

Anuario de arbitraje 2019. 1ª ed., julio 2019

Capítulo 7. Algunas reflexiones sobre la aplicación del derecho interno en el arbitraje bajo tratados de protección de inversiones (ALFONSO IGLESIA GONZÁLEZ y JOSÉ ÁNGEL RUEDA GARCÍA)

Capítulo 7

Algunas reflexiones sobre la aplicación del derecho interno en el arbitraje bajo tratados de protección de inversiones^{*)}

ALFONSO IGLESIA GONZÁLEZ

Socio de Cuatrecasas

JOSÉ ÁNGEL RUEDA GARCÍA

Asociado Senior de Cuatrecasas

Sumario:

- I. Introducción
- II. La función de los tribunales arbitrales constituidos bajo tratados de protección de inversiones: la determinación de la responsabilidad internacional del Estado por infracción del tratado bajo el derecho internacional
- III. La aplicación del derecho interno al fondo de la resolución de la disputa en arbitrajes de protección de inversiones
 - 1. Perspectiva material: cláusulas de ley aplicable al fondo en los tratados de protección de inversiones
 - 1.1. El tratado indica que debe aplicarse el derecho interno al fondo de la controversia
 - 1.2. La cláusula de ley aplicable del tratado no prevé la aplicación del derecho interno
 - 2. Perspectiva procesal: referencias en las reglas de arbitraje
 - 2.1. Las reglas de arbitraje indican que debe aplicarse el derecho interno al fondo de la controversia
 - 2.2. Las reglas de arbitraje no dicen nada al respecto
- IV. Conclusiones
- V. Bibliografía sumaria

I. INTRODUCCIÓN

1. En los arbitrajes que derivan de tratados bilaterales o multilaterales de promoción y protección de inversiones exteriores se presenta también el problema de determinar cuál es la ley aplicable al fondo del caso y, en concreto, el papel que pueda desempeñar el derecho interno del Estado receptor de la inversión.

2. En principio, dada la función que les corresponde a los tribunales arbitrales constituidos bajo este tipo de tratados, el derecho interno del Estado parte en la controversia no debería entrar en juego desde el punto de vista *jurídico*. En este sentido, la determinación de si el Estado receptor de la inversión ha infringido o no los estándares materiales de protección de las inversiones realizadas por inversores de otro Estado parte en el tratado debe hacerse siempre, por definición, conforme al derecho internacional (salvo en el caso muy excepcional de la invocación de una violación de la llamada cláusula paraguas) (II.). En consecuencia, el derecho interno del Estado receptor de la inversión solamente podría desempeñar un papel *fáctico*, al ser las acciones u omisiones de ese Estado adoptadas conforme a su derecho interno las que constituyen los *hechos* que el tribunal arbitral tiene que contrastar con la *legalidad* establecida por el tratado.

3. No obstante lo anterior, en la práctica diversos tribunales arbitrales han venido admitiendo ciertas funciones para el derecho interno en sentido jurídico en su ejercicio de determinación de la responsabilidad del Estado receptor de la inversión. Esto puede suceder bien porque el tratado correspondiente o las reglas de arbitraje aplicables les indican que deben aplicar el derecho interno como norma jurídica al caso, bien por la integración de las lagunas existentes en los citados instrumentos.

4. En este trabajo examinaremos la aplicación del derecho interno al fondo del caso desde cuatro puntos de vista, que permitirán navegar con orden y rigor por la jurisprudencia existente¹⁾ (III.). En primer lugar, nos colocaremos en una perspectiva material (III.1.), revisando lo que disponen los tratados de protección de inversiones y las conclusiones alcanzadas por la jurisprudencia en ese contexto, tanto si el tratado indica que debe aplicarse derecho interno al fondo (III.1.1.) como si guarda silencio al respecto (III.1.2.). En segundo lugar, tendremos en cuenta desde el punto de vista procesal lo dispuesto por las reglas de arbitraje al uso en el arbitraje de inversiones y su aplicación práctica en diversos casos (III.2.), tanto si la norma exige al tribunal arbitral la aplicación del derecho interno (III.2.1.) como si no prevé nada (III.2.2.), y en ambos casos a la luz de la jurisprudencia derivada de ese tipo de situaciones²⁾.

En todos los escenarios tomaremos en consideración una selección de jurisprudencia que entendemos representativa y próxima a la práctica convencional española o de interés para los inversores españoles; tanto de entre la más reciente como aquella más antigua cuyas conclusiones han sido seguidas con mayor aprobación por decisiones posteriores. Los resultados que se observan del análisis de esa jurisprudencia, convenientemente sistematizada según los distintos puntos de partida disponibles para los tribunales arbitrales, apuntan a que el derecho interno efectivamente tiene aplicación al caso para lo que Spiermann llama cuestiones incidentales o preliminares en relación con los estándares de protección de inversiones³⁾ (IV.).

5. Dejaremos deliberadamente fuera de nuestro análisis algunas situaciones en las que el derecho interno (incluido el derecho del Estado de

la nacionalidad o residencia del inversor) se aplica a aspectos de la disputa no relacionados con el fondo, dado que se rigen por aproximaciones jurídicas distintas⁴. Es el caso, por ejemplo, de (i) la determinación de si quien reclama es un *inversor* a los efectos del tratado, por ser un nacional persona física o jurídica de, o residente en, uno de los Estados parte del tratado, pues las normas de conflicto específicas contenidas en el tratado (distintas de las del fondo) derivan invariablemente al derecho de ese Estado⁵; o (ii) la determinación de la *legalidad de la inversión* realizada por el inversor, que deberá ajustarse por lógica a lo dispuesto en la legislación del Estado receptor de la inversión⁶. También dejamos al margen consideraciones sobre si otros tratados internacionales, distintos al tratado de protección de inversiones, son aplicables al caso por formar parte del derecho interno del Estado receptor de la inversión al haberlos ratificado o haberse adherido a ellos⁷.

II. LA FUNCIÓN DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES CONSTITUIDOS BAJO TRATADOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES: LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR INFRACCIÓN DEL TRATADO BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL

6. Como hemos indicado, hay que recordar de entrada la función que cumplen los tribunales arbitrales que se constituyen al amparo de los tratados de protección de inversiones. En estos supuestos, el tribunal está llamado a determinar si las acciones u omisiones del Estado receptor de la inversión, que supuestamente han dañado esa inversión, son contrarias o no a uno o más estándares de protección de inversiones contenidos en el tratado correspondiente. En otras palabras, el tribunal debe determinar si el Estado ha incumplido las obligaciones materiales que ha aceptado al ser parte en el tratado y si, por tanto, ha infringido una norma de derecho internacional, lo que conllevará una declaración de responsabilidad internacional y su deber de reparación⁸.

7. Por definición, la responsabilidad internacional de un Estado solo se puede determinar bajo el derecho internacional⁹. Por lo tanto, el Estado no puede invocar la eventual legalidad de sus acciones u omisiones bajo su propio derecho interno para eludir su responsabilidad internacional por haber infringido el tratado¹⁰. Tampoco puede escudarse en eventuales cláusulas de sumisión insertas en un contrato con el inversor extranjero para evitar que su conducta se examine en el plano internacional¹¹. En este contexto, el derecho interno del Estado receptor de la inversión no juega ni puede jugar ningún papel en un sentido *jurídico*. El tribunal tendrá que limitarse a resolver las pretensiones del inversor bajo el tratado, según lo dispuesto por el propio tratado como *lex specialis* y las reglas y principios del derecho internacional como *lex generalis*, como han señalado varios tribunales arbitrales; por ejemplo, el del asunto *National Grid c. Argentina*:

*"The Treaty, however, is not a self-contained, stand-alone legal framework, but rather an international bilateral treaty which must be "integrated" with underlying principles of international law in order to fill its gaps. Thus the remission in Article 8(4) [del Tratado Reino Unido-Argentina] to "the applicable principles of international law." Accordingly, whether the Respondent breached the Treaty and which defenses are available against such breach are matters to be decided according to the treaty itself, supplemented by principles of international law as may be relevant to the issues in dispute"*¹².

O el tribunal del asunto *Urbaser c. Argentina*:

*"el Tribunal debe aplicar el derecho internacional. Esto significa aplicar no solo el TBI [tratado de protección de inversiones], sino el derecho internacional en general. Un TBI no es una serie de normas aisladas"*¹³.

O el tribunal del asunto *Teinver c. Argentina*:

*"El Tratado es lex specialis entre la Demandada y España, ya que rige las inversiones realizadas por los nacionales de un Estado en el territorio del otro. El Tratado constituye la base jurídica de los reclamos planteados por las Demandantes contra la Demandada en este arbitraje. Por ende, las disposiciones del Tratado derogan los principios del derecho internacional consuetudinario, salvo que éstos sean principios generales del derecho internacional con carácter de jus cogens"*¹⁴.

8. Por otro lado, como recientemente señaló el tribunal del asunto *Eiser c. España*, el hecho de que un tribunal interno considere que un cambio regulatorio es conforme al derecho interno no impide al tribunal realizar el análisis desde el plano del tratado internacional (ni, por supuesto, llegar a la conclusión de que es contrario al derecho internacional):

*"Shortly before the Hearing, Respondent brought to the Tribunal's attention a 17 December 2015 decision by Spain's Supreme Court upholding the constitutionality of RDL 9/2013, the legislation that repealed RD 661/2007 and established the new legal and economic framework for existing renewables facilities. This, however, is not a sufficient response to Claimants' claims, which also must be tested against the obligations Respondent assumed by becoming a party to the ECT [Tratado sobre la Carta de la Energía]. Indeed, Spain's Supreme Court indicated in its 17 December 2015 decision that under Spanish law, the question of conformity with Spain's Constitution and with the requirements of the ECT are quite separate"*¹⁵.

9. En el arbitraje de inversiones la única excepción que existe es el caso de las llamadas "cláusulas paraguas". Estas cláusulas son un estándar material de protección de inversiones de carácter especial que en su origen se configuró para la protección de obligaciones de carácter contractual¹⁶. En la práctica convencional comparada presentan redacciones muy distintas y en ocasiones contradictorias entre sí, lo que ha dado lugar a mucha controversia sobre su verdadero alcance¹⁷ y que dificulta llegar a una aproximación general fiable sobre la cuestión¹⁸. En el supuesto más liberal de cláusula paraguas se entiende que el incumplimiento de una obligación contractual bajo el derecho aplicable al contrato es automáticamente un incumplimiento del tratado¹⁹; esto es, la responsabilidad internacional del Estado se produce porque los Estados parte en el tratado han acordado que un incumplimiento de derecho interno sea considerado un incumplimiento del derecho internacional. Pero eso no significa que cambie la ley aplicable al contrato: ésta sigue siendo el derecho interno correspondiente²⁰ (en la mayoría de los casos, el derecho del Estado receptor de la inversión). Como dijo la Comisión *ad hoc* que anuló parcialmente el laudo dictado en el asunto *Vivendi (I) c. Argentina* en una cita universalmente aplaudida:

*"De conformidad con este principio general (que es sin duda declaratorio del derecho internacional general) [reflejado en el Artículo 3 de los Artículos de la CDI], son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento de contrato. Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencias a su propio derecho aplicable –en el caso del TBI–, por el derecho internacional; en el caso del Contrato de Concesión, por el derecho propio del contrato, en otras palabras, el derecho de Tucumán. Por ejemplo, en el caso de una reclamación basada en un tratado, se aplican las reglas internacionales acerca de la atribución, con el resultado de que el Estado Argentino es internacionalmente responsable por los actos de sus autoridades provinciales. Por otra parte, el Estado Argentino no es responsable por el cumplimiento de los contratos concluidos por Tucumán, que posee personalidad jurídica separada bajo su propio derecho y es responsable por el cumplimiento de sus propios contratos"*²¹.

III. LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNO AL FONDO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DISPUTA EN ARBITRAJES DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

10. Dejando al margen la notable excepción de las cláusulas paraguas, veremos a continuación cómo hay algunos elementos de los demás estándares de protección de inversiones recogidos en este tipo de tratados que pueden estar sujetos a una aplicación del derecho interno a modo de cuestión previa o incidental y en sentido jurídico.

Para determinar con precisión jurídica esa posible aplicación del derecho interno a algún aspecto del fondo de la disputa es necesario fijarse en los instrumentos jurídicos a disposición del tribunal arbitral para determinar, primero, la ley aplicable al fondo del caso y, segundo, el uso

que le puedan (o deban) dar al derecho interno para la resolución del fondo de la disputa. Primero veremos lo que indican los propios tratados de protección de inversiones (perspectiva material) (1.). Después examinaremos lo dispuesto por los reglamentos de arbitraje al uso en el arbitraje de protección de inversiones (perspectiva procesal) (2.), que resultan especialmente relevantes en los casos en que el tratado en cuestión no contenga una cláusula de ley aplicable. En ambos casos revisaremos las conclusiones alcanzadas en la jurisprudencia dictada en cada caso más relevante para este trabajo.

1. PERSPECTIVA MATERIAL: CLÁUSULAS DE LEY APLICABLE AL FONDO EN LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

11. Podemos encontrarnos a su vez con dos situaciones: (a) que el tratado de protección de inversiones contenga una cláusula de ley aplicable que establezca que el tribunal debe aplicar el derecho interno (1.1.); o (b) que el tratado no mencione expresamente el derecho interno en la cláusula de ley aplicable al fondo (1.2.).

1.1. El tratado indica que debe aplicarse el derecho interno al fondo de la controversia

12. Por un lado, hay tratados que prevén que el tribunal arbitral tiene que aplicar el derecho interno del Estado receptor de la inversión, con o sin referencias a las normas del derecho internacional privado de ese Estado. Hay numerosos ejemplos en la práctica y es, de hecho, la referencia más frecuente en los tratados de protección de inversiones celebrados por España²². Tomaremos como referencia, por su frecuente uso en arbitrajes de inversión, la cláusula de ley aplicable del Artículo X.5 del tratado España-Argentina de 1991:

“El Tribunal Arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y de los principios generales del Derecho Internacional”²³.

13. Además, por su interés destacaremos también un mandato similar a los tribunales arbitrales en el Artículo 8.6 del tratado Países Bajos-República Checa/Eslovaquia:

“The arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into account in particular though not exclusively: (...) the law in force of the Contracting Party concerned”²⁴.

Este tratado fue objeto de análisis en la célebre sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el asunto *Achmea* por la que el TJUE declaró incompatibles con los artículos 267 y 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) los tratados de protección de inversiones celebrados entre Estados Miembros de la UE²⁵. El TJUE residenció su razonamiento en el hecho de que un tribunal arbitral bajo el tratado Países Bajos-Eslovaquia tendría que aplicar al fondo el derecho de un Estado Miembro de la Unión, en el que se incluye el derecho de la Unión²⁶.

