

FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Madrid, Marcial Pons, 2008, 180 pp.

La obra del profesor Fernández Masía se enmarca en el esfuerzo que desde hace tiempo se viene realizando por parte de académicos, árbitros, abogados y estudiantes, quienes estando interesados en el arbitraje en materia de inversiones quieren explorar los entresijos que esta temática presenta; en este libro se estudia magistralmente la compleja relación existente entre los tribunales nacionales y los arbitrales, analizando los puntos de fricción más álgidos que se presentan en la coexistencia entre las cláusulas de resolución de controversias que se insertan en los contratos de inversiones y aquellas que se introducen en los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (*BITs*, en inglés). Significa un importante apoyo al trabajo que se viene realizando en los países de habla hispana por entender un fenómeno que sin ser nuevo está presentando novedosas caras y cuyo conocimiento se está tornando de imperiosa necesidad. Estamos convencidos de que este libro debe ser conocido por todos los operadores jurídicos que en el ámbito latinoamericano se dedican, directa o indirectamente, a resolver las demandas presentadas contra sus Estados en el foro de arbitraje que representa el CIADI. Sin duda es una valiosa herramienta para entender este sistema alternativo y afrontarlo con la debida diligencia; una obra que no debe pasar inadvertida ya que no se limita al plano teórico sino que ofrece interesantes soluciones y propuestas, apoyándose en la “jurisprudencia” arbitral más reciente y paradigmática que tenemos en torno a esta temática.

El primer capítulo nos ofrece una idea general del marco económico y jurídico en el que se desarrolla toda inversión extranjera. Una oportuna introducción que ayuda a entender los siguientes capítulos. Se mencionan los riesgos genéricos (económicos y políticos) y específicos (regulatorios) que amenazan, con mayor o menor intensidad, a los flujos de capital extranjero, a la par que señala las coberturas que, por vía contractual y jurídica, nacional e internacional, pueden

adoptarse para combatirlos (pp. 9-13). La actualidad de la obra y la actualización del autor se demuestran al señalar a la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur) como una seria opción para salir del foro alternativo del CIADI (p. 16). Otro punto que aborda es el alcance del consentimiento que para el arreglo de las controversias se manifiesta a través de los 2500 *BITs* existentes (pp. 26-29). El esbozo que hace de los tipos de consentimiento estatal que se pueden dibujar en estas cláusulas convencionales sirve para presentar el eje principal de la obra, esto es, la duplicidad de procedimientos y los problemas que se ocasionan con dicho “desorden procesal” por “amenazar la estabilidad y el correcto funcionamiento del derecho internacional de inversiones” (p. 40). Las dos combinaciones generales que nos presenta son: *a*) duplicidad de procedimiento ante instancia arbitral y nacional (Lauder y CME contra la República Checa) y *b*) duplicidad de procedimientos arbitrales internacionales, paralelos y múltiples (el caso de Argentina).

El segundo capítulo profundiza en la problemática del solapamiento que existe entre la cláusula de sumisión inserta en un contrato de inversión que señala como foro competente los tribunales nacionales del Estado receptor del capital, y la oferta estatal de sometimiento al arbitraje inserta en un *BIT*. Lo anterior no representaría un problema si el inversor no alegara la cláusula convencional y el Estado la contractual, por sus contrapuestas conveniencias. Si bien la solución es sencilla en un plano puramente teórico, ésta se complica cuando pasa al terreno práctico. Así, en el plano conceptual si lo que se alega es una violación contractual, se pone en marcha la cláusula contractual; por el contrario, si lo que se alega es una violación convencional se invoca la cláusula convencional. Ecuación que encontramos en dos casos argentinos: aguas del Aconquija y Azurix. En estos casos se establece una clara diferencia entre el “juez del contrato” y el “juez del tratado” (p. 49). Esta diáfana delimitación no siempre es posible y además refuerza la posición del inversor al poder elegir el foro competente. Así, en el plano práctico se posibilita que los tribunales arbitrales conozcan de controversias contractuales debido a la utilización de cláusulas “estrictas” y “amplias” en los *BITs*. Mientras las primeras dejan claro los límites competenciales de los tribunales arbitrales (sólo violaciones convencionales o tanto convencionales como contractuales), las segundas permiten dudar a la hora de

fijar sus límites. Para ver las distintas posturas que se han mantenido en los tribunales CIADI, el autor hace un magistral recorrido por los casos Salini contra Marruecos, el recurso de anulación del caso Vivendi, SGS contra Filipinas y Siemens contra Argentina, por el lado de la interpretación extensa, y, SGS contra Pakistán, Lesi-Dipenta contra Argelia, por lo que hace a la interpretación restrictiva. Lo anterior le lleva a concluir que estamos ante una discusión abierta aun cuando la balanza parece inclinarse a favor de interpretar de forma extensiva las cláusulas “amplias” (p. 61). Otro punto que aborda son las *umbrella clause*, las cuales son calificadas por el autor, de forma atinada y pertinente, como una solución a la problemática diferenciación entre violaciones convencionales y contractuales, y a la interpretación de las cláusulas amplias de los *BITs*. Es por ello que sostiene que el objetivo de estas cláusulas es elevar los incumplimientos contractuales estatales a convencionales cubiertos por los *BITs*, haciendo que el “juez del tratado” extienda su competencia tanto a violaciones contractuales como a convencionales (p. 63). La admisión de estas cláusulas no es del todo pacífica, y el autor lo demuestra con el estudio del caso El Paso y Pan American contra Argentina, por un lado, y los casos Eureka contra Polonia y Noble Ventures contra Rumania, por otro (p. 73).

