

CLAUSULAS DE FORK IN THE ROAD EN ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSION: INSUMOS PARA LA CONSTRUCCION DE UN *TEST* UNIFICADO

Nicolás E. Rosero*

Resumen: Las controversias en materia de inversión extranjera generalmente contemplan diferentes foros para su resolución. Ante la posibilidad de decisiones paralelas los Estados han pactado en sus acuerdos internacionales de inversión (AII) cláusulas que otorgan la potestad al inversionista de elegir de entre las diferentes vías, tan solo una. Este fenómeno jurídico se conoce ampliamente como cláusulas de *fork in the road*. Si bien son varios los casos en los que se ha discutido su aplicación, la tendencia mayoritaria de los tribunales arbitrales ha sido rechazar los efectos de estas cláusulas a partir de diversos *tests*. Este escrito pretende analizar y comprender las razones que han esbozado los diferentes tribunales, y con base en ello proponer un *test* de interpretación unificado respecto de las cláusulas *fork in the road*.

Palabras Clave: *Fork in the road*, bifurcación de vías, opción irrevocable, arbitraje internacional, acuerdos internacionales de inversión, *test*, procedimientos paralelos.

*Abogado, graduado de la Universidad Nacional de Colombia. Asociado del área de arbitraje en Bullard Falla & Ezcurra.

I. INTRODUCCION

La protección a la inversión extranjera ha atestiguado un marcado desarrollo histórico antes de convertirse en lo que hoy conocemos.

Basta rememorar hechos como un 9 de diciembre de 1902 cuando las costas de Venezuela fueron bloqueadas y bombardeadas por naves de guerra británicas, alemanas e italianas, cuyo objetivo era cobrar las deudas que el gobierno venezolano tenía con particulares europeos. Esto desembocó en reacciones de los Estados, quienes exigían que las controversias sobre inversiones fueran resueltas como un asunto doméstico, dando nacimiento a reconocidas doctrinas como las Drago y Calvo.¹

¹ Eduardo Zuleta Jaramillo, “¿El regreso a las cañoneras y Calvo?: hacia dónde va el arbitraje entre inversionistas y Estados” [2005] 2 RIA 154, 154.

Aunque para finales del siglo XX y principios del XXI el proceso de globalización había conducido a los países a abrirse al mercado mediante la suscripción de tratados multilaterales y bilaterales de inversión, la idea del Estado como único habilitado para la resolución de controversias sobre inversiones sea como juez o como parte² se mantenía vigente. Esta idea no vendría a cambiar sino apenas en el año 1966 cuando entró en vigor el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, que dio nacimiento al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) cuya propuesta consistió en un mecanismo que permitiera a los inversionistas demandar de forma directa a los Estados.

La ratificación de este convenio implica para los inversionistas una vía diferente -pero concomitante con la jurisdicción de los Estados- para proteger sus inversiones. Esta concesión de garantías lleva a que los Estados contratantes de acuerdos internacionales de inversión (AI) implementen medidas que eviten el desbordamiento de su consentimiento en favor del inversionista. Entre dichas medidas, las cláusulas de *fork in the road* restringen las opciones que tiene el inversionista para proteger su inversión y lo obligan a escoger solo una.

Si bien es cierto la materialización de estas cláusulas en la práctica arbitral ha sido pobre, al punto de considerárselas en un estado de “hibernación”³ cuyo despertar se ha dado de forma muy reciente, la verdad es que el *fork in the road* no ha perdido vigencia en ningún momento. Por el contrario, se encuentra en constante reinvencción, aunque quizá la mayor falta cometida ha consistido en la manera poco organizada y unificada en que se ha presentado dicha evolución.⁴

El presente escrito pretende seguir la pista a esas discusiones que las cláusulas de *fork in the road* han suscitado con el propósito de identificar acuerdos y rescatar puntos encontrados que permitan consolidar una línea clara sobre el entendimiento de aquellas.

II. CONCEPTO Y ALCANCE

Las cláusulas *fork in the road* o de bifurcación de vías, pueden ser definidas como la potestad que otorga el Estado receptor de la inversión a inversionistas extranjeros para que en caso de surgir

² Como parte se hace referencia a la protección diplomática que los Estados prestan a sus nacionales.

³ Gerhard Wegen y Lars Markert, “*Investment Arbitration - Food for Thought on Fork-in-the-Road - A Clause Awakens from its Hibernation*” en Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration* (MVU 2010) p. 292.

⁴ Esto es claramente comprensible si se piensa que en arbitraje de inversión no es posible hablar en estricto sentido de “jurisprudencia arbitral”.

una controversia bajo el alcance de un AII determinado, estos puedan elegir de manera irrevocable un foro para la solución de la disputa. Normalmente la elección oscila entre el arbitraje internacional de inversiones o las cortes domesticas del Estado receptor de la inversión.⁵

La irrevocabilidad, o carácter definitivo, de la decisión tomada por el inversionista responde a la máxima latina *una via electa non datur recursus ad alteram*; es decir, una vez que se ha elegido un procedimiento se cierra la puerta en el otro. De esta manera se evita la existencia de procedimientos paralelos,⁶ pues de lo contrario los inversionistas se encontrarían en la libertad de iniciar acciones relacionadas con su inversión tanto en el aparato judicial del Estado receptor de la inversión como ante tribunales arbitrales internacionales.⁷

La importancia de este elemento como se reconoce en el caso CIADI *M.C.I. Power Group and New Turbine. v. Ecuador* es tal, que se entiende como parte de la esencia del *fork in the road*.⁸ Con esto en mente es razonable pensar, como señala E. Gaillard, en cambiar la expresión *fork in the road* y nominarla de forma más omnicomprendensiva como cláusula de “opción irrevocable”.⁹

Por otro lado, es relevante entender sobre qué recaen estas cláusulas, lo cual dependerá de la redacción de la cláusula. En algunos casos puede ser sobre “la controversia”¹⁰ y en otros sobre “cualquier disputa relacionada”.¹¹ Esto permitirá determinar el alcance del *fork in the road* ya que el lenguaje restrictivo o amplio de la cláusula puede afectar la jurisdicción del tribunal arbitral o la admisibilidad de algunas reclamaciones formuladas por las partes en disputa.

Otra manera recurrente para restringir la aplicación de estas cláusulas es el criterio temporal, de acuerdo con la irretroactividad de los tratados una cláusula de *fork in the road* no puede aplicar a controversias que han surgido antes de la vigencia del AII.¹²

⁵ Un ejemplo típico de estas cláusulas es el Art. 8 (2) del TBI Argentina – Francia que establece: “(...) Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva”. Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (1st edn, Oxford University Press 2008) 217.

⁶ Noradèle Radjai y Franz X. Stirnimann, “*Investment Arbitration in Switzerland*” en Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (KLI 2013) p. 1211.

⁷ Franz Kundmüller y Roger R. Guerrero, “El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte” [2006] 1 LA 69, 91.

⁸ *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo, 31 julio 2007.

⁹ Emmanuel Gaillard, “*L'arbitrage sur le fondement des traités de Protection des investissements*” [2003] 3 RA 853, 862.

¹⁰ Un ejemplo de estas cláusulas es el Art. 1116 del TLC.

¹¹ En el TBI Argentina – Francia la redacción amplia de la cláusula de *fork in the road* no exige una violación concreta del tratado. Ver *supra* nota 6.

¹² *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. República del Ecuador*, *supra* nota 9, párrs. 186-190.