14. Pues bien, en virtud de las reglas contenidas en estos tratados, el tribunal arbitral competente deberá darle un papel jurídico al derecho interno del Estado receptor de la inversión en la resolución del fondo del caso²⁷. Como dice el profesor Crawford, “a treaty provision which mandates the application of the law of a State is presumed to do so subject to the international law conflicts rule, that international law prevails over national law in case of inconsistency. But that is a rule of conflict of laws – it doesn’t treat national law as a mere matter of fact”²⁸. La pregunta, por tanto, es ¿qué papel jurídico debe desempeñar el derecho interno, habida cuenta de la función del tribunal de esclarecimiento de la responsabilidad internacional del Estado bajo el derecho internacional?

15. En la jurisprudencia disponible que ha aplicado este tipo de disposiciones se observa que el derecho interno del Estado receptor de la inversión puede servir, por ejemplo, para determinar el alcance de las expectativas legítimas del inversor al amparo del estándar de tratamiento justo y equitativo, respetando que solo el derecho internacional aplique a la determinación de la responsabilidad del Estado por el incumplimiento del tratado. Así ha concluido más o menos homogéneamente una serie de tribunales constituidos a resultas de la gran crisis económica argentina de 2001²⁹.

16. Primero podemos ver el elaborado razonamiento del tribunal del asunto *Suez c. Argentina*, constituido bajo el tratado entre Francia y Argentina que impone en su Artículo 10.5 la aplicación del derecho interno del Estado receptor de la inversión al fondo de la disputa:

“These provisions [el Artículo 10.5 del Tratado Francia-Argentina] make it clear that the relevant BIT shall primarily govern the investors’ claim. They further provide that Argentine domestic law as well as international law may apply to every extent relevant (...) In assessing claims [bajo el tratado], the Tribunal will therefore primarily apply the BITs themselves as well as any relevant rules of international law. It may also refer to domestic laws (...) relevant for the evaluation of the claims arising under the BITs, for instance as a reflection of the Claimants’ expectations in applying BIT provisions on FET”³⁰.

El tribunal fue claro en la necesidad de aplicar todas las fuentes del derecho previstas en el tratado, incluido el derecho interno. En todo caso, en el momento en que el tribunal tuvo que resolver si la legislación, la regulación y los actos administrativos de Argentina violaban sus compromisos bajo el tratado (en otras palabras, determinar la responsabilidad internacional del Estado por sus acciones), el tribunal no lo dudó y afirmó que la legislación local no puede ir en contra de las obligaciones contraídas por Argentina en el tratado, como señala el Artículo 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)³¹. Por lo tanto, el tratado debe prevalecer sobre el derecho interno a la hora de determinar la responsabilidad del Estado. En otras palabras, a los efectos de la determinación de la responsabilidad del Estado, el derecho interno argentino fue tratado en *Suez c. Argentina* como un mero hecho:

“The question that the Tribunal must answer is whether Argentina’s treatment of the Claimants through its legislation, regulations, and administrative actions violated its commitments under the BITs. In order to assess such treatment, for example Argentina’s actions to deal with its financial crisis, the Tribunal must make reference to and analyze Argentine law in order to judge whether those acts comply with or violate Argentina’s international obligations under the BITs. But such internal legislation and regulations by themselves cannot legally override or modify Argentina’s commitments and obligations in treaties to which it is a party”³².

“Indeed, in accordance with Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), a party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform its treaty obligations. Thus, Argentina may not avoid its treaty commitments with respect to the treatment to be accorded the Claimants by invoking the provisions of its internal laws, regulations, or administrative acts”³³.

17. Este principio de consideración del derecho interno como *hecho* en la determinación de la responsabilidad del Estado ya se trató en el arbitraje de protección de inversiones en la decisión sobre anulación del asunto *Vivendi (I) c. Argentina*, en el que la Comisión *ad hoc* separó con gran nitidez los planos jurídicos interno e internacional y atribuyó esa función fáctica al derecho interno argentino:

“On the other hand, where “the fundamental basis of the claim” is a treaty laying down an independent standard by which the conduct of the parties is to be judged, the existence of an exclusive jurisdiction clause in a contract between the claimant and the respondent state or one of its subdivisions cannot operate as a bar to the application of the treaty standard. At most, it might be relevant – as municipal law will often be relevant – in assessing whether there has been a breach of the treaty”³⁴.

18. En la misma línea de *Suez* podemos citar el asunto *Total c. Argentina*, constituido bajo el mismo tratado Francia-Argentina. Por un lado, el tribunal encontró una función amplia para el derecho interno argentino como *derecho* en cuanto a la inversión y su marco regulatorio:

“The first question concerns the role of Argentina’s domestic law in determining the content and the extent of Total’s economic rights as they exist in Argentina’s legal system. In this regard the Tribunal believes that Argentine law has a broader role than that of just determining factual matters. The content and the scope of Total’s economic rights (in Total’s words, “Argentina’s commitments to Total”) must be determined by the Tribunal in light of Argentina’s legal principles and provisions. Moreover, the extensive reliance by the Claimant on Argentina’s acts of a legislative and administrative nature governing the gas, electricity and hydrocarbons sectors, as well as the extensive discussion between the parties regarding the content and extent of Total’s rights in respect of the operation of its investments, is a recognition that Argentina’s domestic law plays a prominent role. Thus, the Tribunal shall determine the precise content and extent of Total’s economic rights under Argentina’s legal system in respect of Total’s claims under the BIT, wherever necessary in order to ascertain whether a breach of the BIT has occurred”^{35).}

Pero por otro lado reiteró el argumento de que el derecho interno argentino no puede aplicarse a la determinación de la responsabilidad del Estado ni puede justificar una violación del tratado (en referencia al Artículo 27 CVDT):

“The second question regards the relevance that Argentina claims the emergency doctrine under Argentine law to have in determining whether a breach of the BIT has taken place. In this regard the Tribunal makes the following observations. First, since Total complains of breaches of the BIT, the Tribunal must apply principally the BIT, as interpreted under international law, to resolve any matter raised. This means that the Tribunal must assess Argentina’s responsibility under the BIT by applying the treaty itself and the relevant rules of customary international law. The Tribunal cannot accept Argentina’s position that, by invoking the emergency principle as it exists under Argentine law, Argentina can avoid international responsibility for violation of the treaty. This would contradict the fundamental principle of international law according to which “a party may not invoke its internal law as a justification for its failure to perform a treaty” (Article 27 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties). Secondly, the Tribunal notes that any complaint by Total that Argentina’s measures are in breach of domestic law is not raised per se but is used by Total to support Total’s claims under the BIT. Therefore the fact that any domestic measure challenged by Total might be legitimate in Argentina’s legal system thanks to the emergency doctrine would not relieve the Tribunal from examining whether Argentina has nevertheless thereby breached the BIT”^{36).}

19. En parecidos términos se manifestó recientemente el tribunal del asunto *Urbaser c. Argentina*, constituido bajo el tratado con España. Primero detectó la necesidad de aplicar el derecho interno para algunos aspectos del caso en fondo (los derechos de los inversores):

“El derecho interno es el sistema jurídico al que el inversor se somete en forma voluntaria. El papel fundamental de la ley argentina es definir los derechos que asisten a las Demandantes. El derecho internacional general no define adecuadamente los institutos de contrato, acción, patente, etc. Estas cuestiones se regulan en el derecho interno. Una vez definidos, los derechos en cuestión gozan de la protección de ciertas normas de derecho internacional consuetudinario y del derecho de los tratados”^{37).}

Poco después ese tribunal volvió a confirmar el papel exclusivo del derecho internacional para la determinación de la responsabilidad del Estado y el del derecho interno para perfilar los derechos existentes del inversor al tiempo de la disputa:

“El Tribunal señala que el Artículo X(5) del TBI dispone claramente el principio de que los reclamos presentados a este Tribunal deben dirimirse de conformidad con las disposiciones del TBI. No obstante, ello no significa que algunas cuestiones particulares, relevantes a los requisitos asociados a los reclamos planteados conforme al TBI, no puedan determinarse en conjunción con (“y”) otras fuentes de derecho, tal como se indica en el Artículo X(5) que las considera aplicables, “si procede”^{38).}

20. A modo de recapitulación de las conclusiones alcanzadas en los asuntos *Suez c. Argentina*, *Total c. Argentina* y *Urbaser c. Argentina*, podemos utilizar la afirmación del tribunal arbitral en el caso *SAUR Internacional c. Argentina*, que invocó el principio de especialidad para determinar qué ley aplica en cada caso (responsabilidad internacional y derechos adquiridos/expectativas legítimas) cuando se parte de una fórmula como la del tratado entre Francia y Argentina:

“¿Cómo se conjugan estas tres fuentes del Derecho, mencionadas en el art. 8.4 del APRI [tratado Francia-Argentina] ? La prevalencia entre ellas no se resuelve por el principio de jerarquía, sino por el de especialidad: a cada cuestión se le deberá aplicar aquella norma que sea procedente de acuerdo con su propia naturaleza. Así, la responsabilidad internacional de la República Argentina (en lo que no esté regulado en el Tratado) o la interpretación del APRI se regirán por los principios del Derecho internacional, mientras que el cumplimiento de los Contratos, la intervención administrativa o la rescisión de la Concesión se deberán valorar a la luz del ordenamiento argentino”^{39).}

21. Otros tribunales han sido algo más ambiguos en sus conclusiones ante cláusulas similares.

22. En *Siemens c. Argentina* el tribunal se constituyó bajo el tratado entre Alemania y Argentina, otro de los que prevén que el tribunal debe aplicar el derecho interno del Estado receptor de la inversión. Citando la decisión de anulación del caso *CIADI Wena c. Egipto*, el tribunal no dejó claro en un principio para qué le serviría el derecho interno, al situarlo aparentemente a la par con el derecho internacional:

*“In regards to the arguments whether international law is referred to in the Treaty or the Convention as a corrective to municipal law or as a filler of lacunae in that law, the Tribunal refers to the finding of the Annulment Committee in *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt* in the sense that: “The law of the host State can indeed be applied in conjunction with international law if this is justified. So too international law can be applied by itself if the appropriate rule is found in this other ambit”^{40).}*

Poco después el tribunal clarificó que el derecho interno sería considerado en un plano fáctico, como prueba de las medidas en disputa tomadas por Argentina y de su conducta en relación con sus compromisos hacia el inversor alemán bajo el tratado Alemania-Argentina:

*“The Tribunal has found that it has jurisdiction over breaches of the Treaty and will review the conduct of Argentina as a State party to the Treaty in respect of the commitments undertaken in the Treaty. In so doing, and as stated by the Ad Hoc Committee in *Vivendi II*, the Tribunal’s inquiry is governed by the Convention, by the Treaty and by applicable international law. Argentina’s domestic law constitutes evidence of the measures taken by Argentina and of Argentina’s conduct in relation to its commitments under the Treaty”^{41).}*

Sin embargo, en sus consideraciones el tribunal no parecía responder directamente a la cuestión de en qué medida aplicaría el derecho interno como *derecho*, tal y como le exigía el tratado. La afirmación de que *“Argentina’s domestic law constitutes evidence of the measures taken by Argentina and of Argentina’s conduct”* implica tratar al derecho interno como *hecho*: las acciones (u omisiones) en relación con la inversión de las que se queja el inversor. Esto es obviamente correcto a los efectos de la determinación de la responsabilidad del Estado. Empero, si el tribunal hubiera continuado diciendo que aplicaría el derecho interno, por ejemplo, *“in relation to the contents of Argentina’s commitments”*, también lo estaría considerando como *derecho*^{42).}

23. Por su parte, el tribunal del asunto *National Grid c. Argentina* bajo el tratado entre Reino Unido con Argentina se alineó con los tribunales anteriores al destacar el papel del derecho interno para determinar el alcance de las expectativas legítimas del inversor:

“Argentine law is also relevant for the purpose of measuring the investor’s expectations under the Regulatory Framework governing the newly privatized electricity transmission services, as presented to foreign investors at the time of the privatization and as subsequently modified by Argentine law. Accordingly, in its Decision on Jurisdiction, the Tribunal relied upon and applied Argentine law in support of its finding that commitments were made to the investor under Argentine law that gave rise to a claim under the Treaty. It is clear that in such preliminary decision, as well as in this final Award, the Tribunal dealt with the law of the host State as a matter of law, dispelling the notion that Argentine law may be considered a mere matter of fact”^{43).}

Mientras que, de manera algo original, consideró que el tratado se daba a sí mismo un papel *preeminente* (pero no *exclusivo*) a efectos de determinar si los derechos de los inversores habían sido restringidos a pesar de los estándares del tratado⁴⁴⁾, complementado por los principios del derecho internacional⁴⁵⁾. El tribunal observó que no existía ninguna colisión o contradicción entre la protección de los derechos del demandante bajo el derecho argentino y bajo el derecho internacional⁴⁶⁾ y, dadas las previsiones constitucionales argentinas de prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno,

“the standards of protection granted by an international investment treaty and applicable principles of international law prevail over any lower standard provided by domestic law, although, as noted before, no discrepancies in this regard have been brought up by the Parties to the attention of the Tribunal”⁴⁷.

24. Habiendo quedado claro para qué sirve el derecho interno ante este tipo de tratados de protección de inversiones conviene ahora circunscribir su alcance en situaciones más concretas. Así, la aplicación del derecho interno debe hacerse a aquellos aspectos que efectivamente puedan estar regulados en ese plano. En la reciente decisión sobre competencia en el asunto *Salini c. Argentina* el tribunal arbitral determinó que, aunque el tratado entre Italia y Argentina prevé la aplicación del derecho interno argentino, éste no regula la prescripción o la caducidad de la acción del inversor bajo el derecho internacional (para lo que entendió aplicable exclusivamente el derecho internacional):

“Argentina’s first if not principal argument was that this is a matter governed by Argentine law under the applicable law clause, Article 8(7) of the BIT. But Article 8(7) refers to both Argentine law and international law; it does not change their respective scope of operation. Salini Impregilo is not claiming in respect of an Argentine tort or contract but for breach of the autonomous standards of the BIT in respect of Argentina’s failure to restore the economic balance of the concession following pesification. That claim is at least plausible, as the Hochtief v. Argentina award shows. There is no basis in Article 8(7) of the BIT to apply Argentine time limits or the Argentine law of prescription, either directly or by analogy, to Salini Impregilo’s international law claims”⁴⁸.