El capítulo tercero aborda la problemática que existe alrededor de aquellas cláusulas convencionales que tratan de evitar la duplicidad de procedimientos. Parte de analizar la tipología que establece la necesidad de intentar alcanzar un previo acuerdo por las partes, mediante consultas o negociaciones y, en caso de no prosperar, se justifica la puesta en marcha de otros mecanismos de solución. En este punto, la cuestión tampoco es pacífica como se observa, por un lado, del caso SGS contra Pakistán, quien determina que este requisito es un excesivo formalismo sin ser un presupuesto *sine que non* y, por otro lado, el caso Enron contra Argentina (pp. 77-79). Las soluciones son propuestas por el autor quien señala que es recomendable agotar el plazo establecido o bien acudir a la cláusula de nación más favorecida para bordear dicho requisito. A continuación se analiza el juego de la cláusula *fork in the road*, la cual es considerada como la cara opuesta a la obligación de recurrir a los tribunales internos de forma previa al sometimiento de la controversia al arbitraje. Ante esta cláu-

sula, el inversor se encuentra en la disyuntiva de elegir, con carácter definitivo, entre el recurso a la vía judicial o a la arbitral, cuando se trata de dos acciones en las que coinciden plenamente los hechos, las partes y las violaciones alegadas a disposiciones materiales de un *BIT* (p. 85). Ejemplo de la alegación de esta cláusula lo encontramos en CMS contra Argentina. Otra parte importante aborda la cláusula de renuncia a la jurisdicción estatal y su obligatoriedad respecto al inversor (p. 88). Un ejemplo lo encontramos en el caso Waste Management I contra México. El último punto que aborda este capítulo es la exclusividad del procedimiento arbitral del CIADI, derivado del artículo 26 del Convenio de Washington de 1965, y su impacto en dos esferas distintas pero concatenadas, a saber, la obligación de no acudir a otro foro para solventar una controversia (Generation Ukraine contra Ucrania y Siemens contra Argentina, p. 96), así como la obligación de abstenerse de conocer y resolver esa controversia (Mine contra Guinea, Benvenuti & Bonfant contra Congo, Letco contra Liberia, Mobil Oil contra Nueva Zelanda y el caso SGS contra Pakistán, pp. 100-106).

El último capítulo, el cuarto, aborda la interesante problemática que presenta el desarrollo de arbitrajes internacionales paralelos y múltiples. El origen de esta problemática la cifra el autor, con atino, en el elevado número de *BITs* y su diferente ámbito de aplicación personal y material (p. 107). El conflicto que presenta la existencia de procedimientos paralelos radica en la alta probabilidad de encontrarnos con laudos contradictorios o con “dobles triunfos indemnizatorios” (p. 108). Es por ello que el autor propone la existencia de “instrumentos de coordinación” destinados a evitar procedimientos arbitrales paralelos, así como a lograr coherencia en los pronunciamientos arbitrales en casos de arbitrajes múltiples; estos instrumentos se aterrizan en un procedimiento de acumulación. En este contexto analiza las deficiencias que presentan las figuras clásicas del derecho procesal internacional de la litispendencia internacional y la cosa juzgada. El autor inicia señalando tanto las diferencias como las zonas comunes que existen entre ambas figuras procesales, y una vez asentadas tales ideas, le permite derivar al análisis de algunos casos en que han hecho aparición dichas figuras (Waste Management II, Benvenuti & Bonfant, Lauder y CME). El último problema que aborda

se refiere a la acumulación de los procedimientos arbitrales, y en concreto hace referencia expresa al artículo 1126 del TLCAN por ser el único instrumento internacional que contempla de forma expresa esta posibilidad (p. 115). Este análisis se realiza sin descuidar la práctica más reciente de los tribunales arbitrales, y así analiza por un lado los casos *Corn Product Internacional* y *Archer Daniel Midland Company* y *Tate & Lyle Ingredients Americas* contra México, en el que no se concedió la acumulación de los procedimientos; por otro lado, los casos *Canfor Corp*, *Terminal Forest Products Ltd* y *Tembec* contra Estados Unidos, donde la solicitud de acumulación corrió mejor suerte. Este apartado finaliza con el análisis de la nueva generación de convenios internacionales donde el autor menciona el modelo seguido por Estados Unidos y Canadá en relación con la previsión de la acumulación de los procedimientos, el *BIT* entre México y España de 2006 (pp. 124 y 125).

No queremos terminar sin mencionar que es un placer leer la obra de tan distinguido y estimado profesor, quien llega a entusiasmarnos con cada línea. Dejamos en manos del lector una obra de gran impacto, tanto por la temática que aborda como por la actualidad que presenta en el contexto latinoamericano, en espera de que disfrute su lectura.

Sonia RODRÍGUEZ JIMÉNEZ*

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.