A. FORK IN THE ROAD: ¿CUESTION DE JURISDICCION O ADMISIBILIDAD?

Jan Paulsson ilustra la diferencia entre jurisdicción y admisibilidad como el contraste entre la noche y el día, aunque exista un punto medio (el crepúsculo) nadie se atrevería a concluir que por ello día y noche son equivalentes.¹³

En términos del árbitro Keith Highet en su opinión disidente del caso *Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*:

Jurisdicción es el poder del tribunal para conocer una causa; admisibilidad es si el caso, en sí, está viciado, si es apropiado que el tribunal lo conozca. Si no existe título de jurisdicción, el tribunal no puede actuar.¹⁴

Determinar si las cláusulas de *fork in the road* implican una cuestión de jurisdicción o admisibilidad era una discusión que no aparentaba razón de ser, máxime cuando la inmensa mayoría de los tribunales se había inclinado por hacer el estudio de estos asuntos en la etapa de jurisdicción.

No obstante esta regla que ya podía predicarse absoluta comenzó a atenuarse en laudos posteriores. Tal es el caso de *Desert Line Projects LLC v. Yemen*¹⁵ donde el Tribunal determinó ubicar la discusión sobre la cláusula de *fork in the road* en la etapa de admisibilidad, ya que era necesario adentrar primero al estudio del mérito de las pretensiones para determinar si cae en el alcance de su competencia.

De este caso llama la atención que el Tribunal aceptara que el objeto o “esencia económica”¹⁶ de las reclamaciones sea similar en el arbitraje local y el internacional, pero que motivado en las diferencias entre las causas acción (contrato y violaciones al TBI) concluyera que no hay lugar a alegar un efecto de *res judicata*, declarándose con jurisdicción para conocer el asunto. Esta decisión, como se verá más adelante, sigue la propuesta de este escrito en el sentido de analizar el objeto antes que la causa, aun cuando el peso otorgado al primero no haya sido suficiente.

¹³ Jan Paulsson, “*Jurisdiction and admissibility*” en, *Global reflections on International Law: Commerce and dispute resolution* (ICCP 2005) p. 603.

¹⁴ *Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, Opinión Disidente del árbitro Keith Highet, 8 mayo 2000, párr. 58.

¹⁵ *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo, 6 febrero 2008, párrs. 128-139.

¹⁶ *Ibíd.*, párr. 136.

De otro lado, en *Quiborax, Non Metallic Minerals and Allan Fosc Kaplún v. Bolivia*¹⁷ el Tribunal analizó el argumento del Estado según el cual la reclamación sobre expropiación del inversionista era prematura en tanto no se habían agotado los recursos internos. No obstante, para el Tribunal el haber iniciado acciones ante las cortes nacionales podría haber activado la cláusula *fork in the road*. Ciertamente en este caso no se ahonda en las razones de por qué este tipo de cláusulas deben ser materia de admisibilidad, sin embargo al relacionarlo con el tema de expropiación necesariamente es analizado con el fondo del asunto.

Una tercera decisión, más controvertida que las anteriores, es la proferida en el caso *H&H v. Egypt* donde el Tribunal determinó que en razón a la cercanía con los méritos del caso la discusión sobre el *fork in the road* se llevaría en la etapa de admisibilidad.¹⁸

Como era de esperarse, no tardaron en aparecer opiniones reaccionando a esta decisión, una de ellas considera que el Tribunal, en un exceso del ejercicio de sus poderes, transformó una cuestión de jurisdicción en una de admisibilidad generando un riesgo de anulación del laudo bajo el Convenio CIADI.¹⁹

Sin embargo, más allá de estas consideraciones es posible encontrar un cierto grado de justificación en el entendimiento dado por los Tribunales a los casos anteriormente citados, particularmente en el primer y tercer caso.

En *Desert Line Projects LLC v. Yemen* como se indicaba, el Tribunal mezcla en sus argumentos dos conceptos: objeto y causa. Toda vez que la argumentación en un principio se encamina a determinación qué se pretende con el arbitraje (objeto), esto obliga al Tribunal a conocer del fondo del asunto. No obstante, su conclusión es redirigida hacia la causa, y particularmente la división entre reclamaciones contractuales y las derivadas del Tratado.

Por otra parte, en *H&H v. Egypt*, a pesar que el laudo no ha sido publicado, reportes indican que el Tribunal declinó su jurisdicción sobre la mayoría de las reclamaciones de H&H en tanto razonó que la cláusula de *fork in the road* fue activada por el inversionista al someter reclamaciones ante cortes del Cairo con la “misma base fundamental” del arbitraje pretendido.²⁰

¹⁷ Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosc Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, Caso CIADI No. ARB/06/2, Laudo, 16 septiembre 2015, párrs. 155-158.

¹⁸ H&H Enterprises Investments, Inc. v. Arab Republic of Egypt, Caso CIADI No. ARB /09/15, Decisión sobre excepciones de jurisdicción, 5 junio 2012, párrs. 79-80.

¹⁹ Guiguo Wang, *International Investment Law: A Chinese Perspective* (1st edn, Routledge 2015) 248.

²⁰ Craig Tevendale y Jennifer Hartzler, “Egypt prevails on “fork-in-the-road” provision” (*Herbert Smith Freehills*, 6 junio 2014) <<http://hsfnotes.com/arbitration/2014/06/06/egypt-prevails-on-fork-in-the-road-provision/>> Revisado el 15 de diciembre 2015.

Como se verá más adelante son diversos los escenarios aplicables a asuntos sobre *fork in the road*, cada uno de ellos con un grado mayor o menor de incidencia en las cuestiones de mérito. Justamente el *test* de la “misma base fundamental” aplicado en este caso implica una cercanía con el fondo del litigio que conduce a comparar entre el contenido de una controversia de naturaleza local y aquella que puede ser llevada por medio de arbitraje de inversión. Lo mismo ocurre cuando se analiza el objeto de la controversia. Dicho análisis posibilita el solapamiento entre jurisdicción y admisibilidad.

Lo contrario sucede cuando el Tribunal analiza la diferencia entre una reclamación contractual y la derivada de un tratado, pues el análisis se puede realizar desde una perspectiva más externa al contenido del derecho, valga decir, podría bastar con que los árbitros determinen qué disposiciones se alegan como incumplidas (fuente de derecho) para que la distinción salga a flote.

Lo anterior quiere decir que dependiendo del *test* que se utilice, la ubicación del *fork in the road* entre las etapas de jurisdicción y admisibilidad puede ser más o menos diáfana.

A pesar de esto, por más cerca que esté el *fork in the road* de la “zona de crepúsculo” es necesario ubicarlo en una u otra fase. Al respecto, podría pensarse que la discusión sobre este tipo de cláusulas es de jurisdicción pues su esencia consiste en evitar que una demanda pueda ser llevada ante arbitraje de inversiones²¹ en tanto previamente ha existido una decisión definitiva sobre la misma materia.

Sin embargo, conforme se propone en este escrito, el análisis que el Tribunal haga de estas cláusulas debe trascender lo netamente preliminar y por ende implicar una mayor relación con los méritos del caso, de manera que los árbitros puedan conocer con un grado considerable de profundidad el alcance de las reclamaciones con miras a determinar si son similares o diferentes bajo criterios objetivos como los propuestos en las Conclusiones (sección V).

Esto genera que la discusión sobre *fork in the road* sea sobre la admisibilidad del asunto, antes que sobre la jurisdicción del Tribunal.