25. En sentido contrario, el hecho de que una reclamación o una defensa bajo el derecho interno sean rechazadas no implica automáticamente que sean rechazadas también bajo el derecho internacional. En el asunto *BG c. Argentina*, en el que era de aplicación el tratado entre Reino Unido y Argentina, el tribunal señaló que la disputa se refería al grado de protección a que tenía derecho la demandante bajo el tratado, para lo cual el tribunal tenía que aplicar el tratado como fuente primaria⁴⁹. Cuando la demandada invocó las disposiciones de su Código Civil sobre la teoría de la imprevisión (cláusula *rebus sic stantibus*) para justificar las medidas de emergencia económica adoptadas contra, entre otras, la inversión del inversor, el tribunal rechazó la aplicación de esa teoría como tal a una disputa bajo el tratado:

“The Tribunal notes that Article 1198 relates to the law of contracts and that the dispute between the Parties does not arise out of contract. More specifically, Article 1198 of the Argentine Civil Code does not apply in the context of an international investment dispute governed by Article 8(4) of the Argentina-U.K. BIT. Although the Tribunal finds that the BIT is the primary source of rules to assess Respondent’s liability, the bilateral investment treaty is not a self-contained legal framework, isolated from international and domestic law. Yet, the domestic law defense of unforeseen changed circumstances is of little assistance to Respondent here”⁵⁰.

Sin embargo, el tribunal dejó abierta la puerta a atender la misma o similar reclamación planteada en términos de derecho internacional (en este caso, *mutatis mutandis*, el concepto de estado de necesidad)⁵¹:

“The rejection of the concept of rebus sic stantibus under the Argentine Civil Code is not a dismissal of Argentina’s defense under the international law doctrine of state of necessity”⁵².

1.2. La cláusula de ley aplicable del tratado no prevé la aplicación del derecho interno

26. Por otro lado, encontramos casos en los que el tratado en cuestión no prevé expresamente que el tribunal arbitral deba aplicar el derecho interno porque la cláusula de ley aplicable no se refiere a ese derecho interno como fuente para el tribunal competente.

27. Son también numerosos los ejemplos de tratados al respecto, aunque en el caso de la práctica convencional bilateral de España aparecen de manera residual⁵³. En todo caso, por su gran interés en la actualidad merece destacarse el Artículo 26.6 del Tratado sobre la Carta de la Energía:

“En virtud del apartado 4) se creará un tribunal que decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente tratado y a las normas del Derecho internacional aplicable”⁵⁴.

28. Esta aproximación metodológica es propia de la práctica convencional de los Estados Unidos de América. Podemos citar al respecto los respectivos Artículos 30.1 de los acuerdos modelo de protección de inversiones de los Estados Unidos tanto de 2004 como de 2012⁵⁵, que se han visto reflejados en los respectivos Artículos 30.1 de los recientes tratados bilaterales de Estados Unidos con Uruguay (2005) y Ruanda (2008):

“Subject to paragraph 3, when a claim is submitted under Article 24(1)(a)(i)(A) or Article 24(1)(b)(i)(A), the tribunal shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules of international law”⁵⁶.

En virtud de su fuerza negociadora, esta solución jurídica también se observa en los capítulos de protección de inversiones de los acuerdos de libre comercio que han firmado los Estados Unidos en planos multilaterales, como es el caso del Artículo 1131.1 del tratado NAFTA de 1992:

“A Tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law”⁵⁷.

Y, de manera coherente, los Estados Unidos han mantenido esta redacción en el nuevo tratado USMCA que sustituirá al NAFTA; en particular, es relevante para este trabajo el Artículo 14.D.9.1, que se refiere al mecanismo de arbitraje de inversiones disponible a partir de ahora solamente entre México y Estados Unidos con exclusión expresa de Canadá:

“Subject to paragraph 2, when a claim is submitted under Article 14.D.3.1 (Submission of a Claim to Arbitration), the tribunal shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law”⁵⁸.

29. En paralelo, tanto por el hecho de que va a permitir mantener el arbitraje de inversiones de manera bilateral entre Canadá y México tras la entrada en vigor del USMCA como por el volumen de inversiones cubierto dados los Estados parte, es relevante destacar el Artículo 9.25.1 del ya en vigor *Comprehensive and Progressive Agreement for a Trans-Pacific Partnership (CPTPP)*⁵⁹:

“Sujeto al párrafo 3, cuando una reclamación sea presentada de conformidad con el Artículo 9.19.1(a)(i)(A) (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje) o con el Artículo 9.19.1(b)(i)(A), el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Tratado y con las normas aplicables del derecho internacional”.

En este caso, la nota al pie 34 del capítulo 9 del tratado aclara desde el principio algo muy importante: “[p] ara mayor certeza, esta disposición se aplicará sin perjuicio de cualquier consideración del ordenamiento jurídico interno del demandado cuando sea relevante para la reclamación como una cuestión de hecho”⁶⁰.

30. Finalmente, respecto de la más reciente práctica de protección de inversiones de la Unión Europea a partir de su nueva competencia sobre inversiones extranjeras directas del Artículo 207.1TFUE, podemos citar el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA en inglés) entre Canadá y la UE⁶¹. El Capítulo 8 de este tratado (que, frente a otros del mismo tratado, no está sujeto a aplicación provisional desde el 21 de septiembre de 2017 hasta la ratificación del tratado por Canadá y la UE y sus Estados Miembros y, por tanto, no está aún en vigor) se refiere a los mecanismos de solución de diferencias entre inversores y Estados, para lo que prevé que los órganos competentes para resolver las disputas iniciadas por inversores sean un Tribunal permanente (Artículo 8.27) y un Tribunal de apelación (Artículo 8.28). En su Artículo 8.31.2 el AECG les exige a esos Tribunales que apliquen al fondo solamente el tratado en sí y otras reglas y principios del derecho internacional:

“Al comunicar su decisión, el tribunal creado con arreglo a la presente sección aplicará el presente Acuerdo interpretándolo de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y con otras normas y principios de Derecho internacional aplicables entre las Partes”.

El tratado muestra su preocupación por establecer la función de los Tribunales, esto es, determinar si las acciones y omisiones de una Parte son contrarias o no al tratado. Esta cuestión, que estructura como leitmotiv este trabajo, es en principio bastante obvia⁶²⁾. Sin embargo, en el contexto actual de la Unión Europea, especialmente tras la sentencia *Achmea*, existe una especial sensibilidad por el respeto de la autonomía del derecho de la Unión, entendida en el sentido de que la interpretación del derecho de la UE (tanto la interpretación de los tratados como la validez e interpretación del derecho derivado) quede reservada en exclusiva al TJUE⁶³⁾. Por tanto, para evitar que los Tribunales se irrogaren funciones que no les corresponden, el tratado se encarga de aclarar que el derecho de una Parte (y, si la Parte es la Unión, el derecho de la UE) debe ser tratado como una cuestión *fáctica* : al igual que en el caso del CPTPP, el Artículo 8.31.2 del AECG considera el derecho interno como meramente fáctico:

“El tribunal no será competente para determinar la legalidad de una medida que supuestamente constituya una violación del presente Acuerdo, de conformidad con el Derecho interno de una Parte. Para mayor seguridad, al determinar la compatibilidad de una medida con el presente Acuerdo, el tribunal podrá tener en cuenta, en su caso, el Derecho interno de una Parte como un elemento de hecho. Al hacerlo, el tribunal seguirá la interpretación predominante dada al Derecho interno por los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte, y cualquier sentido que el tribunal haya dado al Derecho interno no será vinculante para los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte”⁶⁴⁾.

En este sentido es muy pertinente traer a colación las recentísimas conclusiones del Abogado General Bot en el contexto del Dictamen 1/17 pedido por Bélgica al TJUE sobre la compatibilidad con los tratados de la UE de la Sección F del Capítulo 8 del AECG. El Abogado General tuvo en cuenta en su razonamiento que el tratado subyacente en el caso *Achmea* preveía la posibilidad de que los tribunales arbitrales aplicaran derecho de la Unión⁶⁵⁾. Frente a ello, el Abogado General destacó que el AECG descarta esa situación y que establece varias salvaguardias al respecto:

*“Cabe añadir a este respecto que, a diferencia de lo que sucedía con el TBI objeto del asunto que dio lugar a la sentencia *Achmea* [Países Bajos-República Checa/Eslovaquia], que recogía una cláusula relativa al Derecho aplicable de la que podía deducirse que el tribunal arbitral en cuestión tenía competencia para conocer de litigios relativos a la interpretación y a la aplicación del Derecho de la Unión, el CETA, como se expone más adelante, precisa de manera inequívoca que el único Derecho aplicable ante el Tribunal del CETA son las disposiciones pertinentes de este último Acuerdo, interpretadas conforme al Derecho internacional. El Derecho interno de ambas Partes contratantes, del que forma parte, en el caso de los Estados miembros, el Derecho de la Unión, únicamente puede ser tenido en cuenta por ese Tribunal como un elemento de hecho, y cualquier sentido que se haya dado al Derecho interno no será vinculante para los órganos jurisdiccionales o las autoridades de la Parte contratante demandada. Además, a diferencia de lo que sucede en el caso de los tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros como el que es objeto del asunto en el que recayó la sentencia *Achmea*, el Derecho de la Unión no forma parte del Derecho internacional aplicable a las Partes contratantes”⁶⁶⁾.*

Para el Abogado General el AECG contiene suficientes garantías que permiten salvaguardar, por un lado, el papel del TJUE como intérprete último del derecho de la Unión y, por otro lado, el mecanismo de cooperación entre los órganos jurisdiccionales y el TJUE que constituye el procedimiento prejudicial del Artículo 267 TFUE⁶⁷⁾. A los efectos de este trabajo el Abogado General destaca: (i) la aplicación al fondo solamente del tratado y el derecho internacional (Artículo 8.31.1)⁶⁸⁾; (ii) no examen de la legalidad de las medidas conforme al derecho interno, incluyendo el derecho de la Unión (Artículo 8.31.2)⁶⁹⁾; (iii) el tratamiento del derecho interno como hecho, “*tal y como es*” (Artículo 8.31.2)⁷⁰⁾; (iv) el acatamiento de la interpretación del derecho interno dada por los tribunales internos, incluido el TJUE (Artículo 8.31.2)⁷¹⁾; y (v) la apelación en casos de errores manifiestos en la interpretación del derecho interno (Artículo 8.28.2.b)⁷²⁾.

31. La UE ha mantenido la misma postura negociadora en el Artículo 3.13 del Acuerdo de Protección de Inversiones (IPA) con Singapur (texto auténtico a abril de 2018 y aún no en vigor)⁷³⁾: (i) aplicación solamente del tratado y el derecho internacional al fondo por el Tribunal y el Tribunal de apelación (Artículo 3.13.2); (ii) aclaración del papel del derecho interno como una cuestión de *hecho* (nota al pie 7 en el Artículo 3.13); y (iii) apelación contra el laudo en supuestos de errores manifiestos en la apreciación de los hechos, incluida la apreciación del derecho interno [Artículo 3.19.1.b)]⁷⁴⁾. También es esta la postura que la UE indica a sus Estados Miembros cuando éstos deciden negociar tratados de protección de inversiones con terceros Estados con los que la UE no tiene intención de negociar el suyo propio⁷⁵⁾.

32. En la jurisprudencia disponible respecto de este tipo de tratados algunos tribunales sí han encontrado algún papel para el derecho interno aun cuando el tratado no se lo diera expresamente. En el caso del bloque de asuntos iniciados contra España bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía a resultados de las modificaciones del marco regulatorio aplicable a las energías renovables, se puede ver un amplio consenso entre los tribunales arbitrales que ya han resuelto el fondo de los casos en ceñirse a las fuentes jurídicas establecidas en el Artículo 26.6 de la Carta para no aplicar el derecho interno español⁷⁶⁾. No obstante, en general sí lo han tenido en cuenta para determinar si los inversores tenían o no expectativas legítimas, en concreto sobre la estabilidad del marco regulatorio y sobre la extensión de los cambios aprobados en comparación con el modelo regulatorio anterior⁷⁷⁾. Merece la pena detenerse en un par de afirmaciones.

33. De un lado, en el asunto *Isolux c. España* el tribunal se fijó en cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo español para cerciorarse de si ese inversor podía tener las legítimas expectativas que invocaba en el arbitraje, concluyendo que no era el caso:

“El Tribunal Arbitral comparte la posición de la Demandante, según la cual, las sentencias del Tribunal Supremo español no vinculan a éste Tribunal Arbitral que debe adjudicar la controversia con base en el TCE y el Derecho internacional, únicamente. Sin embargo, esta observación es relevante a la hora de valorar la existencia de alegadas expectativas legítimas de la Demandante. Es precisamente para adjudicar esta controversia con base en el TCE y el derecho internacional, que el Tribunal Arbitral tiene que determinar si la Demandante era consciente de que no había obstáculos en derecho español para que el marco regulatorio fuera modificado, incluso en cuanto a las modalidades de remuneración del inversor. La existencia o no de tales obstáculos en derecho español es un hecho, y las sentencias del Tribunal Supremo, son parte de este hecho”⁷⁸⁾.

34. De otro lado, en el asunto *Antin c. España* el tribunal apreció que las afirmaciones sobre el derecho interno español que hacía España se collocaban en un contexto *fáctico* , no *jurídico* , sobre las expectativas legítimas del inversor:

“As to Spanish law, even though the Respondent invokes a series of domestic provisions and decisions of Spanish courts, it does so in the context of facts that the Claimants should have considered when making the investment and facts that the Tribunal should consider in making its decision, particularly as regards to the alleged legitimate expectations of the Claimants”⁷⁹⁾.

En este sentido, el tribunal analizó el derecho español como un *hecho* para determinar, a la postre, que en aquel caso existían compromisos de estabilidad del marco regulatorio:

“The requirement that acts of the State be reasoned is common to most legal systems and, in any event, exists under Spanish law. The reasoning of an administrative act –as reflected in its preamble– exposes the motives for the State’s actions. In the present case, the preamble of the royal decrees enacted by the Spanish Government –specifically RD 661/2007 and RD 1614/2010– reflect the Respondent’s intention to provide for and guarantee the stability of the legal and economic regime applicable to RE projects. Previous and subsequent acts by State entities, including reports from the CNE, press releases from the Ministry and advertising material prepared together with Invest In Spain, all emphasise the stability of the regulatory regime set forth under RD 661/[2007]. The stability of the regulatory regime for investments in the RE sector was thus the leitmotiv of Spain’s acts at the time of the Claimants’ investment”⁸⁰⁾.

