los Países Bajos y Eslovaquia celebrado en 1992, permitió al tribunal arbitral pronunciarse sobre una objeción a su jurisdicción referida a la inaplicabilidad del APPRI en virtud del Derecho de la UE, afirmando al respecto que el Derecho de la UE es relevante a efectos de determinar el alcance de los derechos y obligaciones bajo el APPRI, como parte de la ley aplicable prevista en el Art. 8.6 del APPRI y como parte del Derecho alemán que resulta aplicable por ser la *lex loci arbitri*, circunstancia que hizo que el tribunal quedara sujeto al Derecho alemán. Así, al tratarse de un arbitraje *ad hoc* alemán el tribunal señaló que: “Although EU law, as between the EU and member States of the EU (including Respondent and the Netherlands, but not Claimant), operates at the level of international law, EU law operates, as between the Parties, as part of German law as the *lex loci arbitri* (...). It is, however, possible that the Parties’ consent and the jurisdiction flowing from such consent might be circumscribed not only by the terms of the BIT itself but also both by international law applicable to the BIT and by provisions of German law incorporating EU law”⁷⁸.

Por su parte, el Art. 30 del modelo estadounidense distingue el derecho aplicable a la controversia en función del objeto de la reclamación. En efecto, si la reclamación se refiere a la violación de cualquier obligación prevista en los Artículos 3 a 10 del tratado, el tribunal decidirá basándose en el propio tratado y en las reglas de DI aplicables (Art. 30.1). Ahora bien, si la reclamación tiene como objeto la presunta violación de una licencia de inversión o de un acuerdo de inversión, el tribunal deberá aplicar, conforme a su Art. 30.2, las siguientes reglas:

- (a) “the rules of law specified in the pertinent investment authorization or investment agreement, or as the disputing parties may otherwise agree; or
- (b) If the rules of law have not been specified or otherwise agreed:
 - (i) the law of the respondent, including its rules on the conflict of laws; and
 - (ii) such rules of international law as may be applicable”.

Asimismo, el Art. 30.3 del modelo estadounidense introduce un elemento de flexibilidad en relación con el derecho aplicable pues permite que, en virtud de una declaración conjunta de las partes, éstas declaren que su interpretación respecto de una disposición del tratado sea obligatoria para cualquier tribunal establecido bajo el mismo⁷⁹, disposición que ha sido recogida en la práctica convencional española, en particular en el Art. XV.2 del APPRI celebrado entre México y España⁸⁰.

⁷⁸ *Eureko B.V. c. Eslovaquia* (Caso CPA N° 2008-13, Laudo sobre jurisdicción, arbitrabilidad y suspensión de 26-10-2010, párs. 225-226). Véase también el laudo parcial dictado previamente en el *Caso Eastern Sugar B.V. (Netherlands) c. República Checa* (Caso CCE N° 88/2004, Laudo parcial de 27-3-2007, en http://www.iisd.org/pdf/2007itn_eastern_sugar.pdf.)

⁷⁹ En la línea apuntada por el Tratado de Libre Comercio con la República Dominicana y Centroamérica, 5 de agosto de 2004, Art. 10.22 (3) (“Una decisión de la Comisión en la que se declare la interpretación de una disposición de este Tratado, conforme al Artículo 19.1.3 (c) [la Comisión de Libre Comercio], será obligatoria para un tribunal que se establezca de conformidad con esta Sección, y toda decisión o laudo emitido por el tribunal deberá ser compatible con esta decisión”). Cursiva añadida. Véase también

5. El reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales

Una vez el órgano arbitral emite el laudo arbitral, su decisión no sólo es definitiva y obligatoria sino también ejecutable. Por lo que se refiere a la ejecución del laudo, el enfoque predominante en la mayoría de los modelos establece que los Estados contratantes se comprometen a reconocer y ejecutar el laudo en sus respectivos territorios conforme su derecho interno (Art. VII.3 del modelo turco)⁸¹. Ahora bien, esta previsión puede ser superflua en relación con los laudos dictados al amparo del Convenio CIADI – cuya obligatoriedad se reconoce en virtud del Art. 54 de dicho Convenio –, o que han de ejecutarse en el territorio de los Estados parte en el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958⁸² (Convenio de Nueva York). Sin embargo, sí es relevante respecto los laudos que no cuentan con aquella garantía, como los dictados por un tribunal arbitral constituido conforme al Mecanismo complementario o a las normas de la CNUDMI, como reconoce el Art. 8.4 del modelo sueco.