III. ESCENARIOS APLICABLES A ASUNTOS SOBRE FORK IN THE ROAD

En este apartado se analizarán los diferentes elementos que han sido planteados a la hora de hablar sobre *fork in the road* tanto por la doctrina como por tribunales de arbitraje, con un

²¹ Jan Paulsson, *supra* nota 14, p. 617.

especial énfasis en estos últimos. La multiplicidad de decisiones ha dado lugar a un amplio abanico de criterios donde unos se privilegian sobre otros sin encontrar una línea bien definida a seguir.

Las ventajas que proporciona el arbitraje internacional sobre los procedimientos domésticos ha creado una presunción en su favor,²² llevando como lo explica Schreuer a que en caso de duda sobre la elección que el inversionista ha hecho bajo una cláusula de *fork in the road*, se entienda como más plausible que este ha elegido el arbitraje internacional sobre un litigio ante cortes nacionales.²³

Los escenarios que más resaltan a este tipo de cláusulas son: (A) Diferencia entre reclamaciones contractuales y reclamaciones derivadas de un tratado; (B) *Test* de la triple identidad; (C) *Test* de la misma base fundamental; y (D) Libre elección del inversionista.

A. DIFERENCIA ENTRE RECLAMACIONES CONTRACTUALES Y RECLAMACIONES DERIVADAS DE UN TRATADO

El escenario más recurrente al momento de considerar la aplicación de una cláusula de *fork in the road* es aquel en el cual se hace una comparación entre reclamaciones de contenido contractual y reclamaciones derivadas de un AII (muchas veces Tratados Bilaterales de Inversión (“TBI”). A partir de ese análisis se identifican las diferencias existentes entre ambos y generalmente se alcanza como conclusión la inactivación de la cláusula.

En el primer laudo del caso *Vivendi v. Argentina*²⁴ a pesar que las partes habían pactado en el contrato de concesión (cláusula 16.4) que la interpretación y aplicación del contrato sería de jurisdicción exclusiva de los tribunales en lo contencioso administrativo de Tucumán, el Tribunal concluyó que ese pacto no impedía su jurisdicción toda vez que las reclamaciones que se le presentaron no se fundamentaban en el contrato de concesión sino que alegaban una causa bajo el TBI.²⁵

No obstante lo anterior, este Tribunal indicó posteriormente que existía una estrecha relación entre reclamaciones contractuales y las que surgen del TBI. Por ende, conforme a la

²² Gus Van Harten para el año 2013 mencionaba que de 17 casos sobre *fork in the road* solo dos de ellos habían aplicado esta cláusula. “*Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial restraint in Investment treaty arbitration*” (1st edn, Oxford University Press 2013) 158.

²³ Christoph Schreuer, “*Travelling the BIT route of Waiting periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*” [2004] 5 TJWIT 231, 241.

²⁴ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Compagnie Générale des Eaux (Vivendi) v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 21 noviembre 2000.

²⁵ *Ibíd.*, párr. 53.

cláusula 16.4 del contrato el asunto debía ser puesto en conocimiento de los tribunales de Tucumán,²⁶ y no ante un tribunal arbitral.

Tiempo después sería el Comité *ad hoc* para la anulación del primer laudo quien se encargaría de recalcar con mayor precisión la diferencia entre reclamaciones aceptando que:

Un estado puede violar un tratado sin violar un contrato y viceversa, y este por cierto es el caso de estas disposiciones del TBI.²⁷

En el caso *CMS v. Argentina*²⁸ el Estado argentino alegó que el inversionista había activado la cláusula *fork in the road*²⁹ mediante la compañía local TGN, en la que el inversionista tenía acciones, la cual había presentado demandas ante las cortes locales. Para el Tribunal, TGN era diferente al inversionista y sus actuaciones se hicieron como defensa de acciones en su contra. Sobre todo priorizó en la diferencia reseñada:

Decisiones de varios tribunales del CIADI han sostenido que como reclamaciones contractuales son diferentes de las reclamaciones derivadas de los tratados incluso si hubiera habido o no hubiera actualmente un recurso ante los tribunales locales por incumplimiento de contrato, esto no habría impedido el sometimiento de las reclamaciones del tratado a arbitraje.³⁰

En *Azurix v. Argentina*³¹ el Tribunal citando el caso *CMS* concluyó que las reclamaciones y las partes en los procedimientos nacionales y el arbitraje de inversión eran diferentes, inaplicando la cláusula del *fork in the road*.³²

En *Enron v. Argentina*³³ se presenta una situación similar al caso *CMS*, esta vez una compañía local (TGS) realiza actuaciones judiciales ante las cortes nacionales. En este caso el Tribunal rememora decisiones de otros procedimientos CIADI haciendo un llamado en cuanto a la necesidad de que las partes y la controversia sean idénticas:³⁴

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Compagnie Générale des Eaux (Vivendi) v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre anulación, 3 julio 2002, párr. 95.

²⁸ CMS Gas Transmission Company v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 17 julio 2003.

²⁹ TBI Argentina - Estados Unidos, Artículo VII (3)(a).

³⁰ CMS Gas Transmission Company v. República Argentina, párr. 80.

³¹ Azurix Corp. v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción, 8 diciembre 2003.

³² *Ibíd.*, párr. 89.

³³ Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 enero 2004.

³⁴ Christoph Schreuer adiciona que el proceso domestico debe haber sido iniciado antes de la elección del arbitraje internacional, *supra* nota 24, p. 248.

Este Tribunal es consciente de diversas decisiones de tribunales del CIADI también han discutido sobre este mismo tema, en particular *Compañía de Aguas del Aconquija, Genin, y Olguín*. En todos estos casos, la diferencia entre la violación de un contrato y la violación de un tratado, así como los diferentes efectos que tales violaciones pueden suponer, han sido admitidos, sin ignorar por supuesto que la violación de una norma jurídica siempre tendrá similares efectos negativos, independientemente de su naturaleza. En consecuencia, se ha declarado que aunque hubiera recurrido a los tribunales locales por incumplimiento de contrato esto no impediría recurrir al arbitraje del CIADI por la violación de los derechos de los tratados, o que, en cualquier caso, como se sostiene en *Benvenuti y Bonfant*, cualquier situación de litispendencia requeriría la identidad de las partes.³⁵

En el laudo *Occidental v. Ecuador*³⁶ el Estado acusó al inversionista de haber activado la bifurcación de vías al haber presentado cuatro demandas por separado a los tribunales ecuatorianos, pero para el Tribunal la diferencia entre las controversias derivadas del contrato y las del tratado impiden que se haya activado la opción por parte del inversionista.

Llama la atención que el Tribunal puntualiza que la elección de uno u otro foro depende de la naturaleza de la controversia, pero que dichos foros no son necesariamente incompatibles entre sí.³⁷ Si se parte de la idea que ambos foros responden a la misma controversia, el Tribunal estaría avalando como compatible la resolución de controversias de inversión en los dos foros de manera concomitante, la cuestión como tal está en determinar bajo qué circunstancias se presenta la compatibilidad predicada.

Ahora bien, en el ya comentado caso *M.C.I. Power Group and New Turbine v. Ecuador*³⁸ el Tribunal marca una línea divisoria entre las reclamaciones contractuales y las derivadas del tratado a partir del efecto de los tratados en el tiempo, toda vez que el TBI entre Ecuador y Estados Unidos no se encontraba en vigencia al momento en que se iniciaron las acciones ante las cortes nacionales. Por tal motivo el tribunal se salta el análisis de si la violación del contrato implica violación del TBI,³⁹ aunque con ello asume esa como la vía a utilizar en circunstancias de esta clase.