35. Para la práctica española resultan interesantes también los resultados a los que llegaron los tribunales arbitrales que se han constituido bajo los sucesivos tratados de protección de inversiones con México (1995 y 2006), puesto que confirman la misma aproximación seguida en general por los tribunales que deben aplicar derecho interno porque así se lo exige el tratado correspondiente.

36. En caso del tratado de 1995, el tribunal del asunto *TecMed c. México* mencionó el Título VI.1 del Apéndice de aquel acuerdo para indicar que debía resolver la controversia conforme al tratado y a las reglas aplicables del derecho internacional⁸³. El tribunal fue claro al distinguir entre la eventual legalidad de las medidas expropiatorias en derecho mexicano y su legalidad bajo el tratado y el derecho internacional:

“Sin embargo, la perspectiva de este Tribunal Arbitral es distinta. Su función es la de examinar si la Resolución infringe el Acuerdo a la luz de sus disposiciones y del derecho internacional. No revisa los fundamentos o las motivaciones que condujeron a la Resolución, a los efectos de determinar si fue o no legalmente expedida o su procedencia. Pero sí debe considerar dichos aspectos para determinar si el Acuerdo fue o no violado. Que la actuación atribuible a la Demandada sea legítima, lícita o conforme a derecho desde la óptica de su derecho interno no significa que lo sea bajo el Acuerdo o el derecho internacional”⁸⁴.

Aun cuando el tratado no lo preveía expresamente, el tribunal tuvo en cuenta el derecho mexicano tanto al examinar el desarrollo de la inversión antes de las medidas expropiatorias⁸⁵ como respecto de las expectativas legítimas de la inversión en el seno de la reclamación del inversor por violación del estándar de tratamiento justo y equitativo:

“Al efectuar su inversión, la justa expectativa de la Demandante era que la normativa mexicana que regía aquélla, y las facultades de supervisión, control, prevención y sanción que esa normativa confiere a las autoridades encargadas de administrar dicho régimen, serían utilizadas con la finalidad de asegurar que los objetivos de protección ambiental, de la salud humana y del equilibrio ecológico que la animaban, fuesen respetados”⁸⁴.

37. En el caso del tratado de 2006, el tribunal del asunto *Abengoa y COFIDES c. México* se limitó a señalar que no estaba en disputa que bajo el Artículo XV del tratado tenía que limitarse a resolver de conformidad con las disposiciones del tratado y las reglas y principios aplicables del derecho internacional⁸⁵. Habiendo establecido que las actuaciones de determinadas autoridades locales constituían una expropiación indirecta de la inversión, el tribunal entendió en principio que no era relevante examinar parte de los hechos a la luz del derecho mexicano:

“El Tribunal Arbitral estima, al respecto, que no tiene relevancia alguna saber si la cancelación de la licencia pronunciada por el Ayuntamiento en marzo de 2010 se podía o no justificar según el derecho mexicano. Lo relevante en este arbitraje es que la Demandada, a través de sus órganos competentes, no solo otorgó la Licencia de Funcionamiento, sino también todas las otras autorizaciones administrativas y ambientales necesarias (incluyendo la autorización de impacto ambiental), y confirmó en repetidas ocasiones su apoyo al proyecto y su convencimiento de que la Planta se estaba construyendo y operando de manera perfectamente regular”⁸⁶.

“Así las cosas, no le cabe ninguna duda al Tribunal Arbitral de que la Demandada ha creado la expectativa legítima de que la situación de SDS efectivamente era regular, induciendo así a las Demandantes a realizar sus inversiones. No puede por tanto la Demandada sostener, en contra de sus propias actuaciones, que la cancelación de la Licencia de Funcionamiento no constituiría un acto expropiatorio bajo el APPRI 2006 por el solo motivo de que no habría evidencia de que la licencia fuera válida”⁸⁷.

No obstante lo anterior, el tribunal consideró “evidente” el carácter artificial de la segunda decisión de cancelación de la licencia de funcionamiento de la planta. En particular, entendió que el hecho de que la licencia hubiese sido firmada por el presidente municipal y no por el ayuntamiento competente era “un argumento meramente formal que no puede llegar a justificar, bajo el derecho internacional, que se prive a un inversor, en violación de un tratado, del uso y goce de su inversión”⁸⁸ y, sobre todo, destacó que México no había probado que la licencia no fuera válida conforme al derecho mexicano:

“Aún [sic] si fuera relevante determinar (lo que el Tribunal Arbitral no cree por las razones que han sido expuestas anteriormente) si la Licencia de Funcionamiento era válida o no en derecho mexicano, ciertamente la carga de la prueba de que no lo era incumbiría a la Demandada y no a las Demandantes. Hasta que no se pruebe lo contrario, hay que presumir que una licencia de funcionamiento emitida por un órgano del Estado es válida, en particular cuando, como es precisamente el caso, el mismo Estado confirmó repetidamente dicha validez”⁸⁹.

2. PERSPECTIVA PROCESAL: REFERENCIAS EN LAS REGLAS DE ARBITRAJE

38. Prestamos ahora atención brevemente a las normas procesales aplicables por el tribunal arbitral, que cobran especial importancia en los casos en los que el tratado de protección de inversiones no dice nada al respecto de la ley aplicable al fondo del asunto. En ese caso, esta laguna se rellena con las reglas de conflicto contenidas en las reglas de arbitraje, que derivarán en resultados distintos según sean las reglas elegidas por el demandante al iniciar el arbitraje aceptando la oferta en el tratado del Estado receptor de la inversión. Algunas de ellas prevén expresamente la aplicación de las normas del derecho interno (2.1.) y otras no (2.2.).

2.1. Las reglas de arbitraje indican que debe aplicarse el derecho interno al fondo de la controversia

39. En primer lugar, por su notoria especialidad para el arbitraje de inversiones, hay que ver el artículo 42.1 del Convenio CIADI. La primera de las oraciones de ese artículo no es relevante para este trabajo, dado que se remite al derecho de las partes a elegir la ley aplicable (en este caso, se estará a lo que diga el tratado en cuestión)⁹⁰. En cambio, la regla por defecto contenida en la segunda oración no solo es relevante para nuestro análisis⁹¹ sino que además da cierto juego a la aplicación del derecho interno:

“[a] falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”⁹².

40. El Artículo 42.1 del Convenio CIADI fue redactado en un momento temporal (la década de 1960) en el que todas las disputas sobre inversiones exteriores tenían una base contractual y no convencional, dado que los Estados no se habían lanzado aún a firmar tratados de protección de inversiones. En este sentido, como ya señalamos al respecto de las cláusulas paraguas, los contratos con parte estatal están sometidos a un derecho interno (o, en su caso, a normas materiales especiales de origen no nacional como la *lex mercatoria*⁹³), pero es claro de acuerdo con la doctrina jurisprudencial internacional clásica (*Empréstitos Serbios, Anglo-Iranian*) que un contrato entre un Estado y un individuo no está sujeto al derecho internacional⁹⁴. En cualquier caso, no hay debate en la práctica en contra de que el Artículo 42.1 del Convenio CIADI se pueda aplicar al arbitraje de inversiones bajo tratado⁹⁵ y así se usa constantemente⁹⁶.

41. En estas circunstancias, ¿cuál es el papel que puede o debe cumplir el derecho interno? Veamos una selección de jurisprudencia relevante, especialmente a partir del tratado entre Estados Unidos y Argentina que no contiene ninguna disposición sobre ley aplicable al fondo.

42. A nuestro entender, fue el tribunal del asunto *El Paso c. Argentina* el que con más claridad ha establecido los papeles que representarían el derecho internacional y el derecho interno. El tribunal valoró tanto el argumento de Argentina de que el derecho interno tenía que ser aplicado por mor del Artículo 42.1 del Convenio CIADI como el argumento del demandante de la necesidad de tener en cuenta el contexto de una disputa bajo tratado:

“Argentina is right when calling attention to the circumstance that in the absence of an agreement between the Parties on the law governing the dispute, under Article 42(1), second sentence, of the ICSID Convention both the law of Argentina and international law are applicable. The Claimant is also right in emphasising the relevance of the BIT and international law, given the nature of the claims involved in the dispute”⁹⁷.

“The Tribunal shares the view that both systems –the BIT supplemented by international law as well as Argentinian law– have a role to play. The issue is to determine the role of each system for the decision on the merits, given the context of a dispute arising under an investment treaty (...). The specific context characterising treaty arbitration permits in our case to define the role of the BIT and international law, on the one hand, and Argentinian law, on the other”⁹⁸.

La respuesta del tribunal sobre el papel del derecho interno es similar a la alcanzada por el tribunal del asunto *Suez c. Argentina*. En primer lugar, para el tribunal el papel del derecho interno es (entre otros) la información de las expectativas legítimas del inversor:

“is to inform the content of those commitments made by Argentina to Claimant that the latter alleges to have been violated. Thus, in order to establish which rights have been recognised by Argentina to the Claimant as a foreign investor, resort will have to be had to Argentina’s law”⁹⁹.

En cambio, cuando el tribunal tiene que establecer un incumplimiento del tratado, incluso si la modificación o eliminación de derechos fuera válida bajo el derecho interno argentino, es

“a matter to be decided solely on the basis of the BIT itself and the other applicable rules of international law”¹⁰⁰.

43. Bajo ese mismo tratado entre Estados Unidos y Argentina se pronunciaron otros tribunales de manera relativamente dispar en un breve lapso. Dos de ellos lo hicieron con mayor fortuna (*Enron c. Argentina* y *Sempra c. Argentina*), mientras que otros tres (*CMS c. Argentina*, *Azurix c. Argentina* y *LG&E c. Argentina*) fueron menos precisos en sus conclusiones:

44. En *Enron c. Argentina*¹⁰¹ y *Sempra c. Argentina*¹⁰² (que tratamos conjuntamente por compartir presidente del tribunal, el profesor Orrego Vicuña, y haber sido litigados en paralelo), los tribunales arbitrales señalaron que la discusión sobre el alcance del derecho interno y el del derecho internacional era en la práctica teórico, dado que la segunda oración del Artículo 42.1 del Convenio CIADI prevé la aplicación de ambos¹⁰³. De un lado, dieron la razón a Argentina cuando aseguraba que el derecho interno no se limitaba a cuestiones fácticas sino también jurídicas, especialmente su aplicación a la licencia de distribución de gas (subyacente de la inversión)¹⁰⁴. De otro lado, confirmaron con los demandantes el papel preponderante del derecho internacional para el caso incluso desde la perspectiva de la Constitución argentina¹⁰⁵. Sin embargo, no llegaron a deslindar con nitidez el papel que le correspondería a cada uno, siendo su referencia a que aplicarían lo que procediera en cada caso excesivamente general:

“the Tribunal finds that there is generally no inconsistency between the Argentine law and international law insofar as the basic principles governing the matter are concerned. Problems arise only in respect of some specific issues that will be noted in due course. To the extent that there is any inconsistency between Argentine law and the treaties in force, however, international law will prevail, as is established under both the Argentine Constitution and Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (...) In accordance with the above considerations, the Tribunal will consider both Argentine law and international law to the extent each is relevant to a determination on liability”¹⁰⁶.

45. Por su parte, el tribunal del asunto *CMS c. Argentina* (presidido también por el profesor Orrego Vicuña) fue desde el principio de su argumentación sensible a la necesidad de aplicar tanto derecho internacional como derecho interno:

“This is the approach this Tribunal considers justified when taking the facts of the case and the arguments of the parties into account. Indeed, there is here a close interaction between the legislation and the regulations governing the gas privatization, the License and international law, as embodied both in the Treaty and in customary international law. All of these rules are inseparable and will, to the extent justified, be applied by the Tribunal”¹⁰⁷.

En consecuencia, declaró que ambos bloques legales eran aplicables, pero sin especificar en forma de regla general para el caso en qué supuestos lo haría y cómo:

“The specific domestic legislation of Argentina and rules of international law applied by the Tribunal will be discussed in connection with the issues contended. In addition to the Constitution and the Argentine Civil Code, the gas legislation and regulations will be analyzed, together with the measures adopted under the Emergency Law and other pertinent matters. The Treaty and customary international law will also be applied in reaching the pertinent conclusions”¹⁰⁸.

46. En el asunto *Azurix c. Argentina* el tribunal partió de la aceptación de las partes de tomar el tratado como “punto de referencia para juzgar el fondo de la reclamación de Azurix”¹⁰⁹ y reconoció que de la segunda oración del Artículo 42.1 del Convenio CIADI “se desprende claramente que [el derecho interno y el derecho internacional] tienen una función que desempeñar, la que dependerá de la naturaleza de la controversia y puede variar según cuál de los elementos de ésta se examine”¹¹⁰. Asumiendo que la responsabilidad del Estado se determina solo bajo el derecho internacional, el tribunal estableció con cierta ambigüedad que el derecho argentino

“debería ayudar al Tribunal a llevar adelante la indagación sobre las presuntas violaciones del Contrato de Concesión al que tal derecho se aplica, aunque sólo se trate de un elemento de la indagación consulta [sic], dado que los reclamos sometidos a consideración del Tribunal se fundan en un tratado”¹¹¹.

47. Finalmente, en el asunto *LG&E c. Argentina* el tribunal dedicó un apartado relativamente extenso de su decisión a determinar el alcance de la remisión al derecho interno que se hace en la segunda oración del Artículo 42.1 del Convenio CIADI; ese análisis está hoy ya relativamente superado¹¹² y se remata con una conclusión poco clara¹¹³. Nos limitaremos a señalar que el tribunal tuvo claro que tenía que aplicar tanto derecho interno como derecho internacional¹¹⁴ y que el derecho internacional prevalecería sobre el interno en caso de contradicción¹¹⁵.

48. Cerramos este epígrafe con el asunto *MTD c. Chile*, en el que el tribunal tuvo que resolver la disputa bajo el tratado Malasia-Chile, cuyo Artículo 6 no contiene ninguna determinación de la ley aplicable al fondo. El tribunal tomó como punto de partida la primera oración del Artículo 42.1 del Convenio CIADI (no la segunda) y determinó que, por el hecho de haberse iniciado la disputa con base en un tratado, las partes habían elegido que el derecho aplicable fuera el derecho internacional:

“Article 42(1) of the Convention is the relevant provision for determining the law applicable to the merits of the dispute between the parties. This article requires the Tribunal to “decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties.” This being a dispute under the BIT, the parties have agreed that the merits of the dispute be decided in accordance with international law”¹¹⁶.