Este enfoque parte del principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, por lo que se presume que el Estado adoptará todas las medidas legislativas necesarias en su ordenamiento interno para cumplir con la obligación de ejecución de una sentencia arbitral. Sin embargo, no siempre sucede así, pues la práctica nos ofrece ejemplos de Estados que incumplen de manera manifiesta y reiterada la obligación de ejecutar el laudo arbitral, caso de Argentina⁸³. En tal supuesto, al inversor le queda la alternativa de requerir a su Estado para que sea éste quien trate de conseguir la ejecución del laudo planteando la reclamación por vía diplomática o ante una jurisdicción internacional (por ejemplo, un arbitraje entre Estados). Esta última posibilidad se recoge en el Art. 45.5 del modelo canadiense que prevé que, si una de las partes no acata o cumple el laudo, la Comisión encargada de supervisar la implementación del Acuerdo y de resolver las controversias a que de lugar su interpretación o aplicación (Art. 51), a requerimiento del inversor, podrá establecer un arbitraje entre Estados conforme a la Sección D del modelo. No obstante, esta posibilidad queda restringida en la medida que la parte demandante sólo podrá solicitar

el Art. 48 (c) del modelo del IISD (que habla de una *declaración interpretativa adoptada por la “Conferencia de las Partes”*).

⁸⁰ “La interpretación que formulen las Partes Contratantes de común acuerdo sobre una disposición de este Acuerdo será obligatoria para cualquier tribunal establecido de conformidad con el mismo”. Estas interpretaciones conjuntas voluntarias – “acuerdos posteriores”, según el Art. 31.3 a) del Convenio de Viena – pueden integrar el contexto en el cual debe interpretarse una determinada disposición del tratado.

⁸¹ Art. 8 (7) del modelo sueco; Art. 9.5 del modelo finés; Art. 7 (5) del modelo sudafricano; Art. 10.3 del modelo croata; Art. 10 (3) del modelo alemán; Art. 8.4 del modelo de Perú; Art. 11.3 del modelo tailandés.

⁸² BOE 11-7-1977.

⁸³ Como señala C. JIMÉNEZ PIERNAS, la notable práctica arbitral en el caso de Argentina presenta muchas incógnitas para los inversores extranjeros pues, en varias ocasiones, las trabas legales establecidas por el gobierno argentino a la ejecución de los laudos arbitrales dictados en su contra, un comportamiento que contraviene las obligaciones internacionales acordadas en el Convenio CIADI, ha relativizado los efectos de un laudo favorable a los inversores: “La expropiación de YPF: análisis desde el Derecho Internacional”, *Real Instituto Elcano*, ARI 31/2012, 1-9, p. 5.

al tribunal que declare que el incumplimiento del laudo es inconsistente con el tratado y recomiende su ejecución a la parte incumplidora.

Algunos modelos incorporan otras garantías en orden a asegurar la ejecución del laudo. La redacción empleada en ciertas disposiciones procesales manifiesta que el arbitraje inversor-Estado tendrá lugar en el territorio de un Estado que sea parte en el Convenio de Nueva York de 1958⁸⁴, y que las reclamaciones sometidas a arbitraje se considerarán surgidas de una relación u operación comercial a los efectos del Art. 1 de este Convenio⁸⁵. Incluso, algunos textos bilaterales prevén una garantía adicional para asegurar la ejecución del laudo al disponer que, durante el procedimiento arbitral o en la ejecución del laudo, el Estado huésped no podrá plantear como objeción que el inversor ha recibido una compensación en virtud de una garantía o contrato de seguro destinado a cubrir todo o parte del daño sufrido⁸⁶.