En *Toto Costruzioni v. Lebanon*⁴⁰, caso característico de utilización del “triple test”, también se hace referencia a la separación entre controversias contractuales y derivadas del tratado. Para el Tribunal “[l]as reclamaciones contractuales que se deriven del contrato no tienen

³⁵ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. República Argentina*, *supra* nota 34, párr. 97.

³⁶ *Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador*, Caso LCIA No. UN3467, Laudo final, 1 julio 2004.

³⁷ *Ibíd.*, párr. 53.

³⁸ *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. República del Ecuador*, párr. 186.

³⁹ *Ibíd.*, párr. 189.

⁴⁰ *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, Caso CIADI No. ARB/07/12, Laudo, 11 septiembre 2009.

la misma causa que los derechos del Tratado”,⁴¹ lo que conlleva a inaplicar la cláusula de *fork in the road*.

Las anteriores decisiones muestran la reiterada aceptación en los tribunales arbitrales frente a este escenario para la aplicación del *fork in the road*, entregando varios elementos que permiten descifrar el alcance del mismo. Sin embargo, de una manera más metódica ha sido la doctrina la que se ha encargado de presentar los puntos de quiebre entre reclamaciones contractuales y las que surgen de un tratado.

Cremades y Cairns plantean cinco pautas que diferencian los dos tipos de reclamaciones, a saber: fuente del derecho, contenido del derecho, partes de la reclamación, ley aplicable y responsabilidad del Estado receptor.⁴² No obstante los autores admiten que solo en la primera de ellas se puede predicar rasgos eminentemente distintivos de cada reclamación, pues en las demás es latente el riesgo de solapamiento que nuble las diferencias.

Esto quiere decir que una alegación respecto a las diferencias en las reclamaciones puede incluir varios criterios, pero la comparación de la fuente del derecho es el más básico y a la vez contundente. La mayoría de casos anteriormente citados –aunque no se exponga expresamente– utilizan la fuente de derecho como argumento para inaplicar el *fork in the road*.

1. Fuente del derecho

De la forma en que se ha venido hablando, la fuente de derecho consiste en la base sobre la que se fundamenta la reclamación, así, en relación a las reclamaciones derivadas de un TBI la fuente normativa no es otra que el tratado de inversión, y en relación a una reclamación de contenido contractual ese cometido corresponde al contrato.⁴³

Esta apreciación sin embargo ha sido desechada por el caso *Pantechniki v. Albania*, una de las pocas decisiones donde se ha dado efectos a la cláusula de *fork in the road*, en cuya oportunidad el Tribunal rechazó el argumento del reclamante que traía a colación la diferencia intrínseca que

⁴¹ *Ibíd.*, párr. 211.

⁴² Bernardo M. Cremades y David J. Cairns, “La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados” [2004] RCEA 69, 73; En igual sentido Guido Tawil, “*The Distinction Between Contract Claims and Treaty Claims: An Overview*” en Albert Jan van den Berg (ed), *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, (ICCA 2007).

⁴³ *Ibíd.*

existe entre reclamaciones contractuales y las del tratado por considerar su alcance como insuficiente en determinadas situaciones.⁴⁴

2. Alcance limitado de la diferenciación entre reclamaciones contractuales y las derivadas de un tratado

Sumado al rechazo de este test en el caso *Pantechniki v. Albania*, también se han esbozado principalmente dos situaciones en las cuales hacer esta diferencia entre reclamaciones podría llevar a concluir que una cláusula de *fork in the road* ha sido activada,⁴⁵ como una muestra del escaso alcance que permite este test, a saber: Frente a los Estados monistas, y cuando haya por medio una “*Broad Dispute Resolution Clauses*”.

Primero, en Estados con sistemas jurídicos monistas un inversionista podría invocar una reclamación derivada de un tratado ante las cortes domésticas y posteriormente utilizar la misma base para sus alegatos ante un arbitraje de inversión.⁴⁶ Cremades y Cairns aceptan esta posibilidad cuando un TBI crea un derecho contractual al estipular que todos los derechos creados por el tratado formarán parte de cualquier contrato entre un inversor y un Estado Parte.⁴⁷

De otro lado, según define Gaillard las *Broad Dispute Resolution Clauses* son aquellas cláusulas contenidas en un tratado de protección a las inversiones donde cualquier o toda disputa con relación a la inversión entre el Estado parte del tratado y un inversionista del otro Estado puede ser sometida a arbitraje internacional.⁴⁸ Debido a la naturaleza de estas cláusulas un Tribunal podría conocer de alegaciones derivadas de un AII o de un contrato siempre que se relacionen con la inversión.

En el contexto de una cláusula sobre *fork in the road* esto implicaría que la controversia presentada ante cortes locales tendría rasgos demasiado similares con el arbitraje internacional que podrían derivar en la aplicación de esta cláusula. Sin embargo, vale advertir que esta posición así como es respaldada por la doctrina de algunos tribunales,⁴⁹ también ha dado lugar a opiniones

⁴⁴ Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo, 30 julio 2009.

⁴⁵ Gerhard Wegen y Lars Markert, *supra* nota 4, p. 276-277.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Bernardo M. Cremades y David J. Cairns, *supra* nota 43, p. 4.

⁴⁸ Emmanuel Gaillard, “*Treaty-Based Jurisdiction: Broad Dispute Resolution Clauses*” [2005] 68 NYLJ, 1.

⁴⁹ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Compagnie Générale des Eaux (Vivendi) *supra* note 28; SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre Objeciones de Jurisdicción, 24 Enero 2004.

en contrario⁵⁰ que relativizan la posibilidad de activar la cláusula de *fork in the road* aun en presencia de una *broad dispute resolution clause*.

Como se ve, la virtud de este test es su carácter casi infalible, las situaciones en las que el mismo lleva a la conclusión que las reclamaciones son similares es casi nulo. Pero esa misma virtud es a la vez su mayor defecto, y en aras a garantizar el equilibrio entre las partes no puede seguir siendo utilizado como una regla absoluta.

B. TEST DE LA TRIPLE IDENTIDAD

Un segundo escenario utilizado por los tribunales arbitrales es el denominado *test de la triple identidad* (*triple identity test*), que toma elementos de los principios de la *res judicata* y *lis pendens*⁵¹ para objetivar la selección de vías que habilita la cláusula de *fork in the road*.

La identidad que predica este *test* se mide por tres criterios: (i) causa; (ii) objeto; y (iii) partes.

A pesar de que este *test* y el anterior se tratan por separado, ambos se encuentran relacionados en tanto se considera que la “*distinción entre (...) tipos diferentes de demandas se basa en parte en el requisito de la triple identidad*”.⁵² Pero a diferencia del primer *test*, en la doctrina de los tribunales arbitrales se pueden identificar con mayor claridad dos posiciones marcadas frente al *triple identity test*, por un lado están quienes lo defienden como un medio adecuado para alcanzar una decisión sobre el *fork in the road*, y por otro lado quienes se oponen a su utilización.

1. Defensores del test de triple identidad

En el caso *Occidental v. Ecuador* el Tribunal determinó, al igual que en el caso *Enron*,⁵³ que la aplicación del *test* de triple identidad se vincula con la distinción entre tipos de reclamaciones en “la medida en que un conflicto puede implicar los mismos partes, objeto y causa de acción que

⁵⁰ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 16 julio 2001; Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción, 22 abril 2005.

⁵¹ Mariel Dimsey, *The Resolution of International Investment Disputes: Challenges and Solutions* (Eleven International Publishing 2008) 85.

⁵² Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v. República Argentina, *supra* nota 34, párr. 49.