Ante el alegato de Chile sobre los contratos de inversión extranjera objeto de la disputa y la aplicación del derecho chileno al fondo por mor de la segunda oración del Artículo 42.1 del Convenio, el tribunal se limitó a señalar que tendría en cuenta el derecho chileno para ver cuál era el contenido de esos contratos:

“The Tribunal has to apply the BIT. The breach of the BIT is governed by international law. However, to establish the facts of the breach, it will be necessary to consider the contractual obligations undertaken by the Respondent and the Claimants and what their scope was under Chilean law”¹¹⁷.

El tribunal acabó declarando que Chile no había incumplido el estándar de tratamiento justo y equitativo del tratado por el hecho de que, conforme al derecho chileno, la autorización para invertir requería obtener otros permisos y aprobaciones para las que el Gobierno tenía que actuar “in accordance with its own laws and policies”¹¹⁸; sino por otras razones. Chile no quedó conforme con el resultado y solicitó la anulación del laudo, alegando entre otras razones la falta de aplicación del derecho chileno como una extralimitación manifiesta de facultades por parte del tribunal arbitral. La Comisión *ad hoc* desestimó la solicitud en su integridad; en el punto relativo al derecho chileno primero sostuvo que el tribunal tenía que aplicar, por definición, derecho chileno a algunos aspectos del caso, fuere cual fuere el apartado del Artículo 42.1 del Convenio CIADI que utilizase:

“As noted above, the lex causae in this case based on a breach of the BIT is international law. However it will often be necessary for BIT tribunals to apply the law of the host State, and this necessity is reinforced for ICSID tribunals by Article 42(1) of the ICSID Convention. Whether the applicable law here derived from the first or second sentence of Article 42(1) does not matter: the Tribunal should have applied Chilean law to those questions which were necessary for its determination and of which Chilean law was the governing law. At the same time, the implications of some issue of Chilean law for a claim under the BIT were for international law to determine. In short, both laws were relevant”¹¹⁹.

Seguidamente la Comisión entendió que el tribunal sí había aplicado derecho chileno cuando era relevante para la resolución de la disputa (el contenido de los contratos o las competencias de las autoridades locales) y con independencia de si hubiera cometido algún error en la aplicación de ese derecho:

“In considering the implications of the Foreign Investment Contracts for fair and equitable treatment, the Tribunal faced a hybrid issue. The meaning of a Chilean contract is a matter of Chilean law; its implications in terms of an international law claim are a matter for international law. (...) For present purposes it is sufficient to say that the Tribunal applied Chilean law to issues governed by it (such as the scope of FIC authority), and that there is no indication that it mischaracterised the scope of Chilean law in its decision on the fair and equitable treatment standard. Whether it got Chilean law (or for that matter international law) right on a matter falling within its jurisdiction is not for the Committee to decide on an annulment application”¹²⁰.

2.2. Las reglas de arbitraje no dicen nada al respecto

49. En segundo lugar, en la perspectiva no CIADI, se puede observar que las disposiciones sobre ley aplicable de los principales reglamentos de arbitraje al uso en arbitrajes de inversión (Artículo 35.1 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL de 2010¹²¹), Artículo 27.1 del Reglamento de Arbitraje de la SCC de Estocolmo de 2017¹²²) y el Artículo 21.1 del Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2017¹²³), así como el Artículo 33.1 del prácticamente olvidado *Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias entre dos Partes de las que solamente una es un Estado* de 1993¹²⁴), otorgan amplia discrecionalidad a los tribunales arbitrales para elegir la ley o las normas aplicables al caso, directamente o a través de la consulta de normas de conflicto de leyes, a falta de acuerdo expreso de las partes sobre la ley aplicable (en el propio tratado o en un acuerdo posterior al nacimiento de la disputa). Esto incluye, por supuesto, el derecho interno.

50. Esta es la solución adoptada también por el CIADI para el funcionamiento de su Mecanismo Complementario en casos en que no pueda aplicarse el Convenio (fundamentalmente porque uno de los Estados implicados en la disputa no es contratante de dicho Convenio). El Artículo 54 del Reglamento de Arbitraje contiene una previsión expresa sobre ley aplicable que difiere notablemente de la del Convenio¹²⁵), indicando que, a falta de determinación de las partes de las disposiciones legales aplicables al fondo de la controversia,

“el Tribunal aplicará (a) la ley que determinen las normas sobre conflicto de leyes que el Tribunal considere aplicables y (b) las normas de derecho internacional que el Tribunal considere aplicables”.

51. En la jurisprudencia podemos citar lo decidido por el tribunal en el asunto *Chevron y Texaco c. Ecuador* bajo el tratado de protección de inversiones entre Estados Unidos y Ecuador. En vista de que el tratado no contaba con una cláusula de ley aplicable por el tribunal en su Artículo VI, éste tenía como herramienta el Artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL de 1976. Sin embargo, en el laudo el tribunal simplemente concluyó que tenía que aplicar el tratado y el derecho internacional, así como el derecho ecuatoriano (que aplicó a algunos aspectos del caso):

“The substantive law to be applied by the Tribunal consists of the substantive provisions of the BIT and any relevant provisions of other sources of international law. The Tribunal notes that the VCLT, while being treaty law, has not been ratified by the United States. Therefore, both it and the ILC Draft Articles may only apply in the present case insofar as they reflect customary international law. However, neither Party has disputed the relevant provisions of the VCLT and ILC Draft Articles as authoritative statements of customary international law. Indeed, both Parties have relied on them in these proceedings. In addition to the above sources, the national law of Ecuador may be relevant with regard to certain issues”¹²⁶.

52. Se puede mencionar igualmente el caso *RosInvestCo UK c. Rusia* bajo el tratado entre Reino Unido y la U.R.S.S. (aplicable por sucesión a Rusia) y bajo el Reglamento de Arbitraje de la SCC. En este caso, el tribunal concurre con las partes en que la ley aplicable era el tratado y el derecho internacional:

“The Parties seem to agree, and the Tribunal finds that the law applicable to the claim under the [tratado] is the [tratado] itself and international law. Russian law comes into play only in so far as it is relevant in determining whether the Respondent acted in breach of an international obligation”¹²⁷.

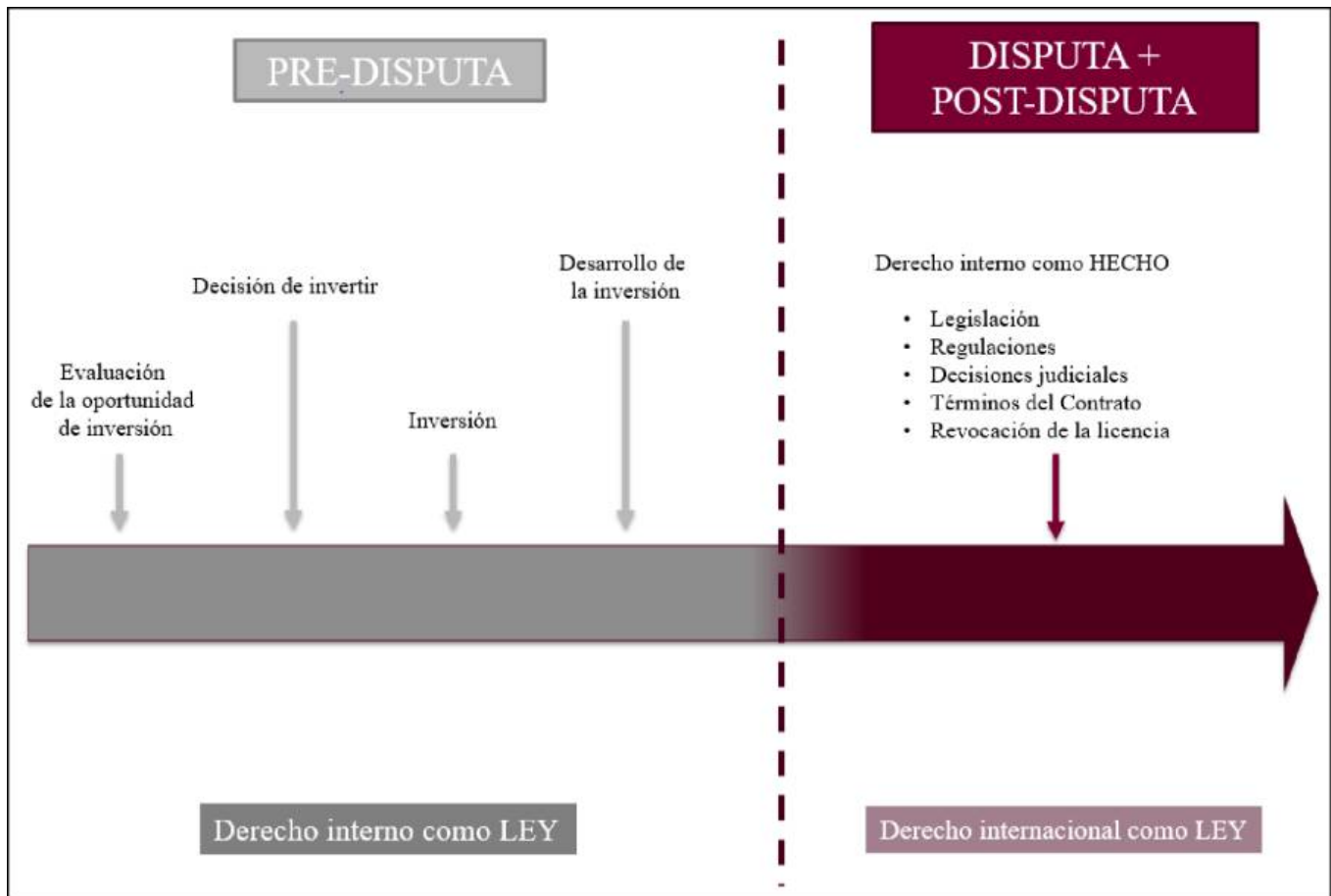
El tribunal aplicó derecho ruso para determinar el alcance del comportamiento de las autoridades fiscales rusas y si en su conjunto constituía una expropiación de la inversión del inversor¹²⁸.

IV. CONCLUSIONES

53. Tras esta detenida revisión de tratados, reglamentos y jurisprudencia, entendemos que se pueden inferir algunos principios jurídicos generales que funcionarían en todos los escenarios anteriormente descritos, por supuesto a falta de una regla expresa que prevea otra solución. Podemos tomar como botón de muestra la conclusión alcanzada por el tribunal arbitral en el asunto *National Grid c. Argentina*, que encaja en el apartado III.1., el más completo y seguro a los efectos de este trabajo:

“In brief, pursuant to Article 8(4) and other provisions of the Treaty [Reino Unido-Argentina], the Tribunal shall apply Argentine law to ascertain the concept of “asset” and for the purpose of determining the “investment” eligible under the Treaty. Also governed by Argentine substantive law is the regulatory framework designed to transfer the transmission of high and medium voltage electricity from public domain to the private sector, thus providing specific commitments to the Claimant at the time of its investment. Questions regarding the protection of the Claimant’s investment and the excuses that may be relied upon to disregard such protection are governed by the Treaty itself, supplemented by principles of international law, as may be relevant, applicable, and relied upon by the Parties”¹²⁹.

54. El punto de partida para clasificar todas las ideas que emanan de esos tratados, reglamentos y jurisprudencia consiste en dibujar una línea de tiempo en la vida de la inversión correspondiente, dividiendo esa línea en dos a partir del inicio de la disputa con el Estado receptor:



55. Esta línea de tiempo se explica de la siguiente manera:

56. En primer lugar, en el escenario previo a la disputa con el Estado receptor de la inversión, justo cuando nada supuestamente ilícito ha sucedido aún, el inversor valorará la oportunidad de realizar la inversión. Esa valoración tiene que hacerse necesariamente a la luz del derecho interno del Estado receptor de la inversión: de este modo se determinan qué derechos confería el ordenamiento jurídico del Estado receptor a los inversores que invirtieran en un determinado sector. Lo mismo sucede con su posterior decisión de invertir y a la ejecución de la inversión, que debe realizarse conforme a lo dispuesto por la ley del Estado receptor, lo que funciona como una *carga* a los efectos de poder beneficiarse posteriormente de la protección del tratado. Asimismo, el inversor deberá seguir cumpliendo con la legislación local para evitar que, en su momento, se lo acuse de haber contribuido al nacimiento de la disputa. En resumen, en este período el derecho interno del Estado receptor aplica como *derecho*.

57. En segundo lugar, tras la línea transversal discontinua, la disputa con el Estado receptor puede nacer por acciones u omisiones del poder legislativo, ejecutivo o judicial o de cualquier otro órgano del Estado o sus subdivisiones políticas. En este caso, todas esas acciones y omisiones están obviamente sujetas al derecho interno del Estado receptor. Sin embargo, en el procedimiento arbitral lo que las partes harán será discutir si esas acciones u omisiones son o no contrarias al tratado que ampara al inversor. En estas circunstancias, el derecho interno es y debe ser tomado como un *hecho* y el derecho internacional (comprendiendo el tratado y otras normas y principios generales) es el único aplicable a la determinación de la responsabilidad del Estado, sin que una declaración de validez de las acciones u omisiones por el derecho interno impidan que el tribunal las analice a la luz del tratado y el derecho internacional y, en su caso, condene al Estado. La única excepción viene dada por las cláusulas paraguas que, dependiendo de su redacción concreta, podrían llevar a la elevación de un incumplimiento del derecho interno a un incumplimiento del derecho internacional.

58. El tribunal arbitral competente tendrá que aplicar el derecho interno como *derecho* en aspectos previos al nacimiento de la disputa pero como *hecho* a la hora de valorarla a la luz del tratado y el derecho internacional. En otras palabras y utilizando términos de valoración de daños, el derecho interno tiene que aplicarse como *derecho* al escenario contrafáctico (*but for*), esto es, sin las medidas en disputa; en cambio, a los efectos de establecer un incumplimiento del tratado (escenario *actual*), por definición las medidas en disputa (derecho interno) son un *hecho* y la responsabilidad del Estado solo se determina bajo el derecho internacional. El siguiente cuadro trata de explicarlo con mayor claridad:

PRE-DISPUTA	DISPUTA + POST-DISPUTA
<p><u>ASPECTOS JURISDICCIONALES/COMPETENCIALES/DE ADMISIBILIDAD DE LA RECLAMACIÓN</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Inversor</i>: derecho interno del Estado de origen o derecho interno del Estado receptor de la inversión por estar sujeto a control extranjero • <i>Inversión</i>: de acuerdo con la ley del Estado receptor • <i>Admisibilidad</i>: agotamiento de los recursos locales, esto es, establecidos en la legislación del Estado receptor (en motivo de denegación de justicia) 	<p><u>INCUMPLIMIENTO DEL TRATADO (RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS)</u></p> <p>De acuerdo con el derecho internacional únicamente:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Artículo 27 CVDT • Artículos 3 y 32 Artículos de la ILC. <p>Excepto:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cláusula paraguas (*): incumplimiento del contrato es incumplimiento del tratado internacional
<p><u>ASUNTOS SUSTANTIVOS</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Expropiación</i>: los derechos susceptibles de ser expropiados deben existir en el derecho interno del Estado receptor • <i>Tratamiento justo y equitativo</i>: los derechos, obligaciones y expectativas del inversor se miden de acuerdo con la ley del Estado receptor. • <i>Cláusula paraguas (*)</i>: contrato de inversión muy probablemente sujeto al derecho interno del Estado receptor 	

V. BIBLIOGRAFÍA SUMARIA

BROCHES, A., "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States", en *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye de Droit International*, vol. 136, 1972, pgs. 331-410.