V. NUEVAS TENDENCIAS EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO

1. La promoción de la transparencia procesal en el arbitraje inversor-Estado

Haciéndose eco de la experiencia acumulada en la aplicación del TLCAN por parte de distintos tribunales, los modelos de APPRI de los Estados norteamericanos han incorporado ciertas innovaciones procesales que buscan promover una mayor legitimidad en el arbitraje de inversiones. Estas innovaciones se dirigen a favorecer la transparencia procesal en relación con dos aspectos: por un lado, posibilitando que las audiencias y los documentos procesales sean accesibles al público; y, por otro, permitiendo la participación de terceros en el procedimiento arbitral⁸⁷.

Por lo que respecta a la publicidad de la fase oral del procedimiento, que en el marco del CIADI se hace depender de la voluntad de las partes y no del órgano arbitral, los modelos de APPRI de Estados Unidos y Canadá, han invertido el alcance de esta regla y

⁸⁴ Art. 10 (3) del modelo alemán; Art. 9.4 del modelo griego y Art. 9.4 del modelo danés.

⁸⁵ Art. 45.7 del modelo canadiense; Art. 34.10 del modelo estadounidense, que dispone que: "A claim that is submitted to arbitration under this Section shall be considered to arise out of a commercial relationship or transaction for purposes of Article I of the New York Convention [and Article I of the Inter-American Convention]. De igual modo, el Art. 14 del modelo austriaco. En la práctica convencional española sólo el APPRI celebrado con México recoge una disposición de este tipo (Art. XVII.5).

⁸⁶ Art. 10 (5) del modelo alemán; Art. 10 (5) del modelo griego; Art. 9.6 del modelo danés; Art. 10.4 del modelo croata y Art. 9.4 del modelo finés. Esta garantía en la ejecución de las decisiones o fallos se recoge en el Art. 11.6 del APPRI celebrado entre España y Kuwait (*BOE* 1-4-1998), que además dispone que la parte contratante no alegará su inmunidad soberana como excepción a la ejecución del laudo.

⁸⁷ En este sentido, a la hora de establecer mecanismos de solución de controversias inversor-Estado de calidad en los futuros tratados bilaterales de inversión que suscriba la UE con terceros países, la Comisión Europea destaca la transparencia procesal como uno de los principales retos, pues la UE debería garantizar que la resolución de litigios entre el inversor y el Estado se realice con transparencia (por lo que se refiere, entre otras cosas, a las peticiones de arbitraje, audiencias públicas, observaciones *amicus curiae* o publicación de laudos): *vid. Hacia una política global europea en materia de inversión internacional*, Doc. COM (2010) 343 final, p. 11.

permiten que los tribunales se pronuncien sobre la publicidad de las actuaciones procesales. En este orden de cosas, el Art. 29 del modelo de APPRI estadounidense permite que, bajo ciertas condiciones, los particulares puedan estar presentes en las audiencias y acceder a ciertos documentos procesales. Respecto a la obtención de documentos relacionados con el procedimiento, este modelo trata de mantener un equilibrio entre los principios de transparencia y confidencialidad. Así, la información librada a los participantes sería exclusivamente la que fuera acordada por el tribunal, si bien éste no podrá requerir a un Estado para desclasificar información cuando sea contrario a sus leyes nacionales o afecte a su confidencialidad⁸⁸. En todo caso, no podrá extenderse a aquellos documentos calificados como confidenciales por el tribunal.

En cuanto al acceso a las audiencias y la obtención de documentos procesales, el modelo canadiense mantiene una aproximación similar al estadounidense y contempla ambos aspectos a través del deber de transparencia que su Art. 38 impone a las partes. Este precepto refuerza la publicidad de la fase oral del procedimiento arbitral permitiendo al tribunal determinar si las audiencias se celebran *in camera* o, si por el contrario, se abren al público. Ahora bien, en aras a proteger el carácter confidencial de cierta información el tribunal podrá decidir que una parte de las audiencias se celebren *in camera*⁸⁹.