⁵³ *Ibíd.*

podría ser considerado como el mismo mecanismo de solución y “la bifurcación de vías” impediría su presentación a tribunales concurrentes”.⁵⁴

En el caso *Toto Costruzioni v. Líbano* se estableció que para que una cláusula de *fork in the road* surta el efecto de evitar reclamaciones paralelas “el Tribunal debe considerar si la misma afirmación se da “por un camino diferente”, es decir, que una demanda con el mismo objeto, partes y la causa de la acción, ya se haya llevado ante un foro judicial diferente”.⁵⁵

En *Victor P. Casado v. Chile* el Tribunal basado en decisiones como *Occidental v. Ecuador*, *Azurix v. Argentina*⁵⁶ y *CMS v. Argentina*⁵⁷ concluyó que:

El ejercicio de la opción irrevocable requiere que se reúnan tres condiciones. Las demandas presentadas respectivamente ante las jurisdicciones nacionales y ante el Tribunal de arbitraje deben poseer identidad de objeto y de fundamento, y ser presentadas por las mismas partes.⁵⁸

La aplicación de este *test* también se produjo en el reciente laudo del caso *Charanne v. España*⁵⁹, en cuya oportunidad los árbitros determinaron que la ausencia del requisito de identidad de partes es suficiente para concluir que la cláusula “*electa una vía*” no se ha activado, siendo así innecesario estudiar la identidad del objeto y fundamentos jurídicos de la demanda. Nótese como a pesar de que el Tribunal no descarta el objeto y la causa, pone mayor peso en el requisito de la identidad de partes, lo cual es relevante para el *test* propuesto en este escrito.

Por parte de la doctrina, defendiendo la triple identidad, opiniones sugieren que su aplicación se haga de una forma más completa a como se ha venido realizando, pues en tanto el *test* es triple lo ideal es que los Tribunales analicen en conjunto y de manera cumulativa los tres elementos, y no de manera separada como se ha acostumbrado.⁶⁰

2. Opositores a la utilización del test de triple identidad

Un acercamiento moderado a las posiciones contrarias al test de triple identidad se encuentra en el caso *M.C.I. Power Group and New Turbine. v. Ecuador* que diferencia la regla del *fork in the road* del principio de la *lis pendens* “en razón de que esa regla se refiere a una opción, expresada como

⁵⁴ Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador, *supra* nota 37, párr.

⁵⁵ Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon, *supra* note 41, párr.

⁵⁶ Azurix Corp. v. República Argentina, *supra* note 32, párr. 89.

⁵⁷ CMS Gas Transmission Company v. República Argentina, *supra* note 29.

⁵⁸ Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. República de Chile, Caso CIADI No. ARB/98/2, laudo, 8 mayo 2008, párr.483.

⁵⁹ Charanne and Construction Investments v. España, SCC, Caso ECT No. 062/2012, 21 enero 2016, párr. 410.

⁶⁰ Gerhard Wegen y Lars Markert, *supra* nota 4, p. 284.

un derecho a elegir entre sistemas jurisdiccionales distintos y con carácter irrevocable. Una vez que se optó, no existe posibilidad alguna de recurrir a la otra vía alternativa”.⁶¹

La crítica más fuerte al *test* de la triple identidad se encuentra en el caso *Chevron v. Ecuador*, en cuya oportunidad el Tribunal consideró:

Es poco probable que el test de triple identidad sea satisfecho en muchos casos donde una disputa ante un tribunal contra un Estado en virtud de un TBI y con base en una supuesta violación del TBI se compara con una disputa en un tribunal nacional. Los sistemas jurídicos nacionales no proveen comúnmente para que el Estado sea demandado con respecto a una violación de un tratado como tal, inclusive a través de qué acciones por incumplimiento de una ley nacional que desarrolle un tratado podría ser posible. Una aplicación estricta del test de triple identidad privaría el fork in the road de la totalidad o la mayor parte de su efecto útil.⁶²

Para el Tribunal la esencia del *test* de triple identidad es identificar cuestiones de cosa juzgada o *lis pendens* y problemas específicos que ya han sido determinados por un tribunal competente,⁶³ por ello su incompatibilidad con el *fork in the road*.

Se está de acuerdo con esta posición, bien es cierto el *test* de la triple identidad proporciona una salida al problema del *fork in the road*, ésta no es la más adecuada puesto que en lugar de garantizar un mecanismo neutral para la determinación de las controversias, se encarga de anular el alcance de la cláusula.

En palabras de Guiguo Wang son “más los problemas que han sido causados que resueltos por el así llamado *test* de la triple identidad”.⁶⁴ Esta aserción responde a la dificultad de pasar este test por la manera estricta en que se busca la “identidad”,⁶⁵ esto conlleva a que los tribunales desconozcan el principio del efecto útil (*ut res magis valeat quam pereat*) de los tratados,⁶⁶ según el cual debe preferirse aquellas interpretaciones que le brinden efectos al tratado sobre aquellas que los anule.

⁶¹ M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. República del Ecuador, *supra* nota 9, párr. 181.

⁶² Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. República del Ecuador, Caso PCA UNCITRAL No. 2009-23, 27 febrero 2012, párr. 4.76.

⁶³ *Ibíd.*, párr. 4.77.

⁶⁴ Guiguo Wang, *supra* note 20, 240.

⁶⁵ Krista N. Schefer, *International Investment Law: Text, Cases and Materials* (Edward Elgar Publishing, 2013) 410

⁶⁶ La Comisión de Derecho Internacional de la ONU ha manifestado que este principio está incluido en el párrafo 1 del artículo 27 (actual artículo 31) de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969. Así mismo lo ha reconocido en el caso Caso del estrecho de Corfú: Gran Bretaña c. República Popular de Albania, Caso CIJ, Sentencia, 25 marzo 1948: “Sería por supuesto incompatible con las reglas generalmente aceptadas de interpretación, admitir que una disposición de este tipo que figure en un convenio especial esté desprovista de objeto o de efecto”.

3. Test de la ¿Triple o Doble? Identidad

Dolzer y Schreuer resumen el entendimiento común en arbitraje de inversión, señalando que la pérdida del acceso al arbitraje internacional aplica solo si la misma disputa concerniente a la misma causa de acción entre las mismas partes ha sido sometida ante las cortes domesticas del Estado receptor de la inversión.⁶⁷

Las reiteradas decisiones de los Tribunales⁶⁸ en este sentido conducen a una conclusión: solo dos criterios son adoptados al momento de examinar las cláusulas de *fork in the road*, esto es, las partes y la causa de la reclamación.

En torno a la causa las consideraciones hechas anteriormente frente a la poca utilidad que ofrece la diferencia entre reclamaciones son plenamente aplicables, queda por ende la identidad de partes como criterio restante.

Parecería fácil afirmar que no se activa el *fork in the road* cuando quienes presentaron una reclamación ante el foro nacional no son los mismos que lo hacen en arbitraje internacional. Bajo un supuesto de este tipo los Tribunales ni siquiera se verían en la necesidad de examinar la causa de acción y la conclusión es inminente: la bifurcación de vías no se habría activado.

La naturaleza del criterio de similitud en las partes entonces goza de mayor estabilidad que el de la causa de acción, más aún porque la circunstancia de aplicación es muy específica en comparación con este último. Pero téngase en cuenta una cosa, el análisis de la similitud entre las partes se ha realizado normalmente desde el punto de vista del reclamante, papel que es ocupado por el inversionista, pero qué sucedería si esa consideración se hiciera por la contraparte: El Estado.