CRAWFORD, J., "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, Vol. 24, Issue 3, 1 September 2008, pgs. 351-374.

DÍEZ-HOCHLEITNER, J., "La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15 del TJUE", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 57, pgs. 403-429.

GÓMEZ JENE, M., *Arbitraje comercial internacional*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.

PASCUAL VIVES, F. J., "Shaping the EU Investment Regime: Choice of Forum and Applicable Law in International Investment Agreements", en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2014), Vol. 6, N.º 1, pgs. 269-293.

SCHREUER, C.H. con MALINTOPPI, L., REINISCH, A. y SINCLAIR, A., *The ICSID Convention. A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

SINCLAIR, A., "Umbrella Clauses", en BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. y REINISCH, A., *International Investment Law*, C.H. Beck/Hart/Nomos, Baden-Baden/Munich/Londres, 2015, pgs. 887-958.

SPIERMANN, O., "Applicable Law", en MUCHLINSKI, P., ORTINO, F. y SCHREUER, C. (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, pgs. 89-118.

SPIERMANN, O., "Applicable Law", en BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. y REINISCH, A., *International Investment Law*, C.H. Beck/Hart/Nomos, Baden-Baden/Munich/Londres, 2015, pgs. 1373-1390.

FOOTNOTES

Este trabajo constituye una reelaboración ampliada de la ponencia presentada por Alfonso Iglesia en la mesa "The pacta sunt servanda principle as created by international arbitrators" que tuvo lugar en el transcurso del 21st Annual IBA Arbitration Day en Buenos Aires (Argentina) el 26 de febrero de 2018, tratando en particular la siguiente proposición: "the rule that municipal law must be considered to apply correctly the relevant treaty in investment arbitration". El contenido de este trabajo refleja exclusivamente el parecer de sus autores y no constituye opinión profesional ni

1

La jurisprudencia citada en este trabajo se puede encontrar tanto en bases de datos de acceso libre como la web del Centro de Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) (<https://icsid.worldbank.org>) o *ITAlaw* (www.italaw.com) como en bases de pago como *Investor State Law Guide* (www.investorstatelawguide.com); se consultaron por última vez el 10 de febrero de 2019.

2

Para otras aproximaciones véase PASCUAL VIVES, F. J., “Shaping the EU Investment Regime: Choice of Forum and Applicable Law in International Investment Agreements”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2014), Vol. 6, N.º 1, pgs. 269-293 (esp. pgs. 281-284).

3

SPIERMANN, O., “Applicable Law”, en MUCHLINSKI, P., ORTINO, F. y SCHREUER, C. (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, pg. 108; SPIERMANN, O., “Applicable Law”, en BUNGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. y REINISCH, A., *International Investment Law*, C.H. Beck/Hart/Nomos, Baden-Baden/Munich/Londres, 2015, pg. 1381.

4

Como dijo el tribunal arbitral del asunto *Daimler Financial Services AG c. República Argentina* (caso CIADI n.º ARB/05/1), Laudo, 22 de agosto de 2012, párr. 50, la cláusula de ley aplicable situada en el convenio arbitral del tratado aplica al fondo del caso, mientras que a efectos jurisdiccionales o competenciales la ley aplicable es el propio tratado y las reglas arbitraje (en aquel caso el Convenio CIADI).

5

Véase, *per omnes*, *Cem Cenzig Uzan c. República de Turquía* (caso SCC V 2014/023), Laudo sobre objeción preliminar bifurcada de la Demandada, 20 de abril de 2016, párr. 156: “*The Tribunal decides that there are thus two requirements that a natural person must meet in order to be considered an Investor based on the permanently residing criterion. The ordinary meaning of this Article necessitates a factual and a legal component. Starting with the latter, there is no dispute that this operates a renvoi to the domestic law of the Contracting Party. The Tribunal must look to the domestic law of the Contracting Party in question to determine whether the Claimant qualifies as permanently residing in that country in accordance with that law.*”

6

Véase, *per omnes*, *BG Group Plc. c. República Argentina* (caso UNCITRAL), Laudo, 24 de diciembre de 2007, párr. 92: “*It is also beyond dispute that the contours of the concept of “asset” included in the definition of “investment” in Article 1(a) [del Tratado entre Reino Unido y Argentina] is governed by Argentine law.*”

7

Caso típico de los tratados de derechos humanos invocados por Argentina en su defensa ante las reclamaciones de inversores extranjeros. Véase, *per omnes*, *SAUR International, S.A. c. República Argentina* (caso CIADI n.º ARB/04/4), Decisión sobre jurisdicción y sobre responsabilidad, 6 de junio de 2012, párrs. 328-332, especialmente párr. 330.

8

Recientemente se han visto casos bajo tratados de protección de inversiones en los que los Estados demandados han planteado demandas reconventionales contra los inversores demandantes. La respuesta a si cabe una reconvencción en esos supuestos debe darse con cautela a la luz del tratado correspondiente, lo que puede (y debe) llevar a resultados contradictorios. Véanse, *per omnes*, *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, S.A. Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República Argentina* (caso CIADI n.º ARB/07/26), Laudo, 8 de diciembre de 2016, esp. párrs. 1182-1192 sobre la ley aplicable a esa reclamación; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina* (caso CIADI n.º ARB/09/1), Laudo, 21 de julio de 2017, párrs. 1049-1058.

9

El Art. 3 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (aprobados por la Asamblea General de la ONU el 12 de diciembre de 2001 [AG/56/03]) establece lo siguiente: “Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito. *La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.*” Como dice CRAWFORD, J., “Treaty and Contract in Investment Arbitration”, *Arbitration International*, Vol. 24, Issue 3, 1 September 2008, pg. 355, “*the responsibility of States in the field of investment treaty arbitration is a species of State responsibility, i.e. the responsibility of a State party for breach of the substantive international obligations created by the investment treaty.*”

For this purpose it makes no difference whether these obligations are owed to the other State party to the treaty or directly to the investor”.

10

El Art. 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT) (para España, *BOE* núm. 142, de 13 de junio de 1980) establece que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

11

Véase *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina* (caso CIADI n.º ARB/97/3), Decisión sobre la anulación, 3 de julio de 2002, párr. 103.

12

National Grid P.L.C. c. República Argentina (caso UNCITRAL), Laudo, 3 de noviembre de 2008, párr. 87.

13

Urbaser c. Argentina, párr. 555. Notamos, sin embargo, que la afirmación posterior en el mismo párrafo de que “Eso es precisamente lo que dispone el Artículo X(5), al hacer referencia a las disposiciones de derecho internacional privado, que comprende todas las disposiciones aplicables de derecho internacional de carácter vinculante” no es técnicamente correcta, ya que el tribunal debería haberse referido a la mención a los “principios generales del Derecho Internacional” que hace el Art. X(5) del tratado entre España y Argentina; véase *infra* nota 23.

14

Teinver c. Argentina, párr. 475.

15

Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S. à r.l. c. Reino de España (caso CIADI n.º ARB/13/36), Laudo, 4 de mayo de 2017, párr. 373.

16

En la abundante literatura sobre el tema destacamos la más reciente aportación de A. Sinclair. Véase SINCLAIR, A., “Umbrella Clauses”, en BUNGENBERG, M. *et al.*, cit., pgs. 887-958.

17

Véase la clásica polémica en cuanto al alcance material de protección de las cláusulas paraguas de los tratados de protección de inversiones entre Suiza y Pakistán y entre Suiza y Filipinas en *SGS Sociéte Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán* (caso CIADI n.º ARB/01/13), Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, 6 de agosto de 2003; frente a *SGS Sociéte Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas* (caso CIADI n.º ARB/02/6), Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, 29 de enero de 2004.

18

Como dice CRAWFORD, J., “Treaty and Contract in Investment Arbitration”, cit., pg. 355, “each investment treaty has to be interpreted in its own terms and in its own right. There is no such thing as the umbrella clause; rather, there are umbrella clauses. No doubt where these are in identical or nearly identical terms they should be given the same or similar meaning; but where different language is used compared with existing standard formulas, it may be presumed that some difference in meaning was intended.”

19

Véase *SGS Sociéte Générale de Surveillance S.A. c. República de Paraguay* (caso CIADI n.º ARB/07/29), Laudo, 10 de febrero de 2012, párrs. 90-91. La demandante acusó a la demandada de deberle el pago de unas facturas derivadas de un contrato de prestación de servicios técnicos de inspección de pre-embarque de importaciones sometido a la ley paraguaya y con una cláusula de sumisión a los tribunales de la ciudad de Asunción. El tribunal arbitral fue claro al concluir que un mero incumplimiento del contrato conllevaba un incumplimiento de la cláusula paraguas del Art. 11 del tratado entre Suiza y Paraguay: “90. El Artículo 11 del TBI establece que “[c]ada Parte Contratante respetará en todo momento las obligaciones contraídas con respecto de las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante”. En cuanto al sentido corriente del término, un compromiso contractual es la “obligación”-tipo jurídicamente vinculante. Por tanto, si se aplican los principios-estándar de interpretación de los tratados, un compromiso contractual es una “obligación” según los términos del Artículo 11. 91. El Artículo 11 exige la “observancia” de las obligaciones. También según el sentido corriente del término, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en un contrato constituye una clara falta de “observancia” de las obligaciones asumidas. Nada en el Artículo 11 establece o da a entender que un gobierno sólo incumplirá el deber de respetar sus obligaciones si abusa de su poder soberano. Por lo tanto, si

se aplican una vez más los principios-estándar de interpretación de los tratados, un incumplimiento contractual por parte del Paraguay con respecto a la inversión de un inversionista suizo constituye una violación del Artículo 11”.

20

Siguiendo a CRAWFORD, J., “Treaty and Contract in Investment Arbitration”, cit., pgs. 372 y 374: “the claims are still contractual and they are still governed by their own applicable law. The distinction between treaty and contract is maintained. The purpose of the umbrella clause is to allow enforcement without internationalization and without transforming the character and content of the underlying obligation. (...) the umbrella clause is an extra mechanism for the enforcement of claims, but the basis of the transaction remains the same”.

21

Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina, Decisión sobre la anulación, párr. 96.

22

Véanse los acuerdos con Albania (Art. 11.3; *BOE* núm. 38, de 13 de febrero de 2004); Argelia (Art. 11.3; *BOE* núm. 59, de 8 de marzo de 1996); Argentina (Art. 10.5; *BOE* núm. 277, de 18 de noviembre de 1992 [véase *infra* nota 23]); Bahrein (Art. 11.3; *BOE* núm. 80, de 3 de abril de 2015); Bolivia (Art. 11.3; *BOE* núm. 247, de 15 de octubre de 2002); Bosnia-Herzegovina (Art. 11.4; *BOE* núm. 158, de 3 de julio de 2003); Bulgaria (Art. XI.4; *BOE* núm. 143, de 16 de junio de 1998); Chequia y Eslovaquia (Art. 10.3; *BOE* núm. 33, de 7 de febrero de 1992); Colombia (Art. 10.9; *BOE* núm. 219, de 12 de septiembre de 2007); República de Corea (Art. 9.3; *BOE* núm. 297, de 13 de diciembre de 1994); Costa Rica (Art. XI.4; *BOE* núm. 170, de 17 de julio de 1999); Croacia (Art. 11.3; *BOE* núm. 259, de 18 de noviembre de 1995); Cuba (Art. 11.3; *BOE* núm. 276, de 18 de noviembre de 1995); Chile (Art. 10.4; *BOE* núm. 67, de 19 de marzo de 1994); China (Art. 9.3; *BOE* núm. 164, de 8 de julio de 2008); Ecuador (Art. XI.3; *BOE* núm. 86, de 10 de abril de 1998); Egipto (Art. 11.3; *BOE* núm. 155, de 30 de junio de 1994); El Salvador (Art. 11.3; *BOE* núm. 114, de 10 de mayo de 1996); Eslovenia (Art. XI.3; *BOE* núm. 113, de 11 de mayo de 2000; corr. de errores, *BOE* núm. 136, de 7 de junio de 2000); Estonia (Art. 11.3; *BOE* núm. 168, de 15 de julio de 1998); Gabón (Art. 11.3; *BOE* núm. 22, de 25 de enero de 2002); Guatemala (Art. 11.3; *BOE* núm. 146, de 17 de junio de 2004); Guinea Ecuatorial (Art. 11.3; *BOE* núm. 10, de 12 de enero de 2004); Honduras (Art. 11.3; *BOE* núm. 175, de 20 de julio de 1996); India (Art. 12.4; *BOE* núm. 101, de 28 de abril de 1999); Jamaica (Art. 11.2; *BOE* núm. 11, de 13 de enero de 2003); Jordania (Art. 12.3; *BOE* núm. 9, de 10 de enero de 2001); Kazajistán (Art. 11.3; *BOE* núm. 104, de 30 de abril de 1996); Letonia (Art. 11.3; *BOE* núm. 134, de 5 de junio de 1997); Líbano (Art. 11.3; *BOE* núm. 122, de 22 de mayo de 1997); Libia (Art. 11.3; *BOE* núm. 237, de 1 de octubre de 2009); Lituania (Art. XI.3; *BOE* núm. 22, de 25 de enero de 1996); Macedonia (Art. 11.4; *BOE* núm. 43, de 19 de febrero de 2007); Marruecos (Art. 11.4; *BOE* núm. 86, de 11 de abril de 2005); Mauritania (Art. 11.3; *BOE* núm. 74, de 26 de marzo de 2016); Moldavia (Art. 11.3; *BOE* núm. 37, de 12 de febrero de 2007); Namibia (Art. 11.3; *BOE* núm. 199, de 18 de agosto de 2004); Nicaragua (Art. XI.3; *BOE* núm. 98, de 25 de abril de 1995); Nigeria (Art. 12.3; *BOE* núm. 36, de 11 de febrero de 2006); Pakistán (Art. 11.3; *BOE* núm. 142, de 12 de junio de 1996); Panamá (Art. XII.3; *BOE* núm. 254, de 23 de octubre de 1998); Paraguay (Art. 11.3; *BOE* núm. 8, de 9 de enero de 1997); Perú (Art. 9.3; *BOE* núm. 59, de 8 de marzo de 1996); Polonia (Art. 11.3; *BOE* núm. 133, de 4 de junio de 1993); República Dominicana (Art. 11.2; *BOE* núm. 282, de 22 de noviembre de 1996); Rumania (Art. 8.3; *BOE* núm. 280, de 23 de noviembre de 1995); Senegal (Art. 11.3; *BOE* núm. 67, de 19 de marzo de 2015); Siria (Art. 11.3; *BOE* núm. 42, de 18 de febrero de 2005); Sudáfrica (Art. XI.3; *BOE* núm. 26, de 31 de enero de 2000); Trinidad y Tobago (Art. 12.4; *BOE* núm. 252, de 19 de octubre de 2004); Turquía (Art. IX.3; *BOE* núm. 71, de 24 de marzo de 1998); Ucrania (Art. 11.3; *BOE* núm. 108, de 5 de mayo de 2000); U.R.S.S., aplicable por sucesión a Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Georgia, Kirguizistán, Rusia, Tayikistán y Turkmenistán (Art. 10.3; *BOE* núm. 301, de 17 de diciembre de 1991); Uruguay (Art. 11.5; *BOE* núm. 126, de 27 de mayo de 1994); Uzbekistán (Art. 11.3; *BOE* núm. 78, de 31 de marzo de 2004); Venezuela (Art. XI.4; *BOE* núm. 245, de 13 de octubre de 1997); Vietnam (Art. 11.3; *BOE* núm. 303, de 17 de diciembre de 2011) y Yugoslavia, aplicable por sucesión a Montenegro y Serbia (Art. 11.3; *BOE* núm. 135, de 4 de junio de 2004).