Entre los países europeos, el borrador de modelo noruego regula con detalle el acceso del público a todos los documentos procesales y los criterios que deben guiar al tribunal

⁸⁸ El Art. 29 de este modelo dispone que: “1. Subject to paragraphs 2 and 4, the respondent shall, after receiving the following documents, promptly transmit them to the non-disputing Party and make them available to the public:

- a) the notice of the intent;
- b) the notice of arbitration;
- c) pleadings, memorials, and briefs submitted to the tribunal by a disputing party and any written submissions submitted pursuant to Article 28 (2) [Non-Disputing Party submissions] and (3) [Amicus Submissions] and Article 33 [Consolidation];
- d) minutes or transcripts of hearings of the tribunal, where available; and,
- e) orders, awards, and decisions of the tribunal.

2. The tribunal shall conduct hearings open to the public and shall determine, in consultation with the disputing parties, the appropriate logistical arrangements. However, any disputing party that intends to use information designated as protected information in a hearing shall so advise the tribunal. The tribunal shall make appropriate arrangements to protect the information from disclosure.

3. Nothing in this Section requires a respondent to disclose protected information or to furnish or allow access to information that it may withhold in accordance with Article 18 [Essential Security Article] or Article 19 [Disclosure of Information Article].

[...]”.

⁸⁹ Este deber de transparencia se expresa así:

“1. Hearings held under this Section shall be open to the public. To the extent necessary to ensure the protection of confidential information, including business confidential information, the Tribunal may hold portions of hearings *in camera*.

2. The Tribunal shall establish procedures for the protection of confidential information and appropriate logistical arrangements for open hearings, in consultation with the disputing parties.

3. All documents submitted to, or issued by, the Tribunal shall be publicly available, unless the disputing parties otherwise agree, subject to the deletion of confidential information.

4. Notwithstanding paragraph 3, any Tribunal award under this Section shall be publicly available, subject to the deletion of confidential information (...).”.

para declarar que una determinada información es confidencial⁹⁰. El Art. 19 de dicho modelo (“Transparency of proceedings”) es ilustrativo sobre este particular al señalar que:

- “1. All documents submitted to, or issued by, the Tribunal shall immediately be made publicly available by the Tribunal.
2. When submitting information to the Tribunal, a Party to the dispute may designate specific information as confidential if the information
 - i. is not generally known or accessible to the public
 - ii. if disclosed would cause or threaten to cause prejudice to an essential interest of any individual or entity, or to the interest of a PartySuch information shall be treated as confidential and shall only be made available to the parties to the dispute and to the other Party.
3. If another Party objects to the designation of information as confidential, the Tribunal shall decide if the designation meets the above mentioned criteria. If the Tribunal considers that the information does not meet the criteria, the Party submitting the information may
 - i. withdraw the information, or
 - ii. withdraw the designation of the information as confidential.
4. The Tribunal shall conduct hearings open to the public and shall determine, in consultation with the disputing parties, the appropriate logistical arrangements”.

En cuanto a la participación de terceros en el arbitraje, el Art. 39 del modelo canadiense admite expresamente la intervención de terceros en calidad de *amicus curiae*. Este modelo ha sido permeable a una tendencia iniciada en el TLCAN, y contempla que terceros ajenos a las partes en el procedimiento arbitral puedan presentar escritos ante el tribunal en calidad de *amicus curiae*, suministrando al tribunal ciertos criterios que le pueden guiar para autorizar o no la participación del tercero, incluso para determinar cuál es el valor que dichas alegaciones han de tener en el procedimiento. Asimismo, el Art. 18.3 del borrador de modelo noruego establece una serie de directrices al tribunal para que éste pueda ejercer tal facultad que, en líneas generales, le autoriza a aceptar la presentación de escritos por parte de *amicus curiae* a cargo de personas o entidades que no sean parte en la controversia, con la condición de que su contenido se refiera a las cuestiones fácticas y jurídicas relacionadas con el litigio y que fueran relevantes para su resolución. El tribunal, además, deberá reflejar en su decisión tanto los argumentos presentados por las partes como los introducidos por los *amicus curiae*.