⁶⁷ Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *supra* note 6, p. 217.

⁶⁸ Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay, Caso CIADI No. ARB/98/5, Decisión sobre Jurisdicción, 8 Agosto 2000, párr. 30; Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Compagnie Générale des Eaux (Vivendi), *supra* note 28, párr. 36-46, 53-55; Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo, 25 junio 2001, párr. 321, 330-333; Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, Caso CIADI, Laudo Final, 3 septiembre 2001, párr. 156-166; Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, Caso CIADI No. ARB/99/6, Laudo, 12 abril 2002, párr. 70-73; Azurix Corp. v. República Argentina, *supra* nota 32, párr. 37-41, 86-92; Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. República Argentina, *supra* nota 34, párr. 95-98; Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador, *supra* nota 37, párr. 37-63; LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Jurisdicción, 21 octubre 2003, párr. 75-76; Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt, Caso CIADI No. ARB/02/9, Decisión sobre Jurisdicción, 21 octubre 2003, párr. 3.4.3; Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/13, Decisión sobre Objeciones preliminares, 27 julio 2006, párr. 155-157.

En concreto se hace referencia a la distinción entre Estado en el ejercicio de su autoridad soberana ("*puissance publique*") y Estado como parte contratante, la cual se refleja muy bien en el caso *Impregilo v. Pakistan*:

"De hecho, el Estado o su emanación, pueden haber comportado como una parte contratante ordinaria que tiene una diferencia de enfoque, de hecho o de derecho, con el inversor. Con el fin de que el supuesto incumplimiento de contrato puede constituir una violación del TBI, esta debe ser el resultado de un comportamiento que va más allá de lo que una parte contratante ordinaria podría adoptar. Sólo el Estado en el ejercicio de su autoridad soberana ("*puissance publique*"), y no como parte contratante, podrá constituir infracción de las obligaciones asumidas en virtud del TBI. En otras palabras, el tratado de protección de inversiones sólo proporciona un remedio para el inversor donde el inversor demuestre que los presuntos daños fueron consecuencia de la conducta del Estado hoesped actuando en violación de las obligaciones que había asumido en virtud del tratado".⁶⁹

Este contraste es resultado de una abstracción jurídica, lo mismo que es el Estado, pero si se llegara a aceptar implicaría que en cada situación en que se analice una cláusula de *fork in the road* a pesar que el inversionista sea el mismo ante los dos foros, el Tribunal debe detenerse a analizar en qué calidad el Estado irrumpió sus obligaciones.

Si se suma esta hipótesis con el entendimiento actual de los Tribunales en torno a la diferencia de reclamaciones, se llega al extremo de que en todos los casos habría diferenciación. Aunque esto aparenta ser un argumento favorable a los inversionistas –y ciertamente lo es, también debe pensarse que restringe los efectos de las cláusulas de *fork in the road* como antes se ha indicado (efecto útil), haciendo cuestionable la utilización de este test.

No cabe duda que el criterio de distinción de las partes brinda mayor certeza que la distinción entre causas, por ende su aplicación cuando las circunstancias lo ameriten se hace necesaria.

Después de este análisis una duda se desprende: ¿qué sucede con el objeto? Y la respuesta a dar es que el objeto silenciosamente ha sido desterrado del test de la triple identidad. Pero esto no implica que haya perdido su relevancia, por el contrario -como se verá- es necesario reivindicar su análisis.

C. TEST DE LA <<MISMA BASE FUNDAMENTAL>>

De manera relativamente reciente se ha hecho famoso entre los doctrinantes y Tribunales arbitrales el *test* de la "misma base fundamental" (*same fundamental basis*), esto en mayor

⁶⁹ *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre jurisdicción, 22 Abril 2005, párr. 260.

medida debido al caso *Pantechniki v. Albania* donde el árbitro único por primera vez dio efectos a una cláusula de *fork in the road* sustentado en este escenario.

No obstante la existencia de este *test* no se debe al caso precitado, sus orígenes se remontan al caso *Woodruff*, decisión tomada por la Comisión mixta estadounidense-venezolana en cuya oportunidad determinó que el demandante al estar obligado por una cláusula de jurisdicción exclusiva no podía presentar sus reclamaciones contractuales ante ningún otro tribunal, salvo que exista una situación de denegación de Justicia. Por consiguiente, desestimó la reclamación ya que “el propio acuerdo que es la base fundamental de la reclamación, fue sustraída de la jurisdicción de esta Comisión”.⁷⁰ (Énfasis agregado).

Este razonamiento fue retomado en el caso *Vivendi v. Argentina* donde el Tribunal añadió que cuando la “base fundamental de la reclamación” es un tratado, sus normas se entienden como independientes de la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato.⁷¹

Al caso *Pantechniki v. Albania* como tal se le debe la aplicación de este *test* al *fork in the road*, el Tribunal comienza señalando que la clave de este test es evaluar si la misma disputa ha sido sometida a los foros nacionales e internacionales.⁷² Así, el árbitro único rechaza de plano el típico argumento sobre la diferencia entre reclamaciones contractuales y las derivadas del tratado por considerarlo insuficiente, y manifiesta:

(...) Los mismos hechos pueden dar lugar a diferentes reclamaciones legales. La similitud de las suplicas para el alivio no denotan necesariamente una identidad de causas de acción. Lo que creo que es necesario es determinar si los derechos reclamados tienen la misma fuente normativa. Pero incluso esta afirmación abstracta podría difícilmente decirse que traza una línea clara que permita una decisión rápida. Las fronteras entre los derechos reclamados no siempre son distintas. Cada situación debe ser considerada con el respectivo discernimiento.⁷³ (Énfasis agregado).

El árbitro único convoca a considerar la existencia de la misma fuente normativa aunque advierte de la dificultad de esa labor debido a su carácter abstracto. Esto último ha abierto lugar a críticas sobre la vaguedad y falta de concreción en la práctica del *test*,⁷⁴ en particular una cuestión que surge de lo dicho, es si cuando el Tribunal refiere a “misma fuente normativa” hace

⁷⁰ONU, “Woodruff case 1903-1905” [2006] IX RIAA 213, 223.

⁷¹ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Compagnie Générale des Eaux (Vivendi), *supra* note 28, párr. 101.

⁷² Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece), *supra* nota 45, párr. 61.

⁷³ Gerhard Wegen y Lars Markert, *supra* nota 4, p. 284.

⁷⁴ Gerhard Wegen y Lars Markert, *supra* nota 4, p. 284.

alusión a la “misma base fundamental” en equivalente sentido o se trata más bien de un requisito que debe cumplir el test.

Como el mismo árbitro Paulsson ha advertido en ocasiones diferentes es necesario preocuparse por el lenguaje,⁷⁵ en este caso hablar de “fuente normativa” puede generar riesgo de confusiones con relación a la “fuente del derecho”, pero no puede caerse en este error, toda vez que por su alcance y contenido ambas expresiones son contradictorias.⁷⁶

Ahora bien, si se acepta que base fundamental y fuente normativa son sinónimas entonces “el Tribunal debe determinar si las reclamaciones realmente tiene una existencia autónoma fuera del contrato”.⁷⁷

En estos términos es difícil entender cómo funciona este *test* en toda su extensión, por ello es menester comprender cómo fue su utilización. Así, en *Pantechniki v. Albania* el Tribunal revisó las súplicas que el accionante había presentado; el inversionista ante las cortes nacionales solicitó el pago de USD 1,821,796 argumentando que el demandado había reconocido y admitido que ese era el monto debido, esto para el Tribunal constituye la “base fundamental” de la controversia, y en tanto fue utilizada de esa manera ante la jurisdicción nacional, el demandante no podría pedir lo mismo ante el CIADI como en efecto estaba ocurriendo.⁷⁸ En razón a esto el árbitro rechazó las peticiones del inversionista.