23

Se puede encontrar una redacción similar en gran parte de la práctica convencional argentina; véanse los acuerdos con Alemania (Art. 10.5), Argelia (Art. 8.4), Armenia (Art. 9.4), Australia (Art. 13.6), Austria (Art. 8.6), Bélgica y Luxemburgo (Art. 12.7), Bolivia (Art. IX.6), Bulgaria (Art. 10.4), Canadá (Art. X.4), Chequia (Art. 8.4), Chile (Art. X.4), China (Art. 8.6), República de Corea (Art. 8.5), Costa Rica (Art. 12.7), Cuba (Art. 9.4), Dinamarca (Art. 9.4), Ecuador (Art. IX.4), Egipto (Art. X.4), El Salvador (Art. 10.4), Filipinas (Art. XI.4), Finlandia (Art. 9.4), Francia (Art. 8.4), Hungría (Art. 10.4), India (Art. 9.5), Indonesia (Art. 10.4), Israel (Art. 8.6), Italia (Art. 8.7), Jamaica (Art. 9.7), Lituania (Art. 9.4), Malasia (Art. 7.4), Marruecos (Art. 9.4), Nicaragua (Art. 11.4), Países Bajos (Art. 10.7), Panamá (Art. 9.4), Perú (Art. 10.4), Polonia (Art. 10.4), Portugal (Art. 8.4), Reino Unido (Art. 8.4), Rumania (Art. 10.4), Senegal (Art. 9.4), Sudáfrica (Art. 9.4), Suecia (Art. 8.4), Suiza (Art. 9.7), Tailandia (Art. 9.7), Tunicia (Art. 8.4), Turquía (Art. 8.4), Ucrania (Art. 8.4), Venezuela (Art. 11.4) y Vietnam (Art. 9.3) (todos ellos disponibles en <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/8>).

24

Versión auténtica en inglés que prevalece en caso de diferencia con las otras versiones auténticas en checo y neerlandés; disponible en <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/2650>.

25

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-284/16 (*Slowakische Republik c. Achmea BV*), de 6 de marzo de 2018.

26

Ibidem, párrs. 40-41: “40. A este respecto, incluso suponiendo, como alega Achmea, que dicho tribunal arbitral solo sea competente, a pesar de la muy amplia formulación del artículo 8, apartado 1, del TBI, para pronunciarse sobre el eventual incumplimiento de este Tratado, no es menos cierto que, a estos efectos, debe tener en cuenta en particular, con arreglo al artículo 8, apartado 6, del TBI, el Derecho vigente de la Parte contratante afectada y cualquier tratado pertinente entre las Partes contratantes. 41. Pues bien, habida cuenta de la naturaleza y las características del Derecho de la Unión mencionadas en el apartado 33 de la presente sentencia, debe considerarse que ese Derecho forma parte del Derecho vigente en todos los Estados miembros y, al mismo tiempo, se deriva de un tratado internacional celebrado entre los Estados miembros”.

27

Aunque se indica que la consulta al derecho interno del Estado incluye sus normas de conflicto, los tribunales se quedan sin reenvíos en la consulta del ordenamiento material de ese Estado. Véase, *per omnes*, *BG Group Plc. c. Argentina*, párr. 92, nota al pie 95: “Although Argentine private international law is included within the bodies or sources of law mentioned in Article 8(4) [del Tratado entre Reino Unido y Argentina], neither Party relied upon it, so the matter under discussion here is the role played by Argentine substantive municipal rules of law”.

28

CRAWFORD, J., “Treaty and Contract in Investment Arbitration”, cit., pg. 352.

29

El primero de los tribunales que se enfrentó a un problema similar fue el del asunto *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España* (caso CIADI n.º ARB/97/7), Laudo, 13 de noviembre de 2010. El tribunal no se detuvo en determinar qué función tenía el derecho interno para el fondo del caso dado el Art. X(5) del tratado entre Argentina y España; simplemente aplicó el derecho español a una multiplicidad de aspectos a los que entendió que le aplicaba el derecho español, especialmente la responsabilidad por la evaluación de impacto ambiental de la inversión (párrs. 65-71).

30

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. República Argentina (caso CIADI n.º ARB/03/19) y *AWG Group c. República Argentina* (caso UNCITRAL), Decisión sobre responsabilidad, 30 de julio de 2010, párr. 63.

31

Véase *supra* nota 10.

32

Suez c. Argentina, párr. 64.

33

Ibidem, párr. 65.

34

Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina, Decisión sobre la anulación, párr. 101.

35

Total, S.A. c. República Argentina (caso CIADI n.º ARB/04/1), Decisión sobre responsabilidad, 27 de diciembre de 2010, párr. 39. El análisis del derecho argentino sobre el marco regulatorio existente se ve con claridad en los párrs. 418-427 de la Decisión, previo recordatorio de que “according to Article 8(4) of the BIT, Argentina’s domestic law is part of the law to be applied by the Tribunal, which accordingly has jurisdiction to interpret that law” (párr. 417).

36

Ibidem, párr. 40.

37

Urbaser c. Argentina, párr. 556. De manera coherente, en la aplicación de este principio a los hechos del caso el tribunal concluyó que debía aplicar el derecho argentino del siguiente modo: “Las expectativas del inversor, y su importancia en este caso en particular, se miden igualmente por los compromisos contractuales asumidos. Sin embargo, estos derechos contractuales no se pueden analizar en forma aislada. Se ubican en un marco jurídico

que regula los derechos y obligaciones del Estado receptor y sus autoridades, sujeto a las protecciones que ofrece el TBI. En el Contrato de Concesión aplicable al caso bajo análisis, se hace mucho énfasis en la potestad regulatoria del Organismo Regulador. Los derechos y obligaciones de los accionistas de AGBA se rigen por la ley aplicable establecida en el Artículo X(5) del TBI, que comprende, en los casos en que corresponde, la ley del Estado receptor” (párr. 619).

38

Ibidem, párr. 558, remitiéndose a continuación, sin embargo, al alcance del concepto de inversión (véase *supra* nota 5) y de la realización de la inversión conforme a la legislación del Estado receptor (véase *supra* nota 6) y no a la discusión sobre el contenido de los derechos del inversor bajo el derecho argentino.

39

SAUR International c. Argentina, párr. 327.

40

Siemens AG c. República Argentina (caso CIADI n.º ARB/02/8), Laudo, 17 de enero de 2007, párr. 77.

41

Ibidem, párr. 78.

42

Algo similar se observa en el asunto *EDF International S.A., SAUR International S.A., and León Participaciones Argentinas, S.A. c. República Argentina* (caso CIADI n.º ARB/03/23), Laudo, 11 de junio de 2012, párrs. 904-908, donde el tribunal se centró en negar la relevancia del derecho interno argentino en materia de responsabilidad internacional (invocando el Art. 27 CVDT [véase *supra* nota 10] y el Art. 3 de los Artículos de la CDI [véase *supra* nota 9]), pero no afrontó expresamente el examen del derecho interno como *derecho*, tal y como establece el Art. 8.4 del tratado entre Francia y Argentina. La Decisión de 5 de febrero de 2016 de la Comisión *ad hoc* que desestimó el recurso de anulación de Argentina contra el Laudo entendió que no hubo extralimitación manifiesta de facultades (en el sentido de falta de aplicación del derecho) ni falta de expresión de los motivos en que se fundaba el Laudo por parte del tribunal arbitral en los citados párrs. 904-908. La Comisión consideró que, en lo referido a la responsabilidad del Estado, el tribunal arbitral había entendido que el derecho aplicable era el propio tratado y el derecho internacional, no el derecho argentino: “*the fact that a particular legal system supplies part of the applicable law does not mean that that law governs a given issue in dispute between the Parties. Which of the various applicable laws determines the answer to any particular question will depend upon the nature of that question. Thus, the interpretation and application of the Concession Agreement clearly fall to be determined by reference to Argentine law as the proper law of that contract. By contrast, if the issue to be determined concerns the interpretation or application of the BIT, those are questions governed by international law (...) The issues before the Tribunal concerned allegations of breaches of the BIT. Those issues could only be resolved by reference to the terms of the BIT and the principles of international law on subjects such as treaty interpretation*” (párrs. 219-220).

43

National Grid c. Argentina, párr. 84. En el párrafo 83 también advirtió de la aplicación del derecho interno a los tipos de bienes que pueden ser una inversión, a la cualificación como inversor (véase *supra* nota 5) o a la legalidad de la inversión (véase *supra* nota 6).

44

Ibidem, párr. 86.

45

Ibidem, párr. 87.

46

Ibidem, párr. 88.

47

Ibidem, párr. 89.

48

Salini Impregilo S.p.A. c. República Argentina (caso CIADI n.º ARB/15/39), Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 23 de febrero de 2018, párr. 82. En el párr. 49 el tribunal había aclarado previamente que el Art. 8.7 del tratado no determina la relación entre las distintas fuentes de derecho.

49

BG Group Plc. c. República Argentina, párr. 95.

50

Ibidem, párrs. 99-100.

51

Veáse Art. 25 de los Artículos de la CDI (*supra* nota 9).

52

BG Group Plc. c. República Argentina, párr. 101.

53

Por un lado, el único tratado español que incluye una cláusula de ley aplicable sin referirse al derecho interno es el acuerdo con México de 2006 (Art. XV.1; *BOE* núm. 81, de 3 de abril de 2008), al igual que hacía el acuerdo con México de 1995 (Título VI del Apéndice; *BOE* núm. 32, de 6 de febrero de 1997). Por otro lado, hay varios acuerdos que no contienen cláusulas de ley aplicable; son los celebrados con Arabia Saudí (Art. 11; *BOE* núm. 287, de 28 de noviembre de 2016); Filipinas (Art. 9; *BOE* núm. 275, de 17 de noviembre de 1994); Hungría (Art. 10; *BOE* núm. 217, de 9 de septiembre de 1992); Indonesia (Art. 10; *BOE* núm. 31, de 5 de febrero de 1997); Irán (Art. 11; *BOE* núm. 192, de 10 de agosto de 2004); Kuwait (Art. 11; *BOE* núm. 79, de 1 de abril de 2008); Malasia (Art. VIII; *BOE* núm. 59, de 8 de marzo de 1996) y Tunicia (Art. 11; *BOE* núm. 172, de 20 de julio de 1994).

54

BOE núm. 117, de 17 de mayo de 1995.

55

Disponibles en la página web de Departamento de Estado de los Estados Unidos de América: <https://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf> (2004) y <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> (2012).

56

Disponibles en <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/223>. En los tratados celebrados por Estados Unidos o por influencia de la práctica convencional estadounidense se suele prever que si la reclamación presentada por el demandante no es la de una infracción de las protecciones materiales del tratado [Art. 24.1(a)(i)(A) y Art. 24.1(b)(i)(A)] sino infracciones de autorizaciones de inversión o acuerdos de inversión, el tribunal arbitral sí tendrá que aplicar al fondo normativa distinta al tratado (Art. 31.2): (a) las reglas de derecho aplicables a la autorización de inversión pertinente o especificadas en las autorizaciones de inversión o acuerdos de inversión pertinentes, o de la manera como las partes contendientes puedan haber acordado; o (b) si, en los acuerdos de inversión pertinentes las reglas de derecho no han sido identificadas o en su defecto acordadas: (i) el ordenamiento jurídico del demandado, incluyendo sus reglas sobre conflicto de leyes; y (ii) las reglas de derecho internacional que sean aplicables.

57

Disponible en <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-112.asp>. Lo mismo se puede decir del Art. 10.22.2 del tratado de libre comercio entre Estados Unidos de América, Centroamérica y la República Dominicana (disponible en http://www.sice.oas.org/trade/cafta/caftadr_e/caftadrin_e.asp); sobre la sujeción de los tribunales arbitrales a su alcance véase, *per omnes*, *David Aven y otros c. República de Costa Rica* (caso CIADI n.º UNCT/15/3), Laudo Final, 18 de septiembre de 2018, párrs. 19-21.

58

Disponible en <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5737>.

59

Hecho en Santiago de Chile el 8 de marzo de 2018. A fecha 14 de enero de 2019 está en vigor entre Australia, Canadá, Japón, México, Nueva Zelanda, Singapur y Vietnam. Disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/86477/9_Inversi_n.pdf.

60

Ibidem.