Este enfoque pone de relieve que las obligaciones de transparencia procesal favorecen la legitimidad del arbitraje en todas sus fases. Sin embargo, también pueden incrementar la carga de la prueba de las partes o condicionar la confidencialidad del procedimiento. Por ejemplo, las partes en el arbitraje pueden encontrarse ante la tesitura de presentar documentos o pruebas adicionales para responder a los argumentos introducidos en un

⁹⁰ Vid. MUCHLINSKI, P. “Trends in International Investment Agreements: Review of the Model Bilateral Investment Treaties of Norway, South Africa and the United States”, en K.P. Sauvant (ed.), *Yearbook of International Investment Law & Policy 2009/2010*, Oxford University Press, 2010, pp. 41-85.

escrito *amicus curiae*. En todo caso, la codificación de esta institución procesal en ciertos modelos de APPRI no debiera afectar a los derechos procesales de las partes, ni tampoco interferir en las deliberaciones del tribunal arbitral, que siempre tendrán carácter confidencial.

2. La promoción de la economía procesal en el arbitraje inversor-Estado

En los últimos años los modelos de APPRI han incorporado en las cláusulas de solución de controversias inversor-Estado un conjunto de disposiciones que abogan por la promoción del principio de economía procesal en el arbitraje de inversiones.

En primer lugar, ante el significativo incremento de los arbitrajes a instancia de los inversores los modelos de los Estados norteamericanos introducen en sus preceptos un procedimiento para evitar las reclamaciones “frívolas”, es decir, aquellas que carecen manifiestamente de base jurídica. A tal efecto, el órgano arbitral deberá pronunciarse, como cuestión preliminar, sobre cualquier objeción presentada por el demandado en la que se argumente que la reclamación no se refiere a las disposiciones del acuerdo respecto de las que el tribunal puede pronunciarse. Al decidir sobre una cuestión preliminar, el tribunal debe asumir que los hechos alegados en apoyo de las pretensiones jurídicas son ciertos, por lo que su decisión sobre la objeción deberá tener como presupuesto las bases fácticas previamente alegadas. Este enfoque se recoge en el Art. 28.4 del modelo estadounidense, a cuyo tenor se dispone que:

“[...]. 4. Without prejudice to a tribunal’s authority to address other objections as a preliminary question, a tribunal shall address and decide as a preliminary question any objection by the respondent that, as matter of law, a claim submitted is not a claim for which an award in favour of the claimant may be made under Article 34.

(a) Such objection shall be submitted to the tribunal as soon as possible after the tribunal is constituted, and in no event later than the date the tribunal fixes for the respondent to submit its counter-memorial (or, in the case of an amendment to the notice of arbitration, the date the tribunal fixes the respondent to submit its response to the amendment).

(b) On receipt of an objection under this paragraph, the tribunal shall suspend any proceedings on the merits, establish a schedule for considering the objection consistent with any schedule it has established for considering any other preliminary question, and issue a decision or award on the objection, stating the grounds therefor.

(c) In deciding an objection under this paragraph, the tribunal shall assume to be true claimant’s factual allegations in support of any claim in the notice of arbitration (or any amendment thereof) and, in disputes brought under the UNCITRAL Arbitration Rules, the statement of claim referred to in Article 20 of the UNCITRAL Arbitration Rules. The tribunal may also consider any relevant facts not in dispute.

(d) The respondent does not waive any objection as to competence or any argument on the merits merely because the respondent did or did not raise an objection under this paragraph or make use of the expedited procedure set out in paragraph 5.

5. In the event that the respondent so request within 45 days after the tribunal is constituted, the tribunal shall decide on an expedited basis an objection under paragraph 4 and any objection that the dispute is not within the tribunal's competence. The tribunal shall suspend any proceedings on the merits and issue a decision or award on the objection(s), stating the grounds therefore, no later than 150 days after the date of the request. However, if a disputing party request a hearing, the tribunal may take an additional 30 days to issue the decision or award. Regardless of whether a hearing is requested, a tribunal may, on a showing of extraordinary cause, delay issuing its decision or award by additional brief period, which may not exceed 30 days".