Nótese como el análisis del Tribunal se hace conforme a lo solicitado por el inversionista y no sobre la causa de acción.

Una decisión más reciente en la que también se aplicó el test de la “base fundamental” ocurrió en el caso *H&H v. Egypt*, en esta oportunidad según se ha reportado⁷⁹ (pues la decisión no

⁷⁵ Jan Paulsson decía “El lenguaje es liberador; el lenguaje atrapa. Las palabras iluminan; las palabras esconden”, *supra* nota 14, p. 609.

⁷⁶ Se han presentado casos en los que se ha referido a la utilización de la “misma fuente normativa” como un test independiente: Mr. Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania, Caso CIADI No. ARB/10/13, Laudo, 2 marzo 2015; Ömer Dede and Serdar Elhüseyni v. Romania, Caso CIADI No. ARB/10/22, Laudo, 5 septiembre 2013.

⁷⁷ Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece), *supra* note 45, párr. 64.

⁷⁸ *Ibid.*, párr. 67.

⁷⁹ Leo Szolnoki, “*Egypt defeats claim over Red Sea tourist resort*” (*Global Arbitration Review*, 20 mayo 2014) <<http://globalarbitrationreview.com/news/article/32657/egypt-defeats-claim-red-sea-tourist-resort/>> revisado 15 diciembre 2015; Luke Eric Peterson, “*Two wins for States at ICSID, as Egypt prevails over H&H Enterprises and Poland defeats claims by Robert Lewis and David Minnotte*” (*IAReporter*, 19 mayo 2014) <<http://www.iareporter.com/articles/two-wins-for-states-at-icsid-as-egypt-prevails-over-hh-enterprises-and-poland-defeats-claims-by-robert-lewis-and-david-minnotte/>> revisado 15 diciembre 2015.

ha sido publicada) el Tribunal rechazó el argumento del inversionista según el cual se debía inaplicar la cláusula de *fork in the road* en tanto el litigio doméstico no concernía a alegaciones de incumplimientos del tratado. Por el contrario para el Tribunal la mayoría de reclamaciones de H&H ante el CIADI compartían la “misma base fundamental” que las alegaciones sometidas a las cortes nacionales.

Esta nueva perspectiva prende las alarmas para los inversionistas, a quienes se sugiere mayor cuidado al proceder ante cortes nacionales cuando la opción de accionar ante el CIADI también existe.⁸⁰

D. LIBRE ELECCION DEL INVERSIONISTA

Se ha dicho en un comienzo que la opción o posibilidad de elegir entre las distintas vías para la solución de una disputa constituye la esencia del *fork in the road*. En tanto es así, el inversionista debe tener la garantía de poder ejercer de manera libre y autónoma su determinación en un sentido u otro.

La libertad en la elección del inversionista constituye un elemento definitorio del *fork in the road* pero a su vez una forma para determinar su aplicación, así fue reconocido en *Occidental v. Ecuador* donde el Tribunal concluyó que no había existido una verdadera opción en favor del inversionista en tanto la Ley de impuestos ecuatoriana exigía al contribuyente un recurso ante los tribunales en un plazo de 20 días desde la emisión de la resolución que lo afecta, de lo contrario la resolución sería definitiva y vinculante.⁸¹

En otras palabras el inversionista se encontraba coaccionado por las leyes internas a ejercer sus derechos ante las cortes nacionales, o perdería su derecho. Lo cual lo deja desprovisto de la libertad para elegir entre opciones.

La ausencia de libertad para elegir conlleva ineludiblemente a la inaplicación de la cláusula de *fork in the road*.

IV. NECESIDAD DE REENCONTRAR EL OBJETO DE LA CONTROVERSIA

⁸⁰ Lucy Reed, Jan Paulsson y Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration* (2 edn, Kluwer Law International, 2011) 102.

⁸¹ *Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador*, *supra* note 37, párr. 60.

El objeto del procedimiento lo constituye aquello que el Tribunal decidirá y el alivio que se concede en la acción (*petitum*),⁸² es decir, responde al bien jurídico cuya protección es solicitada a los árbitros⁸³.

Como se advertía anteriormente, el objeto ha sido relegado a un segundo plano en la mayoría de los casos del *test* de la triple identidad, su consideración al momento de examinar una cláusula de *fork in the road* ha sido opacada por la identidad de causa y partes.

Particularmente llama la atención que en el más conocido caso sobre la aplicación de una cláusula de *fork in the road* (*Pantechniki v. Albania*) el Tribunal haya tomado como criterio decisivo el objeto o *petitum* que el accionante había buscado ante las cortes nacionales y el arbitraje internacional.

En tanto el *fork in the road* es una expresión del principio *ne bis in ídem*⁸⁴, evitar que dos tribunales condenen al Estado dos veces por los mismos hechos conlleva a un análisis detallado de cuál es la condena que se pretende. Pero por el contrario, los Tribunales se han concentrado en encontrar una respuesta al por qué de las reclamaciones ignorando la cuestión sobre qué se está reclamando.

Desentrañar la pretensión del inversionista implica una labor más difícil que restringirse al típico estudio de las partes y la causa de la reclamación, para ello el Tribunal deberá acercarse a la “zona de crepúsculo” entre jurisdicción y admisibilidad dotado de herramientas⁸⁵ que le permita establecer las similitudes o diferencias de lo reclamado ante los dos foros.

Sin embargo como ocurre con otros *tests*, el estudio del objeto de la controversia no supe todos los vacíos y ambigüedades de una controversia, el mayor obstáculo que podría encontrarse un Tribunal es la imposibilidad que tanto en jurisdicción nacional y el arbitraje internacional las

⁸² Campbell McLachlan, *Lis Pendens in International Litigation* (Hague Academy of International Law 2009) 112.

⁸³ Bernardo M. Cremades e Ignacio Madalena, “Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional” [2004] 6 RPA 3, 8.

⁸⁴ Christoph Schreuer, “*Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims - the Vivendi I Case Considered*” in Todd Weiler (ed), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (CM 2005) p. 281.

⁸⁵ Por ejemplo, lineamientos para calcular el monto de indemnizaciones como los descritos en Herfried Wöss, “Indemnización” IIJ, UNAM <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2815/14.pdf>> revisado 16 diciembre 2015.

decisiones puedan responder en igual forma y con el mismo alcance a las peticiones del inversionista, aun cuando estas sean similares.

Para esto se propone la utilización de un test que ya ha sido manejado por Tribunales arbitrales ante el CIADI en otras cuestiones del arbitraje de inversión.

A. SAME EXTENT TEST O TEST URBASER

El así denominado *test urbaser* nace del caso CIADI *Urbaser v. Argentina*.⁸⁶ Debe aclararse inicialmente que el este caso no trata de una cláusula de *fork in the road*, sino del agotamiento de recursos internos.