61

DOUE *núm.* L 11, de 14 de enero de 2017. Notificación de aplicación provisional en DOUE n.º L 238, de 16 de septiembre de 2017. El Instrumento interpretativo conjunto sobre el AECG (también en DOUE *núm.* L 11, de 14 de enero de 2017) no se refiere expresamente al tema objeto de este trabajo.

62

Véase la reiteración en el Art. 8.10.7 del AECG: “*Para mayor seguridad, el hecho de que una medida infrinja el Derecho interno no supone, por sí solo, que se haya producido una infracción del presente artículo. Para determinar si la medida infringe el presente artículo, el tribunal deberá tener en cuenta si una de las Partes ha actuado de forma incompatible con las obligaciones establecidas en el apartado 1*”.

63

Recuérdese el Art. 344 TFUE: “*Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos*”.

64

El Art. 8.28.2.b) del AECG establece: “*El tribunal de apelación podrá confirmar, modificar o revocar un laudo del tribunal sobre la base de (...) b) errores manifiestos en la apreciación de los hechos, incluida la apreciación del Derecho nacional pertinente*”. Esta disposición cumple una doble función: i) reforzar la idea de que el derecho interno es un *hecho*; y ii) sujetar al Tribunal a la interpretación dada a ese derecho por los tribunales de la Parte (en el caso de la Unión, por el TJUE).

65

Véase *supra* párrafo 13.

66

Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot presentadas el 29 de enero de 2019, Dictamen 1/17, solicitud de dictamen presentada por el Reino de Bélgica, párr. 110 (disponibles en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=210244&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10940321>)

67

Ibidem, párr. 116.

68

Ibidem, párrs. 121-122.

69

Ibidem, párrs. 123-124.

70

Ibidem, párr. 129. Asimismo, en párr. 134: “*Sin embargo, tener en cuenta el Derecho interno de las Partes contratantes no debe conducir al Tribunal del CETA a modificarlo. Debe tenerlo en cuenta tal y como es. Esto es lo que significa la regla según la cual, cuando el Tribunal tiene en cuenta el Derecho interno de una Parte, únicamente puede hacerlo «como un elemento de hecho». Conviene señalar, a este respecto, que los órganos jurisdiccionales internacionales que deben examinar si un Estado ha observado las obligaciones derivadas de un tratado internacional y que, con este fin, deben examinar el Derecho de dicho Estado han considerado tradicionalmente que ese Derecho nacional debe examinarse como un elemento de hecho*”.

71

Ibidem, párrs. 136-139.

72

Ibidem, párrs. 149-151.

73

Disponible en <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5714>. Notamos que el TJUE no se ha pronunciado sobre la compatibilidad del IPA con el derecho de la UE, como dejó claro en los párrafos 30 y 290 del Dictamen 2/15 de 16 de mayo de 2017 sobre el inicial Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Singapur de 2014; véase DÍEZ-HOCHLEITNER, J., “La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15 del TJUE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 57, pg. 426. A resultas del Dictamen 2/15, las disposiciones sobre inversiones fueron desgajadas del resto del Acuerdo y convertidas en el IPA.

74

Se puede añadir la aclaración efectuada en la nota al pie 13 al Art. 2.4.6, que versa sobre la obligación de las Partes de dar un tratamiento justo y equitativo y plena protección y seguridad a las inversiones. La nota se refiere a la obligación de una Parte de no frustrar los compromisos contraídos con un inversor o una inversión mediante el ejercicio de su autoridad gubernamental, entendido éste como la “*adoption, maintenance or non-adoption of measures mandatory or enforceable under domestic laws.*” De nuevo las medidas tomadas bajo el derecho interno han de ser tratadas como supuesto de hecho de la reclamación del inversor.

75

Véase la Decisión de ejecución de la Comisión de 8 de enero de 2019 autorizando a Hungría a abrir negociaciones formales para concluir un acuerdo bilateral de inversiones con la República de Cabo Verde, en el contexto del Reglamento (UE) núm. 1219/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversiones entre Estados Miembros y terceros países (DOUE núm. L 351, de 20 de diciembre de 2012); véase en particular el Art. 2.1.g.v): “*Hungary (...) shall strive to include clauses reflecting in particular the following standards and rules: (...) (g) effective dispute resolution mechanism incorporating in particular, (...) v. a clarification that the domestic law of Hungary, including EU law, is not part of the applicable law under the agreement in question.*”

76

Véanse, en orden cronológico de emisión, *Charanne B.V. y Construction Investments, S.à r.l. c. Reino de España* (caso SCC n.º 062/2012), Laudo, 21 de enero de 2016, párrs. 15-16; *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. Reino de España* (caso SCC n.º V2013/153), Laudo, 12 de julio de 2016, párrs. 7-8; *Eiser c. España*, Laudo, 4 de mayo de 2017, párrs. 323-324; *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR c. Reino de España* (caso SCC n.º 2015/063), Laudo, 15 de febrero de 2018, párrs. 76-77; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energía Termosolar B.V. c. Reino de España* (caso CIADI n.º ARB/13/31), Laudo, 15 de junio de 2018, párrs. 158-159; *Foresight Luxembourg Solar 1 S.à r.l. y otros c. Reino de España* (caso SCC n.º V2015/150), Laudo, 14 de noviembre de 2018, párr. 264. La excepción es *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Reino de España* (caso CIADI n.º ARB/14/1), Laudo, 16 de mayo de 2018, en el que el tribunal no se pronunció sobre las fuentes jurídicas aplicables al caso y centró su análisis en las expectativas legítimas del inversor bajo el derecho español y sobre todo a la luz de las decisiones tomadas por la Administración pública respecto de las plantas termosolares del inversor (párrs. 482-522).

77

Véase, no obstante, la afirmación en *Charanne c. España*, párr. 510: “*la existencia de expectativas legítimas debe analizarse según el derecho internacional y no según el derecho interno*”, a pesar de lo cual el tribunal sí analizó la regulación española tanto desde la perspectiva de las expectativas legítimas del marco regulatorio previo como del contenido del nuevo marco aplicable a las inversiones del inversor (medidas en disputa) (párrs. 490-549).

78

Isolux c. España, párr. 793.

79

Antin c. España, párr. 160.

80

Ibidem, párr. 548.

81

Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos (caso CIADI No. ARB(AF)/00/2), Laudo, 29 de mayo de 2003, párr. 116.

82

Ibidem, párr. 120.

83

Ibidem, párrs. 107, 109, 117, 124, 127, 134, entre otros.

84

Ibidem, párr. 157.

85

Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos (caso CIADI No. ARB(AF)/09/2), Laudo, 18 de abril de 2013, párr. 564.

86

Ibidem, párr. 616.

87

Ibidem, párr. 617.

88

Ibidem, párr. 621.

89

Ibidem, párr. 622.

90

Por ejemplo, en el asunto *Siemens c. Argentina*, cit., párr. 76, el tribunal partió del Art. 42.1 en su análisis de la ley aplicable al fondo y constató que el acuerdo de las partes estaba en la cláusula de ley aplicable del Acuerdo Alemania-Argentina. Las consideraciones de ese tribunal, por tanto, se analizan en el apartado III.1.1. *supra*. Véase, sin embargo, la aproximación seguida por el tribunal en el asunto *MTD c. Chile infra* en el párrafo 48.

91

Como dijo el tribunal en el asunto *LG&E Energy Corp. y otros c. República Argentina* (caso CIADI n.º ARB/02/1), Decisión sobre responsabilidad, 3 de octubre de 2006, párr. 85, aunque las partes invocaran el tratado Estados Unidos-Argentina como aplicable al fondo, “*estos elementos no son suficientes para considerar existente un acuerdo implícito de las partes con respecto al Derecho aplicable, el cual requiere de actuaciones más determinantes. En consecuencia, la controversia se resolverá de acuerdo al Artículo 42(1) segunda parte*”.

92

BOE núm. 219, de 13 de septiembre de 1994.

93

Sobre normas jurídicas y *lex mercatoria* véase, *per omnes*, GÓMEZ JENE, M., *Arbitraje comercial internacional*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, pgs. 333-338.

94

Véase la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de los *Empréstitos Serbios emitidos en Francia* (*Francia c. Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos*) de 12 de julio de 1929, párr. 38: “*The controversy submitted to the Court in the present case, on the contrary, solely relates to the existence and extent of certain obligations which the Serbian State is alleged to have assumed in respect of the holders of certain loans. It therefore is exclusively concerned with relations between the borrowing State and private persons, that is to say, relations which are, in themselves, within the domain of municipal law*” [1929 PCIJ (Serie A), No. 20 (July 12)]. Asimismo, la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Anglo-Iranian* (jurisdicción) (*Reino Unido c. Irán*) de 22 de julio de 1952, párr. 112: “*The Court cannot accept the view that the contract signed between the Iranian Government and the Anglo-Persian Oil Company has a double character. It is nothing more than a concessionary contract between a government and a foreign corporation. (...) Under the contract the Iranian Government cannot claim from the United Kingdom Government any rights which it may claim from the Company, nor can it be called upon to perform towards the United Kingdom Government any obligations which it is bound to perform towards the Company. The document bearing the signatures of the representatives of the Iranian Government and the Company has a single purpose: the purpose of regulating the relations between that Government and the Company in regard to the concession*” (ICJ Reports 1952, pg. 93).

95

El padre del Convenio CIADI apuntó desde el principio de la creación del Centro que el Art. 42 podría aplicarse a reclamaciones bajo tratado. Véase BROCHES, A., “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”, en *Recueil des Cours de l’Académie de La Haye de Droit International*, vol. 136, 1972, pg. 392: “*there are four situations on which an ICSID tribunal will have occasion to apply international law: (...) (iii) where the subject-matter or issue is directly regulated by international law, for instance a treaty between the State party to the dispute and the State whose national is the other party to the dispute*”.

96

No obstante, SPIERMANN, O., “Applicable Law”, en MUCHLINSKI, P. *et al.*, cit., pg. 107; SPIERMANN, O., “Applicable Law”, en BUNGENBERG, M. *et al.*, cit., pg. 1378, considera que “*as Article 42 of the ICSID Convention has been designed for purposes of contract claims, applying the provision directly and unreservedly to treaty claims involves a strong element of absurdity*”.

97

El Paso Energy International Company c. República Argentina (caso CIADI n.º ARB/03/15), Laudo, 31 de octubre de 2011, párr. 128.

98

Ibidem, párr. 129.

99

Ibidem, párr. 135.

100

Ibidem, párr. 135.

101

Enron Corporation y Ponderosa Assets c. República Argentina (caso CIADI n.º ARB/01/3), Laudo, 22 de mayo de 2007.

102

Sempra Energy International c. República Argentina (caso CIADI n.º ARB/02/16), Laudo, 28 de septiembre de 2007.

103

Enron c. Argentina, párr. 205; *Sempra c. Argentina*, párr. 235.

104

Enron c. Argentina, párr. 206 (también por las menciones al marco regulatorio de la distribución del gas); *Sempra c. Argentina*, párr. 235.

105

Enron c. Argentina, párrs. 207-208; *Sempra c. Argentina*, párrs. 236-237. En todo caso, entendemos que un tribunal internacional debería dirimir la

cuestión desde el punto de vista de la jerarquía normativa del tratado o reglas arbitrales aplicables (incluido el Art. 27 CVDT [véase *supra* nota 10], que mencionan ambos laudos correctamente) y no desde la Constitución argentina.

106

Sempra c. Argentina, párrs. 238 y 240. En parecidos términos aunque más breves, *Enron c. Argentina*, párr. 209.

107

CMS Gas Transmission Company c. República Argentina (caso CIADI n.º ARB/01/8), Laudo, 12 de mayo de 2005, párr. 117.

108

Ibidem, párr. 122.

109

Azurix Corporation c. República Argentina (caso CIADI n.º ARB/01/12), Laudo, 14 de julio de 2006, párr. 65.

110

Ibidem, párr. 66.

111

Ibidem, párr. 67.

112

Véase *LG&E c. Argentina*, párrs. 90-98. El tribunal partió también de la idea de que los tratados internacionales forman parte del derecho argentino y de la relación jerárquica conferida por la reforma constitucional de 1994 respecto de las leyes internas. Repetimos que este análisis es válido para un tribunal interno argentino, pero no para uno internacional.

113

Ibidem, párr. 99: “Este Tribunal aplicará para decidir la presente controversia en primer lugar, el Tratado Bilateral, en segundo lugar, y a falta de regulaciones expresas de este último, aplicará el Derecho internacional general y, en tercer lugar, el Derecho interno argentino, especialmente el MRG [ley del gas], dictado para el sector del gas natural. Este último se aplicará por la importancia que reviste para la determinación de la posible responsabilidad de la República Argentina y las defensas de que pueda hacer uso, en relación con los actos denunciados por las Demandantes”.

114

Ibidem, párr. 96.

115

Ibidem, párr. 94.

116

MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile, S.A. c. República de Chile (caso CIADI n.º ARB/01/7), Laudo, 25 de mayo de 2004, párr. 86. La misma idea en párrs. 87 y 112.

117

Ibidem, párr. 187.

118

Ibidem, párr. 188.

119

MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile, S.A. c. República de Chile (caso CIADI n.º ARB/01/7), Decisión de anulación, 21 de marzo de 2007, párr. 72.

120

Ibidem, párr. 75.

121

“El tribunal aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal aplicará la ley que estime apropiada”. Disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>

122

“El Tribunal Arbitral decidirá el fondo de la controversia con base en el derecho o en las normas jurídicas que las partes hayan acordado. A falta de acuerdo entre las partes, el Tribunal Arbitral aplicará el derecho o las normas jurídicas que considere más apropiado/as”. Disponible en https://sccinstitute.com/media/220137/arbitration_rules_spanish_17_web.pdf

123

“Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas”. Disponible en <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf>

124

“El tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables” Disponible en <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2015/12/Reglamento-Facultativo-de-la-CPA-para-el-Arbitraje-de-Controversias-entre-Dos-Partes-de-las-Cuales-Sólo-Una-es-un-Estado.pdf>

125

Como indican SCHREUER, C.H. con MALINTOPPI, L., REINISCH, A. y SINCLAIR, A., *The ICSID Convention. A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pg. 596, el Art. 54 “follows the traditional, more open-ended formula” de permitir al tribunal arbitral elegir las normas y reglas que estime apropiadas.

126

Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation c. República de Ecuador (caso UNCITRAL), Laudo parcial sobre el fondo, 30 de marzo de 2010, párr. 159.

127

RosInvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa (caso SCC n.º V079/2005), Laudo Final, 12 de septiembre de 2010, párr. 249.

128

Ibidem, párrs. 454-455; 497-498; 524-525; 535.

129

National Grid c. Argentina, párr. 90.