El objetivo que persigue este procedimiento expedito consiste en evitar la pérdida de tiempo y de recursos que conlleva el hecho que el tribunal conozca de las reclamaciones que carecen manifiestamente de base jurídica, lo que se evidencia en los plazos temporales dispuestos en el párrafo 5. De igual modo, el Art. IX.13 del modelo colombiano establece que, antes de pronunciarse sobre el fondo, el tribunal deberá considerar si se han planteado reclamaciones u objeciones "frívolas" a cargo del demandante o del demandado, en cuyo caso debe ofrecer a las partes la oportunidad de realizar las observaciones oportunas. Si el tribunal considera que la reclamación carece manifiestamente de base jurídica impondrá los costes a la parte demandante.

En segundo lugar, existen mecanismos destinados a evitar la duplicidad de procedimientos sobre una misma controversia. Son pocos los modelos que prevén que, si el inversor elige someter su reclamación ante los tribunales nacionales del Estado huésped, su decisión extingue el derecho a iniciar un arbitraje internacional y viceversa. Esta técnica de renuncia implícita se recoge todavía en ciertos modelos de Estados latinoamericanos⁹¹. Otros modelos convergen en la misma dirección, introduciendo cierta flexibilidad al permitir que el inversor pueda escoger la vía del arbitraje en cualquier momento, incluso después de haber sometido la reclamación ante los tribunales nacionales. Así, el Art. 9.3 del modelo finés prevé la posibilidad de acudir en cualquier momento al arbitraje internacional, incluso si la controversia hubiera sido sometida a los tribunales internos, siempre y cuando el tribunal nacional no hubiera emitido su decisión y el demandante desistiera de la instancia judicial en curso (en términos parecidos se pronuncia el Art. 12.3 del modelo de Irán).

Finalmente, y con el fin de evitar decisiones contradictorias entre distintos tribunales, los modelos canadiense y estadounidense disciplinan un mecanismo de acumulación procesal (Artículos 32 y 33, respectivamente) que desarrolla y perfecciona el previsto en el Art. 1126.2 del TLCAN⁹². Así, ante falta de acuerdo entre todas las partes implicadas en los asuntos que pudieran ser objeto de acumulación, ambos modelos establecen un procedimiento reglado de acumulación. En concreto, se prevé la constitución de un tribunal arbitral de acumulación que entenderá de la solicitud de una de las partes de

⁹¹ Como el Art. IX.7 del modelo colombiano o el Art. 8.3 del modelo peruano.

⁹² Para un análisis detallado de esta cuestión véase FERNÁNDEZ MASIÁ, E., "Presente y futuro de la acumulación de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 11 (2006), 1-14, pp. 11-13. Una disposición similar se contiene en el Art. XIV.1 del APPRI celebrado entre México y España.

acumular los procedimientos pendientes ante tribunales arbitrales distintos que hayan fundado su competencia en la cláusula de solución de controversias prevista en el APPRI. La acumulación será posible siempre que las reclamaciones planteen cuestiones en común de hecho o de derecho y hayan surgido de los mismos hechos o circunstancias⁹³. La solicitud de acumulación ha de ir dirigida al Secretario General del CIADI y se transmitirá al resto de partes en los distintos procedimientos que se desee acumular. El Secretario General tiene la posibilidad de rechazar la solicitud si la considera infundada. Si por el contrario, estimase que ha de poner en marcha el procedimiento, se cuenta con un plazo de entre treinta y sesenta días – según el modelo aplicable – para la constitución del tribunal que estará formado por tres árbitros⁹⁴. El tribunal arbitral de acumulación tiene distintas posibilidades en cuanto a su decisión: en primer lugar, puede asumir su jurisdicción y conocer conjuntamente de todas o parte de las reclamaciones; en segundo lugar, puede solamente asumir y conocer alguna de las reclamaciones, si su decisión pudiera contribuir a la resolución de las restantes e incluso en algunos casos, instruir a alguno de los tribunales arbitrales constituidos previamente para que sea éste el que asuma y conozca de la totalidad o parte de las reclamaciones⁹⁵. El procedimiento arbitral ante este tribunal de acumulación se sustancia de acuerdo a las normas CNUDMI⁹⁶. Cabe subrayar que la competencia de este tribunal tiene primacía puesto que ningún otro tribunal podrá declararse competente y conocer de cualquier reclamación mientras que no exista una decisión suya al respecto, de la misma forma que también será posible suspender los procedimientos arbitrales previos mientras no exista una decisión del tribunal en cuestión⁹⁷.