En aquella ocasión el Tribunal examinó si un inversionista estaba obligado a someter la disputa a las cortes argentinas por un periodo de 18 meses antes de iniciar el arbitraje.⁸⁷ Para ello, el Tribunal se detuvo a analizar si el acceso a las cortes argentinas garantizaba al inversionista una oportunidad razonable para resolver su disputa durante los 18 meses.⁸⁸

Para asumir esta cuestión el Tribunal diferenció entre “disputa” y reclamación o causa de acción, y con base en el caso *Maffezini* puntualizó que el sometimiento de una disputa no es necesariamente equivalente a una reclamación formal, por ende no es necesario que la corte nacional adelante el proceso en el marco del TBI, aunque:

Lo que se requiere, sin embargo, es que la causa de acción para ser adjudicado a nivel interno sea de tal naturaleza como para permitir la resolución de la controversia a la misma medida que si la demanda había sido llevado ante un arbitraje internacional bajo la TBI.⁸⁹ (Énfasis agregado).

Lo anterior es la esencia de este test, es decir, que la controversia en las cortes nacionales se resuelva en el mismo grado que si se adelantara como un arbitraje internacional. Esta regla fue de igual aplicación en el caso *Ömer Dede v. Romania* al cual se le debe la nominación “test Urbaser”. Es menester señalar que en este caso el demandante pretendió traer argumentos sobre el *fork in the road* (como el test de la triple identidad) para aplicar al agotamiento de recursos

⁸⁶ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/26, Decisión sobre Jurisdicción, 19 diciembre 2012.

⁸⁷ Artículo X(3) TBI Argentina – España.

⁸⁸ Tai-Heng Cheng y Robert Trisotto, “*Testing Urbaser’s Approach to the Availability of Local Remedies: Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic*” [2014] 15 TJWIT 285, 287.

⁸⁹ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. República Argentina, *supra* note 87, párr. 181.

internos. Sin embargo, el Tribunal rechazó esa posibilidad puesto que responden a propósitos diferentes, dado que en el *fork in the road* se pretende el abandono de los recursos internos antes de buscar el arbitraje.⁹⁰

A pesar de la salvedad que hace el Tribunal, esta solo se genera en un sentido (de las cláusulas de *fork in the road* a las de agotamiento de recursos internos) quedando abierta la posibilidad contraria de aplicar estas consideraciones a un caso de *fork in the road*.

Como se ha visto en los casos ya comentados los problemas en torno a las cláusulas de bifurcación de vías se presentan porque el inversionista ha presentado reclamaciones ante cortes nacionales previamente a acudir a arbitraje. Bajo este supuesto un Tribunal arbitral podría detenerse a analizar si la disputa que se resolvió ante las cortes nacionales se realizó a la “misma medida o grado” que si se hubiera adelantado un arbitraje internacional de inversión conforme al AII.

Para esto el Tribunal debe desentrañar qué pretende el accionante, p.ej, en el caso *Urbaser* el inversionista buscaba la compensación por daños y la declaración de una violación del TBI,⁹¹ lo cual constituía la “medida” de la disputa. Si ante las cortes nacionales es posible someter ambas reclamaciones es viable concluir que existe la misma medida.

V. CONCLUSIONES

A lo largo de este escrito se han explicado los diferentes test que rodean el *fork in the road* y se han expuesto razones de por qué su aplicación como regla universal ha creado inconvenientes en la forma en como este tipo de cláusulas son consideradas. Sobre todo se ha visto como los Tribunales han intentado seguir una misma línea, pero los esfuerzos no han sido suficientes para estandarizar o consolidar criterios en el estudio de estas cláusulas.

Por estas razones, como una recopilación de todos los aportes que se han presentado en los diferentes arbitrajes de inversión y por los estudiosos del tema se propone un test que concentre las principales condiciones que debería considerar un Tribunal para tomar una decisión en torno a las cláusulas de *fork in the road*.

⁹⁰ Ömer Dede and Serdar Elhüseyni v. Romania, *supra* nota 72, párr. 249.

⁹¹ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, *supra* nota 87, párr. 182.

Esta propuesta implica escalar tres niveles que actúan a manera de filtros, la necesidad de seguir escalando dependerá de las condiciones particulares del caso.

El objetivo será propender por el respeto del efecto útil de los tratados, de manera que el Tribunal se detenga ante la bifurcación de vías y considere una serie de circunstancias que en conjunto le permitan tomar una decisión dotada de fuertes razones para elegir entre una vía y la otra.

Primer nivel: Lo componen cuestiones preliminares sobre la cláusula de *fork in the road*; el Tribunal debe considerarlas en primer lugar por cuanto su configuración o ausencia, dependiendo del caso, podría ser base suficiente para tomar una decisión definitiva.

- i. Que el inversionista haya ejercido su decisión de manera libre. Si existiera algún acto de coacción directa o indirecta por parte del Estado para accionar ante sus cortes la cláusula no se entenderá activada.
- ii. Si la decisión del inversionista fue demandar ante los foros locales, que se compruebe un correcto acceso a la administración de Justicia. De existir actos de denegación de Justicia en las cortes locales, y a pesar que las disputas planteadas en ambos foros sean similares, el Tribunal arbitral tendría la potestad para conocer de dichas reclamaciones.
- iii. Que la controversia que fue sometida ante el foro nacional se haya presentado con posterioridad a la vigencia del tratado de protección a las inversiones que consagra el *fork in the road*, esto en busca de dar a la cláusula efectos hacia futuro.
- iv. Que las partes litigantes ante la jurisdicción doméstica sean las mismas que discuten en el arbitraje internacional de inversión. La ausencia de este elemento permite al Tribunal conocer del caso.

Sin embargo, se sugiere que el Tribunal tome un criterio más amplio en determinadas situaciones, que puede relacionarse con el *segundo nivel* cuando a pesar de la diferencia entre las partes (p.ej. matrices y subsidiarias) el remedio reclamado sea equivalente.⁹²

⁹² Esta posibilidad fue aceptada en el caso Charanne v. España, *supra* nota 41, párr. 60.

Segundo nivel: Si el Tribunal no encuentra en las razones anteriores motivo suficiente para denegar o aceptar la activación de la cláusula entonces deberá dar un paso a analizar a mayor profundidad las reclamaciones en los distintos foros.

- v. Que la controversia tenga una existencia autónoma del contrato; es decir, determinar si las circunstancias que dieron lugar a la controversia pueden persistir aun cuando se aparte el enfoque contractual.
- vi. Que las reclamaciones presentadas por el inversionista en el foro local y el arbitraje internacional no sean equivalentes. No se trata de comparar simplemente el *petitum* en ambas demandas sino desentrañar cuál es el verdadero querer del inversionista en ambos casos, pues tras un cambio de denominación de la reclamación (contractual o derivada del TBI) pueden converger objetivos equivalentes.

Para esto es necesario que el Tribunal determine en qué grado es factible que la controversia adelantada ante las cortes nacionales obtenga una solución que se asimile a los efectos en el arbitraje internacional (*test urbaser*).

Es indiferente si el inversionista obtuvo sus reclamos ante el foro nacional, el arbitraje internacional no es una *segunda instancia*.

Tercer nivel: Si ninguno de los criterios anteriores se configura los árbitros podrían disponer de este nivel como última herramienta.

- vii. Que la causa de acción sea diferente en ambos foros, esto es, que el Tribunal diferencie entre las reclamaciones de contenido contractual y aquellas derivadas del TBI.

Si bien se ha explicado el alcance limitado que tiene este análisis, después de haber escalado los primeros dos niveles y en concordancia con el principio *pro-arbitri* la diferencia de causas brinda una herramienta útil que en el imaginario de los tribunales arbitrales se encuentra arraigado.

Esta metodología no pretende universalidad, pero es un intento por reunir los principales asuntos que rodean el estudio del *fork in the road* en aras de un equilibrio entre el interés del inversionista por obtener sus reclamaciones y el deseo del Estado por evitar procedimientos paralelos.