⁹³ Art. 32.2 del modelo canadiense; Art. 33.1 del modelo estadounidense, a cuyo tenor se dispone que: “1. Where two or more claims have been submitted separately to arbitration under Article 24 (1) and the claims have a question of law or fact in common and arise out of the same events or circumstances, any disputing party may seek a consolidation order in accordance with the agreement of all the disputing parties sought to be covered by the order or the terms of paragraphs 2 through 10”.

2. A disputing party that seeks a consolidation other under this Article shall deliver, in writing, a request to the Secretary-General [CIADI] and to all the disputing parties sought to be covered by the order and shall in the request:

- a) the names and addresses of all the disputing parties sought to be covered by the order;
- b) the nature of the order sought; and
- c) the grounds on which the order is sought.

3. Unless the Secretary-General finds within 30 days after receiving a request under paragraph 2 that the request is manifestly unfounded, a tribunal shall be established under this Article.

[...]”.

⁹⁴ El tribunal, formado por tres árbitros, será designado, salvo acuerdo de las partes, de la siguiente forma: un árbitro por acuerdo de los demandantes, un árbitro por el demandado y el árbitro presidente que será designado por el Secretario General del CIADI, y que no será nacional de ninguna de las partes. En caso de falta de designación, se prevé que sea el Secretario General del CIADI quien los nombre: Art. 32.3 del modelo canadiense; y Art. 33.3, 33.4 y 33.5 del modelo estadounidense.

⁹⁵ Art. 32.3 del modelo canadiense; Art. 33.6 del modelo estadounidense.

⁹⁶ Art. 32.1 del modelo canadiense y Art. 33.8 del modelo estadounidense, respectivamente.

⁹⁷ Arts. 33.8 y 33.9 del modelo de Canadá; y Art. 33.9 y 10 del modelo de Estados Unidos.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

1. Siguiendo el patrón establecido en los acuerdos multilaterales en materia de inversiones más relevantes, las disposiciones procesales contenidas en los modelos de APPRI recogen un mecanismo de solución de controversias “bifronte”, es decir, uno para las controversias que surjan entre los Estados contratantes y otro diferente para las disputas entre un inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión. Se trata de una distinción generalizada en los modelos de APPRI, si bien existen diferencias y similitudes entre ambos mecanismos de solución de controversias. Es habitual, por ejemplo, que ambos tipos de cláusulas dispongan el recurso al binomio negociación-arbitraje y que aborden de manera similar otras cuestiones referentes al procedimiento arbitral, en particular las normas sobre la elección de los árbitros o las reglas de arbitraje.

La práctica relacional estudiada pone de relieve que las disposiciones que regulan la solución de controversias inversor-Estado en los modelos de APPRI emplean una redacción cada vez más sofisticada. La mayoría de los modelos nacionales incorporan las cláusulas de solución de controversias más típicas, instrumentadas a través de una serie de disposiciones que regulan las siguientes cuestiones: alcance del mecanismo de solución de controversias, condiciones procesales previas al arbitraje, elección de la sede arbitral, derecho aplicable al fondo y obligación de las partes de reconocer y ejecutar el laudo dictado. La regulación de otros aspectos de naturaleza procesal suele abordarse por referencia a reglas preexistentes, como las reglas procesales del CIADI o de la CNUDMI. Frente a esta regulación más tradicional, los modelos estadounidense y canadiense han establecido un conjunto de reglas mucho más desarrollado y preciso en las disposiciones procesales que acompañan a sus modelos nacionales.

2. De la misma forma, se aprecia una creciente disposición de los Estados por introducir ciertos elementos de flexibilidad en los mecanismos de solución inversor-Estado cuya finalidad es facilitar la realización del principio *favor inversionis*. Así, es un rasgo común en las cláusulas de solución de controversias inversor-Estado ofrecer al inversor la posibilidad de elegir entre varias reglas e instituciones arbitrales, dejando siempre la opción de acudir a cualquier método alternativo pactado. Por lo que respecta a la sede arbitral, la opción más común es el recurso al arbitraje institucional según las reglas del CIADI o conforme su Mecanismo Complementario. Otra opción muy extendida es el arbitraje *ad hoc* organizado conforme las reglas CNUDMI, mientras que el arbitraje ante otras instancias es una alternativa prevista en pocos modelos. En cualquier caso, todavía no se ha generalizado una cláusula de sumisión expresa al arbitraje inversor-Estado, siendo escasos los modelos (Colombia, Croacia) que prevén el consentimiento anticipado e irrevocable al arbitraje.

3. Otra tendencia destacable es el virtual abandono de la regla del agotamiento previo de los recursos internos del Estado receptor antes de acudir al arbitraje de inversiones. Si en algunos modelos se exige una renuncia a los recursos internos del Estado receptor, ya sea de forma expresa o implícita; en otros textos bilaterales esta regla se erosiona limitando la obligación de agotar la jurisdicción interna a los recursos de naturaleza

exclusivamente administrativa que nunca excederá de un plazo de tiempo relativamente breve, como prevé el Art. IX del modelo de Colombia.

4. Las innovaciones más relevantes proceden de los modelos de Estados Unidos y de Canadá, entre los que destacan toda una serie de cláusulas destinadas a promover la transparencia y la economía procesal en el arbitraje inversor-Estado. Respecto a la transparencia procesal, los modelos canadiense y estadounidense constatan la tendencia por invertir con la mayor transparencia a las actuaciones procesales desarrolladas en el marco del arbitraje de inversiones, otorgándoles una dimensión pública y, por tanto, distinta del arbitraje interestatal, caracterizado por la confidencialidad de los documentos procesales. No obstante, los modelos tratan de equilibrar los diversos intereses en presencia en el arbitraje de inversiones – transparencia y confidencialidad – sometiendo la participación de terceros a una serie de restricciones formales y materiales. También se articulan preceptos cuyo objetivo es promover la economía procesal en el arbitraje mediante técnicas que buscan mejorar la eficacia en el procedimiento arbitral. Estas técnicas tratan de impedir que lleguen al tribunal reclamaciones carentes de base jurídica, pero también pretenden evitar la duplicidad de procedimientos arbitrales, promoviendo la acumulación de procedimientos como técnica procesal.

5. Desde la perspectiva nacional, entendemos que la publicación oficial de un modelo español de APPRI, del que hasta ahora carece nuestro país, contribuiría a dotar de unas pautas uniformes que hicieran más predecible y transparente nuestra política convencional en relación con la protección de las inversiones, lo que permitiría coordinar la acción de los distintos Ministerios con competencias en la materia.

Desde el plano de la UE, no parece que la importancia de los modelos de APPRI celebrados por sus Estados miembros con terceros países vaya a decaer a favor de un futuro modelo de APPRI de la Unión. Si bien la UE goza de una nueva competencia exclusiva en materia de inversión extranjera directa (Art. 207.2 TFUE), la intervención de la Unión en este ámbito no parece que se vaya a concretar en la elaboración de un modelo de APPRI propio pues, como ha señalado la Comisión Europea, no resulta pertinente ni viable sustituir los esfuerzos de promoción de las inversiones realizados por los Estados miembros, siempre y cuando sean conformes a la política comercial común y al Derecho de la UE⁹⁸.

⁹⁸ En efecto, si bien la actuación futura de la Unión en este ámbito debe inspirarse en los mejores estándares posibles “un único modelo de acuerdo de inversión con terceros países no es evidentemente ni viable ni deseable. La Unión tendrá que tener en cuenta cada contexto específico de negociación”: Doc. COM (2010)343 final, p. 6. Véase asimismo la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países, Doc. COM (2010)344 